

## **Høyesterettsdom av 8. desember 2011 i sak 2011/869 – Industriinvesteringer AS og Hafslund Venture AS - Skattedirektoratets domskommentar**

### **Innledning**

Saken gjaldt spørsmål om skatteplikt på gevinst ved realisasjon av konvertible obligasjoner.

Industriinvesteringer AS (Elkem) og Hafslund Venture AS (Hafslund) benyttet i 2006 sin rett som innehavere av konvertible obligasjoner til å tegne aksjer i Renewable Energy Corporation ASA (REC) til en forhåndsavtalt kurs. Dette ga Elkem en gevinst på vel 2 milliarder kroner og Hafslund en gevinst på vel 1,6 milliarder kroner. Obligasjonene var utstedt dels i euro (totalt 31 obligasjoner à 1million euro) og dels i dollar (140 000 000 obligasjoner à 1 dollar). Selskapene ervervet sine andeler både i annenhåndsmarkedet og ved utstedelse.

Selskapene la ved ligningen til grunn at de konvertible obligasjonene måtte dekomponeres slik at den del av gevinsten som knyttet seg til tegningsretten var skattefri etter fritaksmetoden. Sentralskattekontoret for storbedrifter endret ligningene, og beskattet gevinstene ved konvertering fullt ut etter de regler som gjelder for obligasjoner. Selskapene tok ut stevning på kontorvedtakene. Tingretten, lagmannsretten og Høyesterett kom til at gevinstene var skattepliktige. Dissens 4-1.

### **Høyesteretts dom**

#### *Forholdet til fritaksmetoden – spørsmål om dekomponering*

Høyesterett tok utgangspunkt i den aksjerettslige adgang til å ta opp lån hvor fordringen gir rett til å kreve utstedt aksjer (konvertible obligasjoner), regulert i aksjeloven (asl.) § 11-1, en låneform som ble innført i aksjelovgivningen i 1976. Konvertible obligasjoner gir fordringshaverne rett til å kreve utstedt aksjer mot at fordringen brukes til motregning. Det trekkes opp et skille mot lån med rett til å kreve aksjer mot innskudd i penger.

Det var ikke omtvistet at en konvertibel obligasjon måtte regnes som finansielt instrument. Det springende punktet var om instrumentet kunne regnes som finansielt instrument ”med eierandel i selskap mv. ... som underliggende objekt”, jf. sktl. § 2-38 annet ledd bokstav c. En konvertibel obligasjon er et sammensatt instrument som også består av en obligasjon, og på den bakgrunn slår Høyesterett (enstemmig) fast at ordlyden ikke gir svar på om fritaksmetoden kommer til anvendelse.

Med dette utgangspunkt foretar Høyesterett en kartlegging av rettsoppfatningen om beskatning av konvertible obligasjoner forut for innføring av fritaksmetoden.

Spørsmålet om beskatning, herunder dekomponering av konvertible obligasjoner, ble omtalt i skatterettslig teori allerede i 1976. Utenfor næring var gevinster på fordringer skattefri, mens tegningsretter var skattepliktige etter aksjegevinstbeskatningsloven (agbl.) § 1, jf. § 4. I en artikkel i Lov og Rett 1976 side 315 ble det likevel konkludert med at det ikke ville forligge hjemmel for å beskatte tegningsrettdelen av en gevinst etter aksjegevinstbeskatningsloven. Det ble vist til at konvertible obligasjoner privatrettslig var å anse som fordringer, at det ikke forelå hjemmel for dekomponering, samt vanskene med å beregne delenes verdi riktig.

Det vises videre til annen juridisk teori, uttalelse fra Skattedirektoratet og gjengivelser av gjeldende rett for beskatning av konvertible obligasjoner i forarbeidene til skattereformen av 1992 og i Ot.prp. nr. 1 (1999-2000). Høyesterett slår fast at gjeldende rettsoppfatning før innføringen av fritaksmetoden var at konvertible obligasjoner skatterettslig skulle behandles som andre obligasjoner. Gjeldende rett åpnet ikke for dekomponering selv om problemstillingen hadde praktisk betydning.

Spørsmålet var deretter om det ved innføringen av fritaksmetoden kan finnes holdepunkter for at lovgiver ønsket å endre reglene for beskatning av konvertible obligasjoner.

I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.4 er konvertible obligasjoner ikke nevnt i eksemplifiseringen av derivater som omfattes. Når dette sees i sammenheng med rettsoppfatningen som rådet, var forarbeidenes taushet etter Høyesteretts syn et argument mot at fritaksmetoden nå skulle komme helt eller delvis til anvendelse. Vekten av forarbeidenes taushet forsterkes av at dekomponering etter Høyesteretts syn fordrer en nærmere anvisning på framgangsmåte fra lovgiver. I Ot.prp. nr. 1 (1999-2000) var det foreslått endring av sktl. § 14-23 om beregning av renteelement for mengdegjeldsbrev. Endringen som ennå ikke er satt i kraft, innebar at også obligasjoner med utstedelsesrett i den aktuelle sammenheng skulle dekomponeres. Reglene for hvordan verdien skulle splittes var forutsatt gitt i forskrift. Sktl. § 14-23 gjelder tidfesting. Det er nærliggende å legge til grunn at lovgiver ville omtalt metode for dekomponering i forarbeidene til fritaksmetoden eller sørget for hjemmel for nærmere regler når spørsmålet var om skatteplikt i det hele tatt forelå.

Til grunn for at fritaksmetoden også omfatter derivater, ligger hensynet til å tilrettelegge for bruk av derivater til sikring og risikostyring samt hensynet til å unngå skattearbitrasje og uønskede tilpasningsmuligheter. Etter Høyesteretts syn slår hensynene ikke til for konvertible obligasjoner. Selskapene ble ikke hørt med at beskatningen bør være den samme enten tegningsretten selskapsrettslig kan skilles eller ikke.

Høyesterett konkluderer med at det ikke er grunnlag for dekomponering. Det legges avgjørende vekt på at det før fritaksmetoden var en fast rettsoppfatning at konvertible obligasjoner hvor tegningsretten ikke kunne skilles fra fordringen i sin helhet ble beskattet etter reglene for fordringer. I forarbeidene til fritaksmetoden finnes det ikke holdepunkter for at lovgiver ønsket å endre dette, selv om en ren økonomisk vurdering kunne tilsi motsatt løsning. Regler om dekomponering må eventuelt innføres av lovgiver.

#### *Forholdet til fritaksmetoden – spørsmål om vesentlighetsvurdering*

Selskapene anførte subsidiært at det måtte foretas en vesentlighetsvurdering på realisasjonstidspunktet av det samlede instrument. REC-aksjen hadde i tiden forut for konvertering hatt en betydelig verdiutvikling, og det var ikke omstridt at tegningsretten på dette tidspunktet var mest framtreddende verdimesig.

Høyesterett avviser at konvertible obligasjoner skal beskattes etter en vesentlighetsvurdering. At det finnes en rekke eksempler på at skatteplikt beror på en vesentlighetsvurdering, kan ikke ha gjennomslagskraft overfor de rettskilder som konkret gjelder beskatningen av konvertible obligasjoner. Dessuten vil behovet for nærmere regler være det samme som ved dekomponering og fraværet av slike regler gir en ligningsteknisk krevende regel med et betydelig tvistepotensiale. Det vises videre til at vesentlighetsvurdering vil kunne gi en asymmetrisk regel ved at gevinst blir skattefri når tegningsretten er dominerende og tap

fradragsberettiget når fordringen ble dominerende. Til slutt trekkes på ny de manglende holdepunkter i forarbeidene til fritaksmetoden fram.

Gevinsten var etter dette ikke omfattet av fritaksmetoden.

### *Spørsmål om mengdegjeldsbrev*

Elkem anførte subsidiært at euroobligasjonene ikke var mengdegjeldsbrev etter sktl. § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1, fordi de ikke var egnet til å omsettes i et organisert marked, og at det heller ikke ble utstedt tilstrekkelig mange obligasjoner til at det kunne være tale om mengdegjeldsbrev.

Ved fastleggelsen av innholdet i begrepet mengdegjeldsbrev, tok Høyesterett utgangspunkt i gjeldsbrevlovens § 4 hvor mengdegjeldsbrev defineres som ”*gjeldsbrev som blir utgjevne mange i sammenheng og med sams tekst*”. Definisjonen samsvarer med den opphevede verdipapirhandelloven av 1985 § 1, med unntak av at det måtte være tale om omsetningsgjeldsbrev. I forarbeidene til sktl. § 9-3 var det vist til denne bestemmelsen. Det kunne fra disse definisjoner ikke utledes krav om egnethet for omsetning i et organisert marked.

Heller ikke en nærmere analyse av formålet med å innføre skatteplikt på obligasjonsgevinster, jf. Ot.prp. nr. 11 (1990-1991), førte til at det kunne utledes et slikt krav. Formålet med unntaket i sktl. § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1 var å trekke opp en grensen mot enkeltstående obligasjoner som man i forarbeidene antok ofte kunne realiseres med betydelig tap.

Høyesterett legger til grunn at begrepet mengdegjeldsbrev i skatteloven skal forstås på samme måte som i verdipapirhandelloven av 1985 § 1 slik at det omfatter omsetningsgjeldsbrev, utgitt mange i sammenheng og med lik tekst. De 31 euroobligasjonene var registrert i Verdipapirsentralen, og ble ansett som ”*mange*”.

### **Skattedirektoratets kommentar**

Dommen avklarer den skattemessige behandlingen av konvertible obligasjoner, dvs. lån som gir fordringshaverne rett til å kreve utstedt aksjer mot at fordringen brukes til motregning. Dette er et instrument som beskattes etter de regler som gjelder for fordringer. Det skal ikke foretas dekomponering, og gevinst ved realisasjon omfattes ikke for noen del av fritaksmetoden. Det gis fradrag for tap i samme utstrekning som gevinst er skattepliktig.

Konklusjonen er den samme enten instrumentet er utstedt av et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. At allmennaksjeloven § 11-1 mangler forbud mot å skille tegningsretten er uten betydning. Fordringen må benyttes til motregning, og skilles tegningsretten fra en konvertibel obligasjon, har man ikke lenger å gjøre med en konvertibel obligasjon.

Dommen kaster også nyttig lys over innholdet i begrepet mengdegjeldsbrev. Skatteloven oppstiller ikke krav om egnethet for omsetning i et organisert marked. Hovedformålet med bestemmelsen var å trekke opp skillet mot typiske private skyldforhold og enkeltstående obligasjoner. Det tilsier at antallskravet ikke settes høyt.