



NORGES HØYESTERETT

Den 8. desember 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-02285-A, (sak nr. 2011/869), sivil sak, anke over dom,

Industriinvesteringer AS

(advokat Harald Willumsen)

Hafslund Venture AS

(advokat Jan B. Jansen)

mot

Staten v/Sentralskattekontoret for
storbedrifter

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Amund Noss
og advokat Sture Nilsson – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder spørsmål om skatteplikt ved realisasjon av konvertible obligasjoner. Den reiser særlig spørsmål om gevinst helt eller delvis er skattefri etter skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c, jf. første ledd.
- (2) Renewable Energy Corporation ASA – heretter omtalt som REC – er et solenergiselskap som i september 2003 og juli 2005 tok opp to ansvarlige lån som gav fordringshaverne rett til å kreve utstedt aksjer mot at fordringen ble nyttet til motregning – konvertible lån. REC var på den tiden et aksjeselskap.
- (3) Det første lånet var på 31 millioner euro. I forbindelse med lånopptaket ble det utstedt 31 likelydende obligasjoner, hver pålydende 1 million euro, som ble fordelt på tre långivere med henholdsvis femten, ti og seks obligasjoner. Til hver obligasjon var det

- knyttet rett for fordringshaveren til å tegne aksjer i REC til en fast kurs mot at fordringen ble nyttet til motregning. Låneavtalen fastsatte at denne retten ikke kunne skilles fra fordringen. Den faste renten på lånet – kupongrenten – var 7,9 prosent, og lånets løpetid var 30 måneder. Avtalen la visse begrensninger på långivernes rett til å selge obligasjonene.
- (4) Det andre lånet var på 140 millioner US-dollar. Det ble utstedt 140 millioner obligasjoner, hver pålydende én US-dollar, som ble fordelt til långiverne. På samme måte som for eurolånet hadde fordringshaverne rett til å tegne aksjer i REC til en fast kurs mot at fordringen ble nyttet til motregning. Også denne låneavtalen fastsatte at retten ikke kunne skilles fra fordringen. Kupongrenten var 8 prosent, og lånet løp til desember 2006. Avtalen ga långiverne fri adgang til å omsette obligasjonene.
 - (5) Hafslund Venture AS – heretter omtalt som Hafslund – og Elkem AS – heretter omtalt som Elkem – var blant de store långiverne i avtalen om dollarlånet, og høsten 2005 kjøpte de dessuten flere dollarobligasjoner. Samme høst kjøpte Elkem femten og Hafslund ti av de 31 euroobligasjonene.
 - (6) I mars 2006 erklærte begge selskapene at de ville konvertere alle sine obligasjoner i REC til aksjer. Verdien på aksjene de mottok var da betydelig høyere enn den avtalte tegningskursen, og begge selskapene fikk dermed særdeles store gevinster.
 - (7) I selvangivelsene for inntektsåret 2006 la begge selskapene til grunn at de konvertible obligasjonene måtte splittes opp ved beskatning – dekomponeres – i et tegningsrettselement og et obligasjonselement. Gevinsten ved realisasjon av tegningsrettene ble vurdert som skattefri etter fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c, mens gevinsten på obligasjonselementet ble inntektsført.
 - (8) Sentralskattekontoret for storbedrifter la til grunn at de konvertible obligasjonene ikke skulle dekomponeres, men i sin helhet klassifiseres som fordringer. Dermed var ingen del av gevinsten omfattet av fritaksmetoden. Ved vedtak 19. desember 2008 ble Elkems skattbare inntekt for 2006 forhøyet med nesten 2,7 milliarder kroner, og ved vedtak 22. desember 2008 ble Hafslunds skattbare inntekt forhøyet med vel 2,1 milliarder kroner.
 - (9) Elkem tok 13. mars 2009 ut stevning ved Oslo tingrett mot staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter med krav om at ligningen for 2006 ble kjent ugyldig. Hafslund tok ut tilsvarende stevning 17. mars 2009. Ved tingrettens beslutning 28. april 2009 ble sakene forent til felles behandling.
 - (10) Under saksforberedelsen for tingretten ble partene enige om at REC-aksjenes verdi på konverteringstidspunktet skulle settes til 65 kroner, ikke 81,50 kroner slik Sentralskattekontoret hadde lagt til grunn i sine vedtak. Dette førte til at ligningsvedtakene ble endret 7. oktober 2009 for Elkem og 16. november 2009 for Hafslund. Elkems gevinst på euroobligasjonene var etter dette 1 002 343 800 kroner og på dollarobligasjonene 1 022 939 995 kroner, til sammen vel 2 milliarder kroner. Hafslunds gevinst på euroobligasjonene var 651 129 736 kroner og på dollarobligasjonene 973 783 097 kroner, til sammen vel 1,6 milliarder kroner.
 - (11) Oslo tingrett avsa 1. desember 2009 dom med slik domsslutning:

”I sak nr 09-044503TVI:

1. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.**
2. **Elkem AS betaler kr 89 400 – kroneråttititusenfirehundre – i saksomkostninger til Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter, innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.**

I sak nr 09-045825TVI:

1. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.**
2. **Hafslund Venture AS betaler kr 89 400 – kroneråttititusenfirehundre – i saksomkostninger til Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter, innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.”**

- (12) Tingretten la til grunn at gevinsten i sin helhet var å anse som fordringsgevinst, og dermed skattepliktig etter skatteloven § 5-1. Obligasjonene var dessuten mengdegjeldsbrev, slik at selskapenes subsidiære anførsel om at de var fritatt for skatteplikt etter skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1, heller ikke førte fram.
- (13) Både Hafslund og Elkem anket til lagmannsretten.
- (14) I 2010 ble Elkem delt i flere selskaper, og interessen knyttet til søksmålet ble utfisjonert til Industriinvesteringer AS. For enkelhets skyld omtalte lagmannsretten likevel selskapet stort sett som Elkem, og det vil også tidvis bli gjort i det følgende.
- (15) Borgarting lagmannsrett avsa 7. mars 2011 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Ankene forkastes.**
 2. **I saksomkostnader for lagmannsretten betaler Industriinvesteringer AS 87 600 – åttisyvtusensekshundre – kroner til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.**
 3. **I saksomkostnader for lagmannsretten betaler Hafslund Venture AS 87 600 – åttisyvtusensekshundre – kroner til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.”**
- (16) Lagmannsretten var satt med to fagkyndige meddommere som dissenterte. Mens flertallet – de tre fagdommerne – i det vesentlige så saken på samme måte som tingretten, kom meddommerne til at selskapene måtte gis medhold i at det skal foretas en dekomponering, og at gevinst knyttet til tegningsretten er omfattet av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c.
- (17) Selskapene har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. For Høyesterett er det bare Industriinvesteringer AS som gjør gjeldende at dersom gevinstbeskatningen fullt ut skal følge reglene for fordringer, kommer unntaket for skatteplikt i skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1 til anvendelse. Dette anføres nå bare for euroobligasjonene. Saken står for øvrig i samme stilling som for de øvrige retter.
- (18) De ankende parter, *Industriinvesteringer AS* og *Hafslund Venture AS*, har i hovedsak gjort gjeldende:

- (19) Ved bedømmelsen av skatteplikt ved realisasjon av konvertible obligasjoner må det tas utgangspunkt i at obligasjonene er sammensatte finansielle instrumenter, hvor verdien dels bestemmes av fordringens godhet og rente, dels av verdien av tegningsretten. Siden gevinst på fordringer og tegningsretter er undergitt ulik skatterettslig behandling, vil det gi det økonomisk riktige resultat at fordringen og tegningsretten bedømmes hver for seg. Også ellers i skatteretten er ordningen at det skjer en oppsplitting ved realisasjon av sammensatte formuesgoder, noe Høyesteretts praksis gir en rekke eksempler på. Dekomponering av konvertible obligasjoner foretas for øvrig allerede i den løpende regnskapsføringen i henhold til internasjonale regnskapsstandarder. Og lovgiver har lagt til grunn at konvertible obligasjoner skal dekomponeres i forbindelse med beregningen av den effektive renten etter renteberegningsmodellen, jf. skatteloven ny § 14-23, som ennå ikke er trådt i kraft.
- (20) Den tradisjonelle læren om at konvertible obligasjoner skatterettslig skal behandles under ett, og som fordringer, er svakt forankret. Før innføringen av fritaksmetoden i 2004, jf. skatteloven § 2-38, hadde det liten eller ingen betydning hvordan man klassifiserte konvertible obligasjoner. Spørsmålet om dekomponering kom derfor ikke på spissen. Etter innføringen av fritaksmetoden er situasjonen en annen, og andre rettskildefaktorer må være avgjørende.
- (21) Beskatning av tegningsrettskomponenten er i strid med ordlyden i skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c. Slik beskatning harmonerer heller ikke med bestemmelsens formål eller med lovens system. Beskatning av gevinsten på tegningsretten skaper asymmetri, blant annet fordi obligasjonseieren vil bli beskattet for gevinsten uten at utstederen får fradrag for kostnaden ved at egenkapitalen utvannes. Videre innebærer det skattemessig forskjellsbehandling av aksjer og aksjederivater.
- (22) Etter allmennaksjeloven § 11-2 annet ledd nr. 13 kan generalforsamlingen bestemme at fordringshaveren skal kunne skille tegningsretten fra fordringen. Det er ikke uenighet om at de to komponentene da skal beskattes hver for seg. Men tegningsretten er den samme uansett om det er truffet en slik beslutning eller ikke, og beskatningen bør ikke bli forskjellig avhengig av hva generalforsamlingen bestemmer.
- (23) Subsidiært gjøres det gjeldende at hvis det ikke foretas en dekomponering, må spørsmålet om gevinsten skal skattlegges etter reglene for fordringer eller etter reglene om tegningsretter bero på en helhetsvurdering hvor det avgjørende er hvilken av komponentene som fremstår som den vesentligste på realisasjonstidspunktet. For REC-obligasjonene er det utvilsomt tegningsretten. Det fører til at gevinsten i sin helhet er skattefri etter skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c.
- (24) Dersom retten likevel skulle komme til at beskatningen skal følge reglene for gevinst ved realisasjon av fordringer, anfører Industriinvesteringer AS at gevinsten ved konverteringen av selskapets euroobligasjoner er omfattet av skattefritaket i skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1. Bestemmelsen fastsetter at gevinst ved realisasjon av muntlige fordringer og andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev er unntatt fra skatteplikt utenfor virksomhet. Euroobligasjonene var ikke mengdegjeldsbrev fordi de ikke var egnet til å omsettes i et organisert marked. Det ble heller ikke utstedt tilstrekkelig mange obligasjoner til at det kan være tale om mengdegjeldsbrev. Spørsmålet om de konvertible obligasjonene ble realisert utenfor virksomhet, er partene enige om at Høyesterett ikke skal vurdere.

- (25) Industriinvesteringer AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Ligningen av Elkem AS, nå Industriinvesteringer AS, for inntektsåret 2006 for så vidt gjelder beskatning ved innløsning av konvertible obligasjoner i Renewable Energy Corporation ASA oppheves.**
 2. **Industriinvesteringer AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”**
- (26) Hafslund Venture AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Ligningen av Hafslund Venture AS for inntektsåret 2006 for så vidt gjelder beskatning ved innløsning av konvertible obligasjoner i Renewable Energy Corporation ASA oppheves.**
 2. **Hafslund Venture AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”**
- (27) Ankemotparten, *staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (28) Det var og er gjeldende rett at gevinst ved realisasjon av konvertible obligasjoner fullt ut skal beskattes etter reglene som gjelder for obligasjoner. Hvis lovgiverne hadde ment å endre rettstilstanden ved innføringen av fritaksmetoden, ville det fremgått av loven eller forarbeidene. Og dersom det var meningen å åpne for dekomponering, ville det vært gitt nærmere regler om hvordan det skulle skje. Det benektes ikke at dekomponering kan gi en økonomisk riktig beskatning, men dette hensynet må avveies mot blant annet administrative hensyn. Denne avveiningen er en lovgiveroppgave.
- (29) Adgangen for generalforsamlingen i allmennaksjeselskaper til å beslutte at fordringshaver kan skille tegningsretten fra obligasjonen, gjelder ikke for konvertible obligasjoner, bare for obligasjoner som gir långiver rett til å kreve utstedt aksjer mot innskudd i penger. Argumentet om at man bør likebehandle lånene uavhengig av hva generalforsamlingen har besluttet, er derfor basert på en uholdbar forutsetning. De aktuelle obligasjonene er dessuten utstedt før REC ble omdannet til et allmennaksjeselskap. Etter aksjeloven § 11-1 annet ledd var det dermed overhodet ikke adgang til å splitte tegningsretten fra obligasjonen.
- (30) Det skal heller ikke foretas en vesentlighetsvurdering basert på hvilket element ved den konvertible obligasjonen – fordringen eller tegningsretten – som er mest fremtredende på realisasjonstidspunktet. En eventuell vesentlighetsvurdering må foretas på obligasjonens stiftelsestidspunkt. Den klassifiseringen som følger av den etablerte lære, kan godt sees under en slik synsvinkel. En vesentlighetsvurdering på et senere tidspunkt vil kunne lede til ulik klassifisering av samme obligasjon på ulike tidspunkter.
- (31) Euroobligasjonene var mengdegjeldsbrev. Uttrykket skal forstås på samme måte som i verdipapirhandelloven 1985 § 1, jf. også definisjonen i gjeldsbrevloven § 4 annet ledd. Ingen av disse lovene krever at den konkrete obligasjonen skal være egnet til å omsettes i et organisert marked for å anses som mengdegjeldsbrev. Man må også se hen til formålet med å knytte skattefritaket til andre fordringer enn mengdegjeldsbrev, som særlig var å unngå fradragsrett for tap på enkeltstående fordringer. Det tilsier at det ikke er noen grunn

til å kreve at de konkrete obligasjonene er egnet til å omsettes i et organisert marked, og heller ikke at det må være flere enn 31 obligasjoner for at det skal være tale om mengdegjeldsbrev.

(32) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har nedlagt slik påstand:

- ”1. **Anken forkastes.**
2. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter tilkjennes sakskostnader.”**

(33) *Jeg er kommet til at ankene ikke fører fram.*

(34) De konvertible obligasjonene det her er tale om, er obligasjoner som ble utstedt av et aksjeselskap og som gav fordringshaverne valget mellom å kreve tilbakebetaling av hovedstolen og å kreve utstedt aksjer i aksjeselskapet til en forhåndsavtalt kurs. Fordringshaverne hadde altså en utstedelsesrett. Andre uttrykk som brukes er tegningsrett eller ombyttingsrett.

(35) Adgangen for aksjeselskaper til å ta opp lån som ga fordringshaveren tegningsrett, ble innført i aksjeloven 1976, og er nå regulert i aksjeloven § 11-1. Bestemmelsen lyder:

- ”(1) **Et aksjeselskap kan ved avtale om lån gi fordringshaveren rett til å kreve utstedt aksjer mot innskudd i penger eller mot at fordringen nyttes til motregning.**
- (2) **Retten til å kreve utstedt aksjer kan ikke skilles fra fordringen.”**

(36) Som det fremgår, er et alternativ til lån hvor fordringen brukes til motregning, lån som gir fordringshaveren rett til å kreve aksjer mot innskudd i penger. Ved slike lån opphører ikke fordringen når fordringshaveren benytter tegningsretten – det skjer ingen konvertering.

(37) Etter hovedregelen i skatteloven § 5-1 er gevinst ved realisasjon av formuesobjekter – herunder obligasjoner – skattepliktig inntekt. Det regnes som realisasjon når innehaveren av en konvertibel obligasjon konverterer obligasjonen til aksjer. Spørsmålet er om hovedregelen i § 5-1 gjelder, eller om fritaksmetoden i skatteloven § 2-38 kommer til anvendelse, enten for den del av gevinsten som kan knyttes til tegningsrettselementet i de konvertible obligasjonene, eller for hele gevinsten.

(38) I 2006 lød de relevante delene av skatteloven § 2-38:

- ”(1) **Følgende skattytere er fritatt for skatteplikt av inntekt og har ikke fradragsrett for tap etter bestemmelsene i denne paragraf:**
- a. **selskap mv. som nevnt i § 2-2 første ledd a til d,**
- ...
- (2) **Inntekter og tap som omfattes av første ledd er:**
- a. **gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c ...**
- b. **...**
- c. **gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av finansielt instrument med eierandel i selskap mv. som nevnt i dette ledd a som underliggende objekt.**
- ...”

- (39) Både Elkem og Hafslund er selskaper som omfattes av første ledd bokstav a. Når det gjelder vilkårene for skattefritak i nr. 2 bokstav c, er partene enige om at konvertible obligasjoner er finansielle instrumenter. Det er heller ikke tvilsomt at aksjer i REC er "eierandeler i selskap mv. som er nevnt i dette ledd a". Det springende punkt er om de konvertible obligasjonene er finansielle instrumenter "med eierandel i selskap mv. ... som underliggende objekt".
- (40) En frittstående tegningsrett er utvilsomt et slikt finansielt instrument, mens en obligasjon utvilsomt ikke er det. En konvertibel obligasjon, som er en sammenstilling av en ordinær obligasjon og en utstedelsesrett, har dermed delvis de egenskapene som er omtalt i loven, delvis ikke. Lovens ordlyd gir derfor ikke svar på om § 2-38 kommer til anvendelse.
- (41) Et sentralt spørsmål blir da hvilke forutsetninger man kan legge til grunn at lovgiver bygde på ved vedtakelsen av skatteloven § 2-38. Jeg begynner med å se på hvilke oppfatninger om skattlegging av gevinst ved realisasjon av konvertible obligasjoner som gjorde seg gjeldende før innføringen av fritaksmetoden.
- (42) Da aksjeloven 1976 innførte adgang for aksjeselskaper til å ta opp konvertible lån, var ordningen at gevinst i næring ved realisasjon av både tegningsretter og fordringer var skattepliktig inntekt. Utenfor næring var gevinst av fordringer skattefri. De ankende parter hevder at det samme gjaldt for tegningsretter, slik at klassifiseringsspørsmålet ikke hadde betydning, men etter min mening er ikke det riktig. Hvis vilkårene for skatteplikt i aksjegevinstbeskatningsloven for øvrig var oppfylt, var gevinst oppebåret ved salg av tegningsretter skattepliktig etter loven. Dette fulgte ikke uttrykkelig av § 1, men forutsetningsvis av lovens § 4 annet ledd, som lød:

"Ved salg av fortrinnsrett til tegning av aksje settes gevinsten til det vederlag som er oppebåret ved salget, i tilfelle med fradrag av særlige utgifter knyttet til tegningsretten."

- (43) Det fremgår også av Innst. O.II – 1971–72 på side 3 at det var lovgivernes mening at tegningsretter skulle omfattes av loven. Her viste finanskomiteen til at "etter departementets forslag vil salg av friaksjer og tegningsrett til aksjer bli gevinstbeskattet." Komiteens forslag avvek ikke fra det. Ved lov 14. desember 1979 nr. 58 ble dette så presisert i § 1, uten at det innebar noen realitetsendring, se Ot.prp. nr. 18 (1979–80) side 6.
- (44) I en artikkel i Lov og Rett 1976 side 315 rettet Erik Wahlstrøm, som da var konsulent hos Skattedirektøren, søkelyset mot de skatterettslige spørsmål de nye reglene i aksjeloven medførte. På side 321 skrev han blant annet:

"En konvertibel obligasjon vil ... i perioder være utsatt for helt andre verdiendringer enn andre obligasjoner, idet dens verdi vil påvirkes av verdien av aksjen man kan bytte om til. Gir dette grunnlag for at eventuell salgsgevinst helt eller delvis kan beskattes etter Agbl.?"

Agbl. nevner i § 1 kun aksjer. Av § 4 fremgår imidlertid at lovgiver har ment at tegningsretter også skal falle inn under loven. Når det gjelder konvertible fordringer, bør det imidlertid være avgjørende at Agbl. er et tillegg til og bestemmer visse unntak fra skatteloven og ikke kan anvendes utenfor sitt mer eller mindre bestemte område. Så lenge en konvertibel fordring selskapsrettslig er en fordring og ikke en aksje, kan Agbl. ikke anvendes."

- (45) Wahlstrøm avviste altså at gevinst ved realisasjon av konvertible obligasjoner skulle behandles som gevinst på tegningsretter, og la avgjørende vekt på at aksjegevinstbeskatningsloven ikke burde tolkes utvidende, og at konvertible obligasjoner privatrettslig ble ansett som fordringer. Men deretter stilte han spørsmål om dekomponering:

”Teoretisk kunne en tenke seg en oppdeling slik at fordringens verdi som fordring kunne gevinstbeskattes etter skl. § 42/43, mens ’ombytningsdelen’ av fordringen kunne gevinstbeskattes etter Agbl. En slik oppdeling har en ikke hjemmel for å foreta. Dessuten ville det praktisk være nær umulig å beregne delenes verdi riktig.”

- (46) Som det fremgår avviste Wahlstrøm dekomponering under henvisning til manglende hjemmel og vansker med å beregne komponentenes verdi riktig.
- (47) I Syversen, Wahlstrøm og Wahr-Hansen: Aksjesalg og inntektsskatt, fra 1980, ble igjen spørsmålet reist om beskatning av gevinsten ved avhendelse av en konvertibel fordring var skattepliktig etter aksjegevinstbeskatningsloven eller skattefri etter skatteloven § 43 annet ledd bokstav b. Det het på side 248:

”Fordringen har p.g.a. den tilknyttede ombytningsrett et element av noe aksjerettslig, men hovedinnholdet er tross alt et gjeldskrav på låntager. For å få dette til å falle inn under agskl. trengs en svært utvidende fortolkning av ordet aksje i lovens § 1. Det riktige må være at agskl. ikke kan anvendes. Resultatet blir da at gevinst ved salg av slik fordring er skattefri.”

- (48) Her ble ikke spørsmålet om dekomponering nevnt. Derimot antok forfatterne at ved realisasjon av utenlandske fordringer med fraskillbar kjøperett til aksje, måtte kjøperetten, men ikke fordringen, behandles på samme måte som en tegningsrett. Det gjaldt også om fordring og kjøperett ble solgt sammen. Her skulle det altså dekomponeres. Når det derimot gjaldt fordringer med ikke fraskillbar kjøperett til aksje, ble likheten med konvertible obligasjoner fremhevet, og det ble lagt til grunn at det skulle skje en samlet beskatning etter reglene for fordringer. Det er nærliggende å slutte av dette at forfatterne mente at dekomponering var utelukket for konvertible obligasjoner, noe forfatterne også uttrykkelig uttalte på side 279 i 2. utgaven av boken, som ble utgitt i 1988.
- (49) I mellomtiden hadde også Skattedirektoratet, i en uttalelse til en fylkesskattesjef 29. mars 1982, lagt til grunn at man ved gevinstbeskatning av konvertible obligasjoner skulle følge den skatteordning som gjaldt ved realisasjon av obligasjoner – dvs. skatteplikt i næring og skattefritak utenfor næring. I omtalen av konvertible obligasjoner i Fagernæs: Håndbok i skatterett og ligning fra 1989 het det i tråd med dette på side 546 at avhendelsesgevinster utenfor næring var skattefrie etter skatteloven § 43 annet ledd bokstav b, mens obligasjoner eid i næring kunne gi skattepliktig avhendelsesgevinst etter skatteloven § 42 første ledd – altså som fordringsgevinst.
- (50) I NOU 1990: 27 Bedrifts- og kapitalbeskatning het det i avsnittet om beskatning av obligasjoner på side 8 til 9 at skattefritaket for gevinst ved salg av verdipapirer utenfor næring omfattet alle slags pengefordringer knyttet til omsetningsgjeldsbrev, også konvertible obligasjoner. Her ble altså konvertible obligasjoner fullt ut behandlet som fordringer. Dette ble gjentatt av Finansdepartementet i punkt 1.2.1 om gjeldende regler for beskatning av obligasjoner i Ot.prp. nr. 11 (1990–1991) om nye skatteregler om obligasjoner og opsjoner, ligningskontroll og andre endringer i skattelovgivningen. I proposisjonen ble det foreslått å oppheve skillet mellom obligasjoner eid i og utenfor

næring – med unntak for obligasjoner utenfor næring som ikke var mengdegjeldsbrev. Dette ble gjennomført ved lov 21. desember 1990 nr. 62. Men prinsippet om at konvertible obligasjoner skulle beskattes som andre obligasjoner, ble ikke rokket ved.

- (51) I Ot.prp. nr. 1 (1999–2000) Skatte- og avgiftsopplegget 2000, foreslo departementet nye regler for beregning av avkastning på obligasjoner. Reformen gjaldt ikke gevinstbeskatningen. Under avsnittet om gjeldende rett ble den likevel omtalt, og da slik at det kom klart fram at reglene for gevinst ved salg av obligasjoner fullt ut gjaldt. I punkt 15.2.5 het det:

”Utstedelsesretter som inngår i en konvertibel obligasjon, blir etter gjeldende rett skattlagt sammen med og etter de samme regler som gjelder for obligasjonen den er knyttet til. Dette innebærer at eventuell gevinst eller tap på utstedelsesretten blir skattepliktig ved realisasjon dersom obligasjonen skal skattlegges.”

- (52) Det ble, som man ser, forutsatt at gjeldende rett ikke åpnet for dekomponering.
- (53) Også i artikkelen Taxation of Hybrid Instruments (Norway) fra 1999 opplyste forfatteren, Frode Talmo, at den skattemessige behandlingen av konvertible obligasjoner i Norge fulgte de samme reglene som gjaldt for rene obligasjoner, og at det ikke var adgang til dekomponering. Han oppsummerte:

”It follows from the above that the bond and warrant components are not to be taxed separately when a convertible bond is sold or converted. Under the rules that apply to (pure) bonds, the two components are taxed as one integrated tax object.”

- (54) Før innføringen av fritaksmetoden i 2004 var dermed situasjonen at spørsmålet om hvordan realisasjon av konvertible obligasjoner skulle behandles skattemessig, hadde praktisk betydning, og at så vel skattemyndighetene som en samlet teori la til grunn at konvertible obligasjoner skatterettslig skulle behandles som andre obligasjoner.
- (55) I forarbeidene til skatteloven § 2-38 omtales ikke konvertible obligasjoner. Finansdepartementets vurderinger av hvordan finansielle instrumenter med eierandeler i selskap som underliggende objekt burde behandles, innledes slik i Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.5.2.4:

”Enkelte finansielle instrumenter utleder (derivater) sine økonomiske virkninger fra et annet objekt, ofte benevnt det underliggende objekt. Disse instrumentene omtales derfor som derivater. Aksjer, grunnfondsbevis og andre selskapsandeler som kan gi eieren skattefri avkastning i henhold til fritaksmetoden (kvalifiserende eierandeler), kan være underliggende objekt til et derivat. Eksempler på slike derivater er opsjoner som gir rett til kjøp eller salg av eierandeler, utstedelsesretter som gir rett til nye eierandeler og terminkontrakter for fremtidig overdragelse av eierandeler.”

- (56) Som man ser, gis det ganske detaljerte eksempler på derivater. Med den oppfatningen som gjaldt om beskatning av konvertible obligasjoner, og som blant annet kom klart til uttrykk i Finansdepartementets proposisjon om skatte- og avgiftsopplegget for 2000, er forarbeidenes taushet om konvertible obligasjoner i seg selv et argument mot at skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c helt eller delvis skal komme til anvendelse på gevinst ved realisasjon av slike obligasjoner. I denne sammenheng kan det også vises til at fritaksmetoden medførte at den skattemessige behandlingen av tegningsrettens forholdsmessige andel av den konvertible obligasjons verdi, fikk økt betydning. Også på

denne bakgrunn hadde departementet en klar oppfordring til å omtale de konvertible obligasjonene dersom verdien av tegningsretten skulle omfattes av fritaksmetoden.

- (57) Når det gjelder spørsmålet om dekomponering, er det også grunn til å legge vekt på at det verken finnes noen anvisning på hvordan den i tilfelle skal skje, eller hjemmel for å gi nærmere regler om dette. Metoden for dekomponering og den nærmere gjennomføringen kan ha stor betydning for omfanget av skatteplikt, og det er ikke uten videre klart hva som er den riktige og mest hensiktsmessige metoden. Til sammenlikning kan nevnes den vedtatte, men ikke ikraftsatte, endringen i skatteloven § 14-23 om renteelementet ved mengdegjeldsbrev, jf. lov 17. desember 1999 nr. 94. I forarbeidene er det drøftet om og konkludert med at obligasjoner med utstedelsesretter i denne sammenhengen skal dekomponeres, se Ot.prp. nr. 1 (1999–2000) punkt 15.7.4.2.3. Regler for hvordan verdien skal splittes forutsettes gitt i forskrift. Her har altså lovgiver foretatt en avveining og kommet til at dekomponering er ønskelig, og gitt hjemmel for nærmere regler om gjennomføringen.
- (58) På den annen side må de ankende parter gis medhold i at tegningsretten i de konvertible obligasjonene har betydelige likhetstrekk med de tilfellene som uomstridt omfattes av § 2-38. Det er likevel et spørsmål om begrunnelsen for å henføre tegningsretter under fritaksmetoden passer her:
- (59) Formålet med å frita aksjeselskaper for skatteplikt av gevinst ved realisasjon av aksjer, jf. § 2-38 annet ledd bokstav a, jf. første ledd bokstav a, var å unngå kjedebehandling, altså at aksjegevinster ble beskattet flere ganger i en eierkjede, se Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.1. I proposisjonen punkt 6.5.2.4 drøfter departementet som nevnt om fritaksmetoden også bør gjelde for derivater. Det peker på at det varierer hvorvidt andre land med fritaksmetode for aksjeinntekter har gitt fritaket anvendelse for gevinst og tap på derivater med aksjer som underliggende objekt. Men departementet konkluderer med at hensynet til å tilrettelegge for bruk av derivater til sikring og risikostyring, tilsier at fritaksmetoden også bør omfatte derivater. Det påpekes at dette også hindrer skattearbitrasje og uønskede tilpasningsmuligheter, for eksempel ved at ikke fradragsberettiget tap på aksje gjøres om til fradragsberettiget tap på derivat.
- (60) De ankende parter anfører at denne begrunnelsen tilsier at også gevinsten ved tegningsrettselementet i konvertible obligasjoner må omfattes av fritaksmetoden. Jeg kan ikke se at det kan trekkes slike slutninger. Det var, som det fremgår, ikke hensynet til å unngå kjedebehandling departementet vektla, men et ønske om å tilrettelegge for derivatbruk og et ønske om å unngå uønskede tilpasningsmuligheter. Låneelementet ved konvertible obligasjoner medfører at disse hensynene ikke gjør seg gjeldende på samme måte for slike obligasjoner. I tillegg viser jeg til at forarbeidene ikke inneholder holdepunkter for at departementet så det som ønskelig å legge til rette for bruk av konvertible obligasjoner til sikring og risikostyring, eller vurderte hvilken skattlegging av slike obligasjoner som best hindrer uønsket tilpasning.
- (61) De ankende parter har også anført at beskatningen bør være den samme uavhengig av om fordringen og tegningsretten kan splittes eller ikke. Når fordringshaver er gitt splittelsesadgang, slik allmennaksjeloven § 11-2 annet ledd nr. 13 gir generalforsamlingen adgang til å beslutte, er det nemlig antatt at obligasjonen og tegningsretten må anses som selvstendige finansielle instrumenter ved beskatning, jf. den tidligere omtalen av Syversen, Wahlstrøm og Wahr-Hansen: Aksjesalg og inntektsskatt

fra 1980 og Ot.prp. nr. 1 (1999–2000) punkt 15.2.5. Etter mitt syn kan ikke dette tillegges noen vekt. Det var for øvrig ikke adgang til å skille tegningsretten fra lånene i REC-obligasjonene, og fordringen og tegningsretten utgjorde dermed en udelelig enhet.

- (62) De ankende parter har videre anført at det er et generelt prinsipp i skatteretten at sammensatte formuesobjekter skal deles opp ved beskatning. Det er riktig at det finnes mange eksempler på dette, men jeg kan ikke se at det er dekning for å si at det er tale om et generelt prinsipp. Hvorvidt det er grunnlag for dekomponering, må vurderes konkret basert på de aktuelle rettskildene.
- (63) I juridisk teori etter innføringen av fritaksmetoden er det ulike oppfatninger av dekomponeringsspørsmålet. Andreas Bullen tar i artikkelen ”Konvertible obligasjoner og fritaksmetoden: Dekomponering eller vesentlighetsvurdering” i *Skatterett 2007* på side 101 flg., til orde for dekomponering – i hovedsak med vekt på de samme argumentene som de ankende parter i saken her. Han opplyser for øvrig at artikkelen er basert på en juridisk betenkning han har avgitt som advokat. Hugo P. Matre avviser derimot dekomponering i avhandlingen ”Studier i det skatterettslige rentefradraget – med særlig sikte på hybridfinansiering av aksjeselskaper” fra 2010. Matre legger særlig vekt på at utstedelsesretten ved konvertible lån ikke kan utnyttes uavhengig av lånet, som anvendes som tingsinnskudd ved en eventuell utøvelse av opsjonen. Den saklige sammenhengen mellom lånet og utstedelsesretten tilsier ifølge ham at avtalens ulike bestanddeler ikke kan dekomponeres, se side 185. I Zimmer (red.) i samarbeid med BA-HR i *Bedrift, selskap og skatt 5. utgave* (2010) anses spørsmålet som uavklart.
- (64) På bakgrunn av denne gjennomgåelsen er jeg kommet til at det ikke er grunnlag for å foreta dekomponering. For meg er det avgjørende at det før fritaksmetoden var en fast rettsoppfatning at konvertible obligasjoner hvor tegningsretten ikke kunne skilles fra fordringen, i sin helhet skulle beskattes som gevinst vunnet ved realisasjon av fordring. Når da forarbeidene til fritaksmetoden ikke gir noe holdepunkt for at lovgiveren tok sikte på at det skulle foretas en dekomponering, kan det ikke legges til grunn at det skal skje, selv om en ren økonomisk vurdering kunne synes å tilsi en motsatt løsning. Dette er i tilfelle en lovgiveroppgave.
- (65) Det neste spørsmålet blir om det skal foretas en vesentlighetsvurdering som tilsier at gevinsten i sin helhet er skattefri fordi det på realisasjonstidspunktet var tegningsretten som utgjorde det vesentligste elementet ved det finansielle instrumentet.
- (66) De ankende parter har rett i at det finnes en rekke eksempler på at spørsmålet om skatteplikt beror på en vesentlighetsvurdering av et formuesobjekt på realisasjonstidspunktet – for eksempel slik at en bebygd eiendom på grunnlag av en slik vurdering er blitt ansett som en tomt, jf. Rt. 1977 side 1264. Men det kan ikke oppstilles en generell og unntaksfri regel i den retning. Løsningen må også for dette spørsmålet bero på en konkret vurdering av de aktuelle rettskildene.
- (67) For konvertible obligasjoner ville en klassifikasjon basert på en vesentlighetsvurdering innebære at en fordring kunne bli skattefri etter fritaksmetoden – en løsning som er vanskelig å forene med ordlyden i § 2-38 annet ledd. Den ville også innebære behov for nærmere regler. I mange tilfeller, slik som i det foreliggende, er det riktignok klart at tegningsretten utgjør det vesentligste elementet, men det er lett å se for seg at det kan oppstå tvister om hva som er det vesentligste elementet dersom fremgangsmåten ved

vurderingen ikke er nærmere regulert. En annen betenkelighet er at en slik klassifikasjonsmetode ville etablere en asymmetri fordi en gunstig utvikling i selskapet ville gjøre at tegningsretten ble den dominerende, noe som ville lede til skattefri realisasjonsgevinst, mens en ugunstig utvikling ville lede til at fordringen ble dominerende, slik at skattyteren fikk fradrag for tap.

- (68) Som påpekt foran tilsier dessuten rettsoppfatningen før innføringen av fritaksmetoden at forarbeidene taushet i seg selv taler mot at skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c skal komme til anvendelse på konvertible obligasjoner. En klassifikasjon basert på det konkrete instrumentets vesentlige karakter er, som det fremgår, også beheftet med prinsipielle og praktiske betenkeligheter. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at det er grunnlag for å la gevinsten være omfattet av fritaksmetoden basert på en helhetsvurdering av den konvertible obligasjonen på realisasjonstidspunktet.
- (69) Gevinsten er dermed ikke omfattet av fritaksregelen i skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c, jf. første ledd. Anken fra Hafslund må dermed forkastes.
- (70) Industriinvesteringer AS har subsidiært anført at dersom de konvertible obligasjonene fullt ut skal bedømmes som obligasjoner, er det likevel ikke skatteplikt for gevinsten ved realisasjon av selskapets 15 euroobligasjoner, på grunn av unntaket i skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1. Bestemmelsen lyder:

”Gevinst ved realisasjon av følgende formuesobjekter er unntatt fra skatteplikt utenfor virksomhet:

a. ...

b. ...

c.

1. muntlige fordringer og andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev.”

- (71) Spørsmålet er om euroobligasjonene er mengdegjeldsbrev.
- (72) I gjeldsbrevlova defineres mengdegjeldsbrev i § 4 som ”gjeldsbrev som blir utgjevne mange i sammenheng og med sams tekst”. Dersom 31 gjeldsbrev anses som mange – noe jeg kommer tilbake til – er euroobligasjonene mengdegjeldsbrev i gjeldsbrevlovas forstand.
- (73) Industriinvesteringer AS har imidlertid vist til forarbeidene til skatteloven § 9-3, Ot.prp. nr. 11 (1990–1991) punkt 1.3.5, hvor det heter:
- ”Departementet foreslår at det innføres skatteplikt på norske og utenlandske obligasjoner som er gjenstand for omsetning i organiserte markeder, d.v.s. ihendehaverobligasjoner, konvertible obligasjoner og andre mengdegjeldsbrev, jfr. lov om verdipapirhandel § 1. ... I lovforslaget er uttrykket ’mengdegjeldsbrev’ brukt som en fellesbetegnelse på disse typene av obligasjoner.”**
- (74) Det anføres at siden euroobligasjonene verken ble omsatt eller var egnet til omsetning i organiserte markeder, altså på børs, var de ikke ”mengdegjeldsbrev”. Staten anfører at dette ikke er avgjørende.
- (75) Spørsmålet er dermed om det på bakgrunn av forarbeidene må innfortolkes et vilkår om at et gjeldsbrev må være egnet til å omsettes på børsen for å bli ansett som mengdegjeldsbrev i skatteloven § 9-3.

- (76) Formålet med å innføre skatteplikt på obligasjonsgevinster var, i henhold til samme proposisjon punkt 1.3.2.1, å oppnå mest mulig symmetrisk beskatning av forskjellige former for kapitalplasseringer. Og formålet med unntaket i § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1 var at det sjelden realiseres gevinster på ”enkelstående obligasjoner, f.eks. pantobligasjoner, enkle gjeldsbrev og muntlige fordringer”, se punkt 1.3.5 i proposisjonen. Derimot kan det realiseres betydelige tap som ville blitt fradragsberettiget dersom forslaget om skatteplikt omfattet slike fordringer, heter det videre. Ikke noe av dette taler for at gjeldsbrev som ellers er å anse som mengdegjeldsbrev, må være egnet til å omsettes på børs for at gevinst ved å realisere dem skal bli skattepliktig.
- (77) Det er også et moment at forarbeidene viser til den nå opphevede verdipapirhandelloven § 1 som forklaring på uttrykket mengdegjeldsbrev. Denne bestemmelsens bokstav a lød:
- ”I denne lov forstås med verdipapir:**
a) norske og utenlandske obligasjoner – ihendehaverobligasjoner eller andre omsetningsgjeldsbrev hvorav det utstedes eller registreres mange i sammenheng med lik tekst (mengdegjeldsbrev) – unntatt obligasjoner tilknyttet leierett til bolig; ”
- (78) Denne definisjonen inneholdt ikke noe krav om at gjeldsbrevet var egnet for omsetning i et organisert marked. Jeg finner det nærliggende at begrepet skal forstås på samme måte i skatteloven. Som man ser, samsvarer denne definisjonen med gjeldsbrevlovens, bortsett fra at det må være tale om omsetningsgjeldsbrev.
- (79) Euroobligasjonene ble registrert i Verdipapirsentralen. Det gjenstående spørsmålet er dermed om 31 obligasjoner er ”mange”. Sammenlignet med 140 millioner dollarobligasjoner, fremstår 31 obligasjoner som et beskjedent antall. Likevel mener jeg kravet er oppfylt. Etter en språklig forståelse er det vanskelig ikke å anse 31 som mange. Jeg viser også til at formålet med å bruke denne avgrensningen i skatteloven som nevnt var å avgrense mot enkeltstående obligasjoner.
- (80) Etter dette må også anken fra Industriinvesteringer AS forkastes.
- (81) Staten har vunnet saken fullt ut, og har krevd å bli tilkjent sakskostnader. Jeg er imidlertid kommet til at unntaket i tvisteloven § 20-2 tredje ledd bør komme til anvendelse for kostnadene forbundet med behandlingen i Høyesterett. I teorien har det gjort seg gjeldende ulike syn på spørsmålet om fritaksmetoden helt eller delvis kommer til anvendelse, og det var også i statens interesse å få en avklaring av spørsmålet i Høyesterett.
- (82) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (83) Dommer **Normann**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende når det gjelder spørsmålet om gevinsten ved realiseringen av de konvertible obligasjonene delvis er skattefrie etter skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c.
- (84) Jeg er enig med førstvoterende i at lovens ordlyd gir liten veiledning, men jeg ser annerledes på betydningen av forarbeidene til skatteloven § 2-38.
- (85) Førstvoterende har vektlagt at skattemyndighetene og en samlet teori før innføringen av fritaksmetoden i 2004 la til grunn at konvertible obligasjoner skattemessig skulle behandles som andre obligasjoner. Hun viser blant annet også til at det i forarbeidene gis ganske detaljerte eksempler på derivater uten at konvertible obligasjoner er nevnt, og at med ”den oppfatningen som gjaldt om beskatning av konvertible obligasjoner, og som blant annet kom klart til uttrykk i Finansdepartementets proposisjon om skatte- og avgiftsopplegget for 2000, er forarbeidenes taushet om konvertible obligasjoner i seg selv et argument mot at skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c helt eller delvis skal komme til anvendelse på gevinst ved realisasjon av slike obligasjoner”.
- (86) Etter mitt syn kan forarbeidenes taushet her ikke tas til inntekt for at det var lovgivers mening at gevinsten ved realisering av konvertible obligasjoner i sin helhet ikke skulle være omfattet av fritaksmetoden. Som jeg straks skal komme tilbake til, ble oppfatningen om at konvertible obligasjoner i sin helhet skal skattlegges etter reglene for fordringer, etablert på et tidspunkt hvor spørsmålet hadde langt mindre betydning enn etter innføringen av fritaksmetoden. Jeg bemerker også at de synspunkter som fremkom i Wahlstrøms artikkel fra 1976 langt på vei synes å være videreført uten noen nærmere utredning av spørsmålet, jf. blant annet NOU 1990: 27 side 9, Ot.prp. nr. 11 (1990–91) om nye regler om beskatning av obligasjoner og opsjoner og Ot.prp. nr. 1 (1999–2000) Skatte- og avgiftsopplegget 2000. Dette kan ha sammenheng med at spørsmålet hadde liten praktisk betydning.
- (87) Som førstvoterende har redegjort for, var nemlig gevinst på realisasjon av både tegningsretter og fordringer i næring skattepliktige da aksjeloven 1976 innførte adgang for aksjeselskaper til å ta opp konvertible lån. Utenfor næring var riktignok gevinst på realisasjon av fordring skattefri, mens gevinst på realisasjon av tegningsretter var skattepliktig. Problemstillingen hadde derfor på det daværende tidspunktet i alle fall betydning dersom denne gevinst ble oppebåret utenfor næring. Ligningspraksis er ikke nærmere dokumentert, men det er opplyst fra statens side at denne har vært i overensstemmelse med den etablerte læren. Det er imidlertid usikkert hvor omfattende denne praksis var, og dermed hvilken praktisk betydning spørsmålet egentlig hadde.
- (88) Ved skattereformen 1992 ble det innført et helt nytt system for å unngå økonomisk dobbeltbeskatning i selskapsforhold; den såkalte RISK-metoden. Med et system med ubetinget skatteplikt på aksjegevinster, ble spørsmålet om dobbeltbeskatning av selskap og aksjonær satt på spissen. Det ble viktig å finne frem til en korreksjonsmetode for å unngå at skattlagt kapital på selskapets hånd også reelt sett ble skattlagt hos aksjonæren gjennom skattlegging av verdistigning på aksjen. Departementet uttalte under henvisning til finanskomiteens flertall at ”økonomisk dobbeltbeskatning av aksjeselskap og aksjonær er uheldig. Aksjonærens krav til avkastning før skatt vil da bli høyere enn ellers. Dette kunne bl.a. vri finansieringsstrukturen i selskapet i retning av høy gjeldsgrad og lav egenkapitalandel”, jf. Ot.prp. nr. 35 (1990–91) side 205.

- (89) Det er imidlertid ikke omtvistet at spørsmålet om konvertible obligasjoner skulle skattlegges etter reglene for fordringer eller tegningsretter hadde liten eller ingen praktisk betydning i perioden etter innføringen av Skattereformen 1992 og frem til innføringen av fritaksmetoden i 2004. Årsaken var at gevinst på tegningsretter i denne perioden var skattepliktig etter skatteloven § 9-10, mens gevinst på obligasjoner var skattepliktig både utenfor og i næring, jf. skatteloven §§ 5-1 og 5-30. Gevinst på fordringer som ikke er mengdegjeldsbrev var riktignok unntatt fra skatteplikt utenfor næring, jf. skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c. Skattyterne hadde derfor ingen foranledning til å ta opp spørsmålet. Etter mitt syn kan disse forholdene like gjerne forklare hvorfor lovgiver ikke hadde fokus på spørsmålet om skattlegging av konvertible obligasjoner ved innføringen av fritaksmetoden.
- (90) I 2004 fikk man et helt annet system for å hindre kjedebeskatning. Fritaksmetoden innebærer at selskapsaksjonærer er fritatt for skatt på aksjegevinster, tegningsretter og utbytte, mens skatten først kommer ved utdeling til personlige aksjonærer. Sett i lys av de betydelige konsekvenser innføring av fritaksmetoden har for skattlegging av konvertible obligasjoner, er det etter mitt syn påfallende at lovgiver overhode ikke har nevnt at intensjonen var å videreføre den etablerte lære, dersom dette hadde vært meningen. På denne bakgrunn mener jeg at lovforarbeidenes taushet her ikke kan tillegges særlig vekt.
- (91) Jeg viser videre til at med unntak av overligningsnemndas vedtak 4. juni 2007, inntatt i Utv. 2008 side 328 sak 2005-004 OLN (Arendals Fossekompani), er det for Høyesterett ikke dokumentert ligningspraksis i andre saker fra tiden etter innføring av fritaksmetoden. Jeg bemerker også at fordringen i den saken – i motsetning til i vår sak – utgjorde det vesentligste element av verdien i hele instrumentets løpetid.
- (92) Som jeg har vært inne på, har førstvoterende ved gjennomgangen av den etablerte læren blant annet vist til at det i juridisk teori er lagt til grunn at konvertible obligasjoner skulle skattlegges etter de regler som gjelder for obligasjoner. Jeg bemerker at det i teori etter innføringen av fritaksmetoden, også finnes mer nyanserte oppfatninger. Talmo og Berg Jacobsen viser i en artikkel inntatt i Revisjon og Regnskap 2007 side 23–27 til at den skattemessige behandlingen av konvertibler som ikke kan splittes, er ”mer usikker”, og uttaler blant annet at:
- ”Det ikke uten videre er gitt at praksisen med å beskatte konvertible obligasjoner etter reglene for obligasjoner skal videreføres under fritaksmetoden. Dette vil i prinsippet bero på en tolking av (bl.a.) sktl. § 2-38 annet ledd litra c. Innføringen av fritaksmetoden medfører at reglene for realisasjonsbeskatning av obligasjoner og tegningsretter har blitt vesentlig mer forskjellig enn tidligere. I det nye systemet er hovedregelen at tegningsretter er fritatt fra beskatning, mens det motsatte gjelder for obligasjoner. Dette kan tale for at det bør foretas skattemessig dekomponering, også i de tilfeller det ikke er adgang til å splitte den konvertible obligasjonen.”**
- (93) Jeg viser også til at Matre – selv om det etter hans oppfatning ikke kan skje en dekomponering – i sin Phd-avhandling avviser at konvertible lån skattemessig alltid skal anses som en fordring, og at en slik løsning bryter med skattelovens system, jf. Matre, Studier i det skatterettslige rentefradraget – med særlig sikte på hybridfinansiering av aksjeselskaper side 186.
- (94) Jeg legger etter dette til grunn at løsningen på spørsmålet om hvordan gevinsten ved realisasjon av konvertible obligasjoner skal skattlegges etter innføring av fritaksmetoden, er uklar.

- (95) For meg blir det da et tungtveiende hensyn at formålet med innføring av skatteloven § 2-38 var å unngå at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjede med norske selskaper (kjedebeskatning), jf. Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 52. Dersom gevinst på tegningsrettskomponenten i en konvertibel obligasjon skal beskattes etter reglene som gjelder for obligasjoner, blir konsekvensen nettopp at det oppstår dobbeltbeskatning av inntekter som opptjenes i det underliggende selskapet, jf. Talmo og Berg Jacobsen i Revisjon og Regnskap 2007 side 23–27. En slik løsning vil derfor være i strid med lovens formål.
- (96) Det er ikke tvilsomt at frittstående tegningsretter er omfattet av fritaksmetoden. Både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan i dag utstede slike tegningsretter, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 11-12. Frittstående tegningsretter kan også utstedes i forbindelse med låneopptak. Tegningsrettene kan for eksempel utstedes til långiver i samme forhold som det ytes lån, og løpetiden på lånet kan fastsettes slik at den faller sammen med retten til å kreve utstedt aksjer. Både for låntaker og långiver kan de økonomiske konsekvensene dermed bli svært like det som oppnås med en konvertibel obligasjon, men med den forskjell at tegningsrettene kan omsettes særskilt. Også skattemessige nøytralitetsvurderinger tilsier derfor at tegningsretter bør beskattes på samme måte uavhengig av om de er frittstående eller ikke.
- (97) Etter mitt syn gjør både formålsbetraktninger og nøytralitetshensyn seg ekstra sterkt gjeldende i denne saken hvor tegningsretten fremstår som den helt sentrale økonomiske komponenten eller driveren ved verdsettingen av de aktuelle instrumentene på realisasjonstidspunktet.
- (98) Jeg legger mindre vekt på at det ikke er gitt beregningstekniske regler for dekomponering, og viser til at selskapene uansett må foreta dekomponering i sine regnskaper. Internasjonal regnskapspraksis går dessuten i retning av å dekomponere konvertible obligasjoner.
- (99) Jeg er etter en samlet vurdering kommet til at gevinsten ved realisasjon av de konvertible obligasjonene skal dekomponeres i en del tilknyttet fordringselementet og en del tilknyttet tegningsselementet. Min konklusjon er etter dette at gevinst på tegningsretten er omfattet av fritaksmetoden i skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c. Jeg stemmer derfor for at ankene tas til følge.
- (100) Kst. dommer **Arnesen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Indreberg.
- (101) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (102) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(103) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: