

Gjeld eller egenkapital?

Det skatterettslige klassifikasjonsspørsmålet

Skatteklagenemnda for Sentralskattekontoret for storbedrifter (SFS) har nylig behandlet en sak som omhandler grensedragningen mellom gjeld og egenkapital (2006-002SKN).

Hovedspørsmålet i saken var om kapitalinnskuddene fra aksjonærene til selskapet skattemessig skulle klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Høyesterett har i Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) *Preferansekapitaldommen* uttalt på side 863 at når «et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital». Dette ble hovedsakelig gjengitt i Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083) *Telecomputingdommen*. Med utgangspunkt i det foreliggende rettskildematerialet foretok nemnda en konkret helhetsvurdering, og kom til at kapitalinnskuddene lignet mest på egenkapitalinnskudd. Avgjørelsen førte til at skattyter ble nektet fradrag for gjeldsrenter. Saken belyser hvilke momenter det skal legges vekt på i en slik helhetsvurdering.

Et kraftselskap hadde inngått to tilnærmet likelydende avtaler i to ulike perioder med sine eierkommuner om kapitalinnskudd til selskapet på samlet MNOK 547. Partene betegnet begge avtalene som ansvarlig lån. Som motytelse for kapitalinnskuddene betalte selskapet vederlag til eierkommunene. Selskapet førte opp vederlagene som gjeldsrenter i ligningspapirene, og krevde fradrag for utgiftene. Selskapet ble i første omgang lignet etter påstand. Ligningen ble senere endret, idet SFS mente at kapitaltilførslene hadde større likhetstrekk med egenkapital enn gjeld. Selskapet var uenig i

dette, og klagde SFS sitt vedtak inn for Skatteklagenemnda.

Det kan nevnes at mottaker av renteinntekt, her eierkommunene, er fritatt for skatteplikt for denne typen inntekt, jf. skatteloven (heretter sktl.) § 2-30 første ledd litra c. Dette gjelder imidlertid ikke kraftselskapet, som har alminnelig skatteplikt etter sktl. § 2-2 første ledd, og på motsvarende vis kan kreve fradrag for kostnader til inntektsservelse når vilkårene for øvrig er oppfylt. Grunnet denne skattemessige asymmetrien vil valg av finansieringsform ha stor betydning for størrelsen av en eventuell avkastning etter skatt.

Problemstillingen var om kapitaltilførslene fra eierkommunene skattemessig skulle behandles som gjeld, slik at vederlag for innskuddene kunne bli fradragsberettiget som «renter av skattyters gjeld» etter sktl. § 6-40 første ledd, eller om kapitaltilførslene skattemessig skulle omklassifiseres til egenkapital, og dermed ikke gi fradragsrett for vederlagene.

Nemnda tok utgangspunkt i lovens ordlyd i sktl. § 6-40, og konstaterte at fradragsretten kun gjelder renter av gjeld som skattyteren er ansvarlig for. Med henvisning til OECDs retningslinjer for internprising (1995) punkt 1.36 anførte selskapet at ligningsmyndighetene først og fremst skulle justere vilkårene, og ikke transaksjonen eller selve forholdet som er til vurdering.

Nemnda bemerket at en forutsetning for å kunne bygge på vilkårene i en avtale, måtte være at opplysningene som er gitt, korrekt reflekterer de faktiske forholdene. Deretter ville spørsmålet være om skattyterens inntekt er redusert på grunn av interessefelleskap med en annen person, selskap eller innretning. I den foreliggende sak var vurderingstemaet først og fremst om forholdet kunne anses som et lån. Svaret det benektende på dette, ville ikke vurderingene om lånevilkårene er på armlengdes vilkår (og i samsvar med OECDs retningslinjer) være relevante, fordi det i så fall ikke ville foreligge fradragsberettigede renter.

Spørsmålet nemnda måtte ta stilling til var dermed hva som er den rette skattemessige betegnelsen på det omtvistede rettsforholdet. Saken omhandlet således ikke internprising, slik selskapet antydte.

I den konkrete vurderingen bemerket nemnda innledningsvis at det mest karakteristiske for gjeld er at det foreligger en betalingsplikt hos debitor. Det ble vist til *Preferansekapital-* og *Telecomputingdommen*. Nemnda slo deretter fast at kapitalinnskuddene i foreliggende sak hadde elementer fra både gjeld og egenkapital. Spørsmålet måtte derfor avgjøres etter en helhetsvurdering av hva kapitalinnskuddene lignet mest på, jf. *Preferansekapital-* og *Telecomputingdommen*.

I den konkrete helhetsvurderingen tok nemnda utgangspunkt i de momentene som fremgår av forarbeidene til sktl.

§ 6–40 tredje ledd, som gir fradragsrett for renter av fondsobligasjoner som kan likestilles med kjernekapital (Ot.prp. nr. 1 (2001–2002) pkt. 13). Behovet for lovfesting av fondsobligasjoner som gjeld er i forarbeidene begrunnet med at det ellers ville vært uklart om dette instrumentet skulle regnes som et gjeldsinstrument eller et egenkapitalinstrument. Det ble lagt til grunn at vurderingen av om et instrument skal regnes som et gjelds- eller et egenkapitalinstrument, må basere seg på en helhetsvurdering, og de sentrale elementene i vurderingen er som følger:

- Foreligger det plikt for selskapet til å tilbakebetale kapitalen
- Er kapitalen rentebærende eller er avkastningen overskuddsavhengig
- Kapitalens prioritet ved insolvens eller likvidasjon
- Hvorvidt kapitalen kan benyttes til dekning av løpende tap
- Medfører innskudd av kapital innflytelse over selskapet
- Kapitalens formelle status og behandling

Etter nemndas oppfatning gir disse punktene en god beskrivelse av elementer som vil være sentrale i en vurdering av om kapitalinnskuddene ligner mest på egenkapital eller gjeld.

Kapitalens formelle status og behandling

Partene i saken har benevnt kapitalen som ansvarlig lån. Eierkommunene var omtalt som kreditor og vederlaget hadde betegnelsen (og var beregnet som) renter. Innskuddene var også ført som langsiktig gjeld i balansen til selskapet. Selskapet anførte blant annet at partenes intensjoner og gjensidige oppfatning av avtalen måtte være et sterkt moment og viktig element ved avtaletolkning.

Nemnda var enig i at dersom partenes egen betegnelse på avtalene var i samsvar med det reelle privatrettslige innhold partene har tillagt den, måtte det tillegges atskillig vekt i skatterettslig sammenheng. Nemnda pekte imidlertid på at det både i teori og praksis er fastlagt at partenes egen betegnelse av avtaleverket, i tilfeller som det foreliggende, er av underordnet betydning. Det ble vist til Høyesteretts uttalelse i *Preferansekapitaldommen*, hvor det på side 865 ble uttalt at: «Partenes betegnelse av avtalene kan ikke være avgjørende, og neppe heller av vesentlig betydning for vurderingen av dem.»

Tilbakebetalingsplikt

Følgende klausuler om nedbetaling av gjeld var inntatt i avtalene mellom partene i saken:

4.1 Kreditor kan ikke selv kreve nedbetaling av lånet.

4.2 Selskapet selv kan beslutte å foreta nedbetaling av lånet når selskapet selv ønsker dette, helt eller delvis. Slik beslutning fattes av selskapets generalforsamling med 2/3 flertall.

4.3 Vilkår for at slik beslutning i h.t. pkt. 4.2 kan fattes, er at det utvilsomt er tilstrekkelig arbeidskapital i selskapet til å gjennomføre de budsjetter og investeringsplaner som foreligger

Avtalens ordlyd tilsa at det ikke forelå tilbakebetalingsplikt hos selskapet i den foreliggende sak. Dette var et moment som i sterk grad talte mot at kapitalinnskuddene kunne anses som gjeld. Videre pekte nemnda på at avtalen manglet bestemmelser om forfallstidspunkt, noe som også talte i retning av at kapitalinnskuddene ikke var gjeld. Det at partene ikke hadde avtalt tidspunkt for tilbakebetaling, kunne dog tenkes avhjulpet med gjeldsbrevsloven § 5 første ledd annet punktum, som bestemmer at skyldneren «er skyldig til å betala straks kravsmannen seier frå».

Kommunenes mulighet til å kreve gjelden innfridd var imidlertid suspendert av låneavtalenes klausul 4. Ifølge avtalens punkt 4.2 foretas nedbetaling kun når selskapet/debitor selv ønsker det, og da med 2/3 flertall i generalforsamling. I tillegg ble det stilt krav om at det «utvilsomt er tilstrekkelig arbeidskapital i selskapet til å gjennomføre de budsjetter og investeringsplaner som foreligger.» Nemnda bemerket at en betinget hovedstol, slik som det foreliggende tilfellet, ikke oppfyller krav til reell gjeld, og viste til Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) *Vrybloed* hvor det på side 395 ble uttalt:

Jeg legger til grunn at den anførte tilbakebetalingsplikten var betinget av det økonomiske resultat av selskapets drift. I et slikt tilfelle må man falle tilbake på hovedregelen om at uttak skal anses som lønn eller utbytte. (Understreket her)

Selskapet har anført at kreditorer og aksjonærer i en viss grad må kunne sees under ett. Etter selskapets oppfatning spiller det liten rolle om påkrav er fremsatt av kommunene som aksjonærer eller långivere.

Nemnda var uenig i selskapets påstand, og bemerket at kommunenes rolle som aksjonærer og kreditorer formelt er uavhengige roller som må behandles og vurderes uavhengig av hverandre. Dette kommer særlig til uttrykk i tilfeller hvor kommunene skulle være uenige om nedbetaling. Tilbakebetaling vil for eksempel ikke kunne gjennomføres dersom kun 1/3 av eierkommunene vil stemme for nedbetaling i generalforsamling.

Nemnda konkluderte etter dette med at det ikke forelå tilbakebetalingsplikt hos selskapet, og momentet talte sterkt i mot å anse kapitalinnskuddene som gjeld.

Selskapets subsidiære anførsel var at 20 % av lån 2 måtte anses som gjeld. Bakgrunnen for dette var en aksjonæravtale som ga hver kommune rett til å kreve at selskapet foretok nedbetaling begrenset til 5 % pr. år, og maksimalt 20 % av den enkelte kommunes andel av lånebeløpet. En av kommunene benyttet seg av denne retten. Beløpet ble regnskapsført som nedbetaling av gjeld i selskapet.

Nemnda viste igjen til ordlyden i sktl. § 6–40 om at det er «renter av skattyters gjeld» som er gjenstand for fradrag. En aksjonæravtale er en avtale mellom selskapets aksjonærer, og binder ikke selskapet som sådant. Det kunne derfor ikke utledes noen tilbakebetalingsplikt for selskapet i kraft av aksjonæravtalen. I og med at selskapet ikke var part i aksjonæravtalen, kunne den heller ikke gi skattemessige konsekvenser for selskapet. På denne bakgrunn fant ikke nemnda å kunne legge særlig vekt på aksjonæravtalen.

Hvorvidt kapitalen kan benyttes til å dekke løpende tap

Spørsmålet om kapital kan benyttes til å dekke løpende tap, omtales i juridisk teori som kapitalens tapsabsorberende evne. Det omfatter kapitalmottakers ubetingede rett til nedskrivning av kapitalen mot løpende driftstap i selskapet. I *Preferansekapitaldommen* på side 865 uttalte Høyesterett følgende om kapitalens tapsabsorberende evne:

Jeg vil derfor ikke utelukke at den tapsabsorberende evnen som preferansekapitalen hadde, kan være forenlig med lån, men mener likevel at dette er et forhold som trekker sterkt i retning av å anse preferansekapitalen som egenkapital. (Understreket her)

Kapitalen i foreliggende sak kunne utvilsomt benyttes til å dekke selskapets løpende tap. Nemnda viste til at det verken forelå avtale om ned- og/eller tilbakebetalingsplikt eller løpetid på lånet. Videre hadde selskapet heller ingen *rett* til å foreta nedbetaling så lenge det utvilsomt ikke var tilstrekkelig arbeidskapital i selskapet. Etter nemndas oppfatning var kapitalinnskuddene tapsabsorberende, selv om det i det konkrete tilfellet ikke hadde gitt utslag i kapitalnedskrivning.

Nemnda viste til at tapsabsorberende evne antakeligvis har vært det mest sentrale momentet for Høyesterett i sin vurdering av å betrakte preferansekapital som egenkapital i dommen nevnt ovenfor. På denne bakgrunn la nemnda til grunn at kapitalens tapsabsorberende evne i denne sak talte sterkt i retning av å anse kapitaltilførslene som egenkapital.

Kapitalens prioritet

Det var regulert i avtalene at kapitalen skulle stå tilbake for andre kreditorer. Nemnda konstaterte at dette er et kjennetegn på ansvarlig lån, og at renter på slike lån tradisjonelt sett har blitt behandlet som ordinære gjeldsrenter. Nemnda bemerket at etterprioritering av kapitalen i seg selv talte for å anse kapitalinnskuddene som egenkapital, men momentet hadde begrenset betydning.

Innflytelse over selskapet

Det faktum at det ikke er gitt medbestemmelsesrett eller annen form for innflytelse i tilknytning til kapitalen som er ytet, ble verken tillagt vekt i den ene eller den andre retningen. Nemnda viste til at organisatoriske beføyelser tradisjonelt sett ikke har vært tillagt særlig vekt ved grensedragningen mellom egenkapital og gjeld. Det ble i den forbindelse vist til at ulovfestede egenkapitalinnskudd normalt ikke gir innflytelse i form av organisatoriske rettigheter. I slike tilfeller ville dermed verken innskudd i form av lån eller egenkapital gi organisatoriske beføyelser.

Hvorvidt kapitalen er rentebærende og avkastningen er overskuddsavhengig

Avtalene inneholdt renteplikt i tilknytning til både lån 1 og lån 2. Avkastning/renter etter lån 1 var imidlertid gjort betinget av det økonomiske resultatet i selskapet.

Plikten til å betale renter var et moment nemnda vektla i retning av gjeld. Etter nemndas oppfatning gjaldt dette i mindre



HOVEDSPØRSMÅLET: Skulle kapitalinnskuddene fra aksjonærene til selskapet skattemessig klassifiseres som gjeld eller egenkapital?

grad for låneavtale 1, hvor avkastningen var gjort resultatavhengig. Nemnda bemerket at resultatavhengig avkastning var uvanlig for gjeld, og slik avkastning måtte derfor tillegges vekt i retning egenkapital.

Misligholds klausul

Avtalene var tause om mislighold. Fravær av misligholdsklausul var etter nemndas oppfatning et element som trakk i retning av at kapitalinnskuddene var egenkapital. Det ble vist til Høyesteretts uttalelse i Preferansekapitaldommen:

Fraværet av bestemmelser om mislighold i tre av avtalene taler imidlertid for at det foreligger egenkapital og ikke gjeld, da det er vanskelig å tenke seg at en kreditor ikke vil ta inn en slik bestemmelse.

Egenkapital etter regnskapsrettslige- og selskapsrettslige regler

Det faktum at selskapet hadde regnskapsført kapitalinnskuddet som gjeld og ikke som egenkapital, var et moment som talte for at kapitalen var gjeld. Ifølge nemnda hadde imidlertid henføringen som gjeld i regnskapet ikke særlig betydning for den skatterettslige klassifiseringen av kapitalen. Det ble igjen vist til Preferansekapitaldommen, der det omtvistede kapitalinnskuddet var oppført i årsregnskapet som ansvarlig lånekapital. Dette endret imidlertid ikke Høyesteretts syn på preferansekapitalen som egenkapital.

Avtalenes bestemmelser om nedbetaling av gjeld, referert ovenfor, hadde etter nemndas oppfatning store likhetstrekk med selskapsrettslige regler om egenkapital i aksjelovens

(asl.) § 3–4 og kapittel 12. Etter asl. § 3–4 skal egenkapital ikke reduseres til under et forsvarlig nivå. Iht. asl. § 12–1 ligger myndighet til å nedsette aksjekapital hos generalforsamlingen. Siden aksjekapitalens størrelse er vedtektsfestet, jf. asl. § 2–2 første ledd nr. 4, innebærer en nedsettelse av aksjekapitalen også endring av vedtektene. Endring av vedtekter er videre forutsatt i asl. § 12–3 første ledd første punktum. Etter asl. § 5–18 krever endring av vedtekter 2/3 flertall «så vel av de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen.»

Etter nemndas oppfatning talte likheten med aksjelovens bestemmelser om egenkapital for at kapitalinnskuddene var å anse som egenkapital.

Oppsummering og avsluttende kommentarer

Etter en konkret helhetsvurdering av alle momentene som er listet opp ovenfor, kom nemnda til at forholdet lignet mest på egenkapital. I denne avveiningen la nemnda særlig vekt på den manglende betalingsplikten og løpetid i avtaleforholdet, samt kapitalens tapsabsorberende evne. Avtaleforholdet ble etter dette skattemessig behandlet som egenkapital.

Da kapitaltilførslene ikke var å anse som «gjeld», var vilkårene for fradrag etter sktl. § 6–40 ikke oppfylt. Selskapet fikk dermed ikke fradrag i sin inntekt for betalt vederlag på kapitalinnskuddene, som i selvangivelsen var benevnt renter, jf. sktl. § 6–40 første ledd. Selskapet fikk etter dette ikke medhold i klagen. Søksmålsfristen er i skrivende stund ikke utgått.