

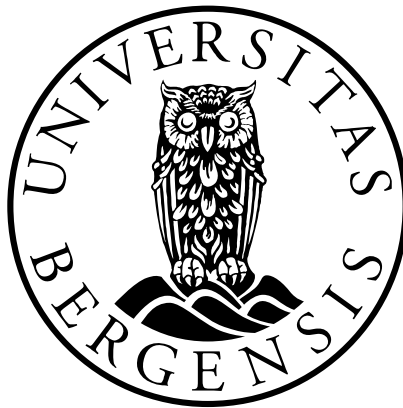
Hybridkapital

Skillet mellom gjeld og egenkapital

- i relasjon til rentefradragsregelen i sktl. § 6-40

Kandidatnummer: 141

Antall ord: 14994



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03. januar 2021

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunn	2
1.3	Presiseringer og avgrensninger	4
1.4	Rettskilder og metode	6
1.5	Videre fremstilling	7
2	RENTEFRADRAG ETTER § 6-40	7
2.1	Overordnet	7
2.2	Gjeldsbegrepet	8
2.3	Rentebegrepet	10
3	UTGANGSPUNKTET FOR GRENSEDRAGNINGEN	11
3.1	Overordnet om vurderingstema	11
3.2	Avtalen som rettslig utgangspunkt for vurderingen	12
3.3	Tidspunktet for vurderingen	13
4	KJENNETEGN VED EGENKAPITAL OG GJELD	14
4.1	Skillet mellom klassifikasjonskriterier og bevismoment	14
4.2	Overordnet om kjennetegn ved egenkapital og gjeld	15
4.3	Betegnelse av kapitalinnskuddet	16
4.3.1	Partenes betegnelse	16
4.3.2	Regnskapsmessig betegnelse	17
4.3.3	Betegnelse i lover og forskrifter	18
4.4	Tilbakebetalingsplikt	18
4.4.1	Overordnet	18
4.4.2	Tilbakebetalingsrett	19
4.4.3	Tilbakebetalingsplikts størrelse	19
4.5	Misligholdsbeføyelser	20
4.5.1	Overordnet	20
4.5.2	Manglende avtaleregulering av misligholdsbeføyelser	21
4.5.3	Den nærmere vekten av misligholdsbeføyelser	21
4.6	Interessefellesskap	22
4.6.1	Overordnet	22
4.6.2	Den nærmere betydningen av interessefellesskapet	23

4.7	Overskuddsbasert tilbakebetalingsplikt.....	24
4.8	Debitors subjektive betalingsevne	25
4.9	Tapsabsorberende evne	26
4.9.1	Overordnet	26
4.9.2	Betydningen av tapsabsorberende evne der det ikke foreligger tilbakebetalingsplikt	27
4.9.3	Hvorvidt tapsabsorberende evne kan være forenlig med lån.....	29
4.10	Permanent eller tidsavgrenset karakter	31
4.10.1	Overordnet	31
4.10.2	Avtalt forfallstid for egenkapital.....	32
4.10.3	Evigvarende og svært langvarige lån	32
4.11	Avkastning på kapitalinnskuddet.....	35
4.11.1	Overordnet	35
4.11.2	Nærmere om fast avkastning	36
4.11.3	Nærmere om overskuddsbasert avkastning	37
4.11.4	Rentefrie lån.....	38
4.12	Prioritet.....	40
4.12.1	Overordnet	40
4.12.2	Den nærmere betydningen av etterprioritet – ansvarlig lån	40
4.13	Konvertering.....	42
4.13.1	Overordnet	42
4.13.2	Den nærmere betydningen av konverteringsrett for investor	43
4.14	Organisatoriske rettigheter	44
4.14.1	Overordnet	44
4.14.2	Nærmere om betydningen av organisatoriske rettigheter.....	45
4.14.3	Preferanseaksjer	46
5	HELHETSVURDERING	47
	LITTERATURLISTE.....	51

1 Innledning

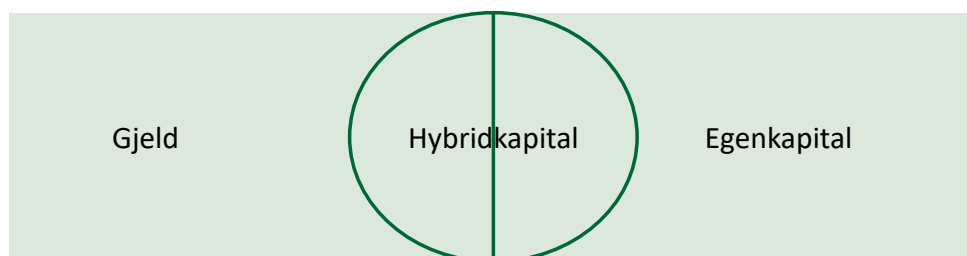
1.1 Tema og problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å analysere den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital, med utgangspunkt i rentefradragsregelen i skatteloven § 6-40 første ledd.

Det følger av skatteloven § 6-40 første ledd at det gis «fradrag for renter av skatteyters gjeld.» Bestemmelsen innebærer at debitor får fradrag for rentekostnader tilknyttet gjelden. Dette kan langt på vei begrunnes i at rentekostnader må anses som en driftskostnad som reduserer skatteevnen.¹

En forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at det foreligger et gjeldsforhold, og det må dermed avgrenses mot egenkapitalinnskudd. I motsetning til rentekostnader, representerer utdeling av utbytte til innskytere av egenkapital en overskuddsanvendelse, som ikke er fradragsberettiget.²

Hvorvidt et kapitalinnskudd³ skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital vil i de fleste tilfeller ikke volde problemer.⁴ Eiernes innskudd av aksjekapital anses som egenkapital, og kreditorenes låneinnskudd anses som gjeld.



Figur 1.

Som illustrert i figur 1. kjennetegnes imidlertid hybridkapital ved at kapitalinnskuddet har likhetstrekk med både gjeld og egenkapital.⁵ Et kapitalinnskudd kan eksempelvis gi

¹ Se pkt. 2.1 for nærmere begrunnelse av regelen.

² Matre (2012) s. 52

³ Med «kapitalinnskudd» siktes det til innskudd i form av gjeld eller egenkapital.

⁴ Naas mfl. (2017) s. 1156

⁵ Prop. 34 S (2013-2014) og Matre (2012) s. 18

avkastning på lik linje med utbytte tilknyttet egenkapitalinnskudd, samtidig som det foreligger en tilbakebetalingsplikt som ved tradisjonelle gjeldsforhold.

Ettersom det i norsk rett ikke opereres med noen mellomformer for kapitalinnskudd,⁶ må hybridkapital skatterettslig klassifiseres som enten gjeld eller egenkapital. I slike tilfeller vil dermed den nærmere grensdragningen mellom gjeld og egenkapital kunne reise særlige tolkningsspørsmål. Hvordan den nærmere grensen mellom gjeld og egenkapital trekkes opp i relasjon til rentefradragsregelen i § 6-40, vil være hovedtema for oppgaven.

1.2 Bakgrunn

Ved valg av finansieringsform vil skattemessige effekter ofte være et viktig hensyn.⁷ Normalt sett vil fradragsretten for renter etter sktl. § 6-40 første ledd, motsvares av skatteplikt av renteinntekter for mottaker, jf. sktl. § 5-1 første ledd bokstav b og § 5-20.

En internasjonal konsernstruktur åpner imidlertid for å utnytte ulikheter i landenes skatteregimer og skatteavtaler.⁸ I enkelte land opereres det med formelle kriterier for hvordan ulike finansielle instrumenter skal klassifiseres.⁹ Dette vil kunne føre til at hybridkapital klassifiseres ulikt i ulike land, og dermed at det gis fradragsrett for renter i ett land samtidig som inntekten fra det samme instrumentet klassifiseres som skattefritt utbytte i mottakerlandet.¹⁰

Tidligere kunne denne problematikken oppstå der kapitalen ble ansett som gjeld i det utdelende selskap, og egenkapital i Norge. Det utdelende selskap fikk fradrag for rentekostnader, og tilsvarende beløp var ikke skattepliktig i Norge etter fritaksmetoden. Det oppstod dermed en såkalt dobbelt-ikke beskatning.¹¹ Dette er nå avhjulpet gjennom sktl. § 2-38 tredje lov bokstav h., som innebærer at aksjeutbytte er skattepliktig «i den utstrekning selskapet gis fradrag for utdelingen.»

⁶ Rt. 2001 s. 851 (s. 863), Folkvord (2013) s. 64 og Skaar mfl. (2006) s. 464

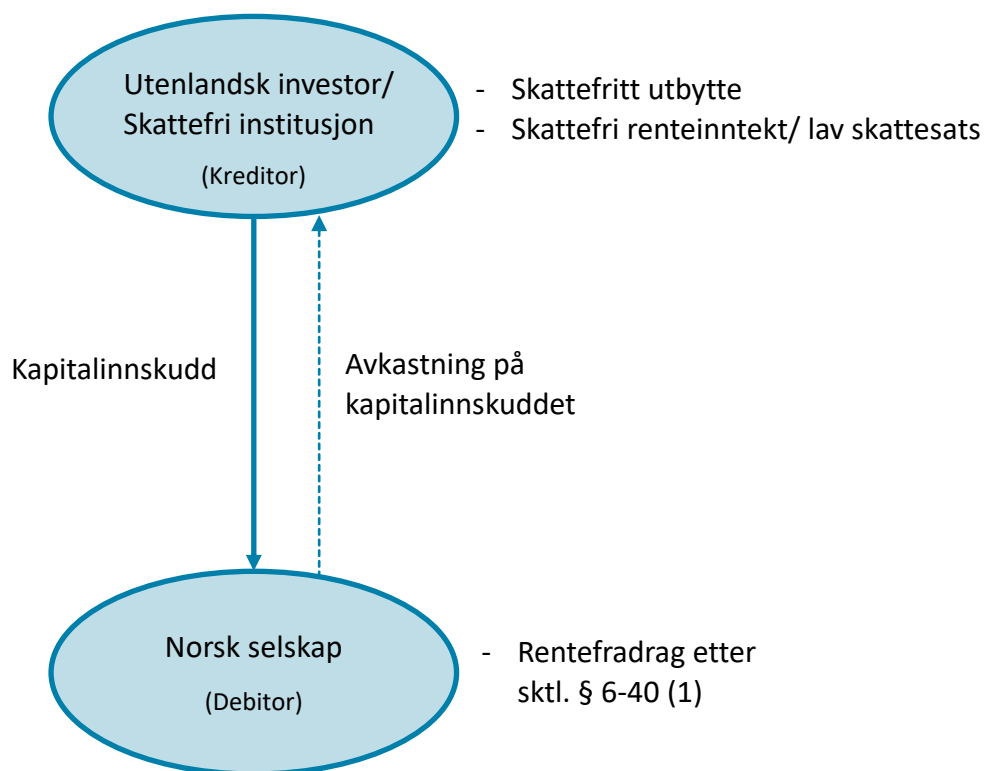
⁷ Matre (2012) s. 21

⁸ Matre (2012) s. 21

⁹ Folkvord (2013) s. 76

¹⁰ Et eksempel på dette er avgjørelsen i Utv. 2004 s. 36 (Petro Canada) hvor kapitalinnskuddet ble behandlet som fremmedkapital i Norge og egenkapital i Canada.

¹¹ Dvs. at inntekten ikke skattelegges i noen av landene.



Figur 2.

Dersom kapitalinnskuddet klassifiseres som gjeld i Norge og egenkapital i utlandet vil det imidlertid oppstå en asymmetri, ved at det gis fradrag for betalte renter i Norge uten at tilsvarende utbetaling er skattepliktig i utlandet fordi det regnes som skattefritt utbytte.¹² Også når landet som mottar utbetalingene er hjemmehørende i et såkalt skatteparadis, der renteinntekter ikke skattlegges, eller bare skattlegges med en lav rentesats, vil det kunne oppstå en asymmetri.¹³ En slik asymmetri er uheldig i et samfunnsøkonomisk perspektiv, da det vil kunne påvirke skatteyter til å foreta disposisjoner som ikke nødvendigvis gir den samfunnsmessige beste avkastningen av ressursene.

Rentebegrensingsregelen i § 6-41 tredje ledd¹⁴ vil bare i begrenset grad motvirke slik asymmetri, da regelen bare avskjærer den delen av rentefradrag som regnes som uforholdsmessig.¹⁵ Dette er noe av bakgrunnen for at det nå er innført kildeskatt på renter og royalties, som gir Norge hjemmel til å skattlegge renteinntekter til utlandet med 15 %.¹⁶

¹² Se figur 2.

¹³ Zimmer (2020) s. 64-65

¹⁴ Etter § 6-41 (3) avskjæres fradagsrett for gjeldsrenter som overstiger 25 prosent av inntekten.

¹⁵ Prop. 1 LS (2020-2021) s. 103

¹⁶ Prop. 1 LS (2020-2021) s. 103

Regelen er imidlertid begrenset til nærstående foretak i lavskatteland,¹⁷ og problematikken som oppstår i hybridtilfellene vil dermed fortsatt være aktuell.

Som figur 2 illustrer vil det også internrettslig kunne oppstå en asymmetri der kreditor er en skattefri institusjon som ikke skattlegges for renteinntektene. Eksempelvis kan kommuner redusere skattbart overskudd gjennom lån til kommunale selskap, ved at selskapet får fradrag for rentekostnader, uten at tilsvarende renteinntekter er skattepliktig på kommunens hånd, jf. sktl. § 2-30 første ledd bokstav c.¹⁸ Også i slike tilfeller vil spørsmålet om kapitalinnskuddet skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital etter § 6-40 første ledd kunne oppstå.¹⁹

Videre oppstår det en mulighet for skatteplanlegging der debitor er i en overskuddsposisjon og kreditor i en underskuddsposisjon, og der selskapene ikke kan yte konsernbidrag. I slike tilfeller får debitor fradrag for rentekostnader, uten at det utløser skatteplikt for tilhørende renteinntekter hos kreditor.

Det som hittil er sagt gjelder de skattemessige effekter av at kapitalinnskuddet klassifiseres som gjeld eller egenkapital etter rentefradragsregelen i sktl. § 6-40 første ledd. Det er likevel grunn til å bemerke at bruk av hybridkapital som finansieringsform ofte vil være begrunnet i forretningsmessige formål, herunder å tilpasse investeringsformen til selskapet og investorens behov.²⁰ Bruk av konvertible obligasjoner vil eksempelvis kunne være gunstig for investor, da obligasjonene typisk vil være rentebærende under løpetiden, samtidig som en konvertering til avtalt kurs gir mulighet til å ta del i selskapets verdistigning uten å utsettes for den tapsrisiko som kjennetegner aksjeinnskudd.²¹ Sett fra selskapets side vil bruk av konvertible obligasjoner redusere kostnadene ved å innhente kapital, da det typisk kreves lavere rente enn for tilvarende lån uten konverteringsrett.²²

1.3 Presiseringer og avgrensninger

Kriteriene som inngår i grensdragningen mellom gjeld og egenkapital i relasjon til sktl. § 6-40 første ledd, vil i det følgende omtales som klassifikasjonskriterier. Videre vil spørsmålet

¹⁷ Prop. 1 LS (2020-2021) s. 104

¹⁸ Arbeidsgruppe nedsatt av Nærings- og fiskeridepartementet (2016) s. 53

¹⁹ Se eksempelvis HR-2017-350-A (Rauma-Energi)

²⁰ Folkvord (2013) s. 77

²¹ Matre (2012) s. 26

²² Matre (2012) s. 26

om det foreligger et gjeldsforhold eller egenkapitalinnskudd omtales som klassifikasjonsspørsmålet.

Ettersom både egen- og fremmedkapital må anses som investeringer i selskapet (debitor), vil investor (kreditor) benyttes som fellesbetegnelse for innskytere av egen- og fremmedkapital. Begrepet kapitalinnskudd benyttes som en fellesbetegnelse på innskudd i form av gjeld og egenkapital, og begrepet avkastning som en fellesbetegnelse for renter og utbytte.

Videre tar fremstillingen utgangspunkt i ytelser til selskapet, ettersom spørsmålet om fradragsrett for renter ved hybridkapital først og fremst oppstår i slike tilfeller.²³ Tilsvarende problemstilling kan oppstå ved ytelser fra selskapet til investor, for eksempel ved vurderingen av om utbetaling til investor skal anses som lån eller utbytte.²⁴ For enkelthetens skyld tas det utgangspunkt i ytelser til aksjeselskap, som reguleres av aksjeloven.

Fremstillingen tar videre utgangspunkt i klassifiseringen av kapitalinnskuddet sett fra selskapets, og ikke investors ståsted. Bakgrunnen for dette er at fradragsretten etter sktl. § 6-40 (1) er betinget av at det foreligger gjeld på selskapets hånd.²⁵ Selve vurderingen blir imidlertid lik uavhengig av om det tas utgangspunkt i selskapets eller investors ståsted.²⁶

Klassifikasjonsspørsmålet må ikke forveksles med omklassifisering fra gjeld til egenkapital ved tynn kapitalisering. En eventuell omklassifisering fra gjeld til egenkapital etter sktl. § 13-1 aktualiseres først dersom kapitalinnskuddet rent faktisk er klassifisert som gjeld.²⁷ Denne oppgaven handler imidlertid om å fastslå hvorvidt kapitalinnskuddet skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital.

Skillet mellom gjeld og egenkapital vil også ha betydning i andre skatterettslige sammenhenger. Eksempelvis vil det ha betydning for om tap av kapitalinnskuddet skal behandles etter reglene om tap på fordring etter sktl. § 6-2 annet ledd, og om en ettergivelse av kapitalinnskuddet medfører at fremføring av underskudd bortfaller etter sktl. § 14-6 annet ledd. Grensedragningen etter sktl. § 6-40 første ledd vil i stor grad være sammenfallende med den vurderingen som foretas etter øvrige bestemmelser. Likevel vil det kunne være ulikheter i

²³ Matre (2012) s. 93

²⁴ Matre (2012) s. 93

²⁵ Matre (2012) s. 94

²⁶ Folkvord (2013) s. 87

²⁷ Se eksempelvis Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing), der Høyesterett tok stilling til spørsmålet om omklassifisering på bakgrunn av § 13-1, etter det var fastslått at kapitalinnskuddet måtte anses som gjeld.

grensedragningen i de forskjellige sammenhengene, og overføringsverdien til grensedragningen etter § 6-40 må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

1.4 Rettskilder og metode

Drøftelsen er rettsdogmatisk. Ettersom skattlegging innebærer et inngrep i borgernes frihet og rettigheter, kommer legalitetsprinsippet til anvendelse, jf. Grunnloven § 113. Lovteksten vil dermed være utgangspunktet for drøftelsen av den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital. Dette underbygges av at hensynet til forutberegnelighet gjør seg gjeldende med stor tyngde på skatterettens område, jf. Rt. 1990 s. 1293 «Ytterbø».

Hverken lovteksten i § 6-40 første ledd eller forarbeidene til bestemmelsen gir imidlertid nærmere veiledning for grensedragningen. I forarbeidene til § 6-40 tredje ledd, som er en særregulering av rentefradrag for fondsobligasjoner, oppstilles det likevel noen generelle retningslinjer som vil ha overføringsverdi for denne problemstillingen.

Drøftelsen vil i stor grad bygge på retningslinjer som er trukket opp i høyesterettspraksis. Dommene som regulerer grensedragningen, knytter seg hovedsakelig til andre lovbestemmelser i skatteloven enn § 6-40 (1). Høyesterett synes imidlertid i liten grad å vektlegge formålet bak bestemmelsen som anvendes, med mindre dette tilsier en tolkning som avviker fra alminnelige retningslinjer.²⁸ Retningslinjene som kan utledes av de aktuelle dommene vil dermed ha stor overføringsverdi også for grensedragningen etter § 6-40 første ledd.

Det kan også bemerkes at dagens skattelov kun er en redaksjonell bearbeidelse av skatteloven av 1911, som ikke er ment å innebære noen realitetsendringer.²⁹ Rettspraksis før endringen av skatteloven vil dermed ha rettskildemessig vekt.

Enkelte steder vil det i tillegg vises til praksis fra skattemyndighetene for å belyse spørsmål som grensedragningen reiser. Når det gjelder vekten av slik praksis vil det avhenge av dens varighet, frekvens og konsistens.³⁰ Ettersom det foreligger omfattende praksis som i stor grad bygger på de retningslinjer som er utpenslet av Høyesterett, må det antas at den til en viss

²⁸ Se eksempelvis Rt. 2001 s. 851 (Preferansekapital), der Høyesterett ikke synes å vektlegge at formålsbetraktninger trakk i retning av å klassifisere kapitalinnskuddet som gjeld.

²⁹ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 13

³⁰ Zimmer (2018) s. 55

grad kan tillegges vekt for å belyse den nærmere grensedragningen. Det vil også vises til enkelte administrative uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet, som indirekte kan få betydning, ved at de gir uttrykk for skattemyndighetenes praksis.³¹

Videre er det sentralt for skatteretten at ord og uttrykk som utgangspunkt har samme innhold som i privatretten.³² Klassifikasjonen og bedømmelsen av avtalen mellom partene følger dermed alminnelige formuerettslige regler med utgangspunkt i hva partene har avtalt i det enkelte tilfelle.³³ Skatterettslige synspunkter kan likevel få betydning ved tolkningen dersom rettsgrunnlaget tilsier det.³⁴ Privatrettslige kilder vil dermed benyttes for å analysere hvordan den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital trekkes opp. Sentralt i denne sammenheng er pengekravs-, aksjeselskaps- og regnskapsretten.³⁵

1.5 Videre fremstilling

I det følgende vil det i kapittel 2 først redegjøres for rentefradragsregelen som danner utgangspunktet for grensedragningen mellom gjeld og egenkapital. Videre vil det i kapittel 3 kort redegjøres for de rettslige utgangspunktene for den nærmere vurderingen av klassifikasjonsspørsmålet, før det i kapittel 4 foretas en nærmere analyse av de ulike kriteriene som inngår i vurderingen. I den grad det er hensiktsmessig for å belyse grensedragningen, vil ulike former for hybridkapital trekkes inn i analysen. Avslutningsvis vil det i kapittel 5 foretas en helhetsvurdering der det trekkes opp noen overordnede betraktninger for vurderingen.

2 Rentefradrag etter § 6-40

2.1 Overordnet

Rentefradragsregelen i sktl. § 6-40 første ledd er generell og gjelder uavhengig av om gjelden har tilknytning til skattepliktig inntekt.³⁶ Bestemmelsen innebærer dermed en utvidelse av hovedregelen om fradrag, som fastslår at det gis fradrag for «kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt», jf. sktl. § 6-1 første ledd.

³¹ Folkvord (2020) s. 29

³² Zimmer (2018) s. 51

³³ Rt. 2009 s. 813, Rt. 1994 s. 1064 og HR-2017-350-A

³⁴ HR-2017-2248-A (24), Rt. 2015 s. 1260 (64) og Matre (2012) s. 60-62

³⁵ Rt. 2010 s. 790 (43)

³⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) pkt. 4.3.1

Hovedregelen om fradrag i § 6-1 er begrunnet i skatteevneprinsippet,³⁷ herunder at skattebelastningen skal fordeles ut ifra subjektenevne til å bære den.³⁸ Dette innebærer at skatteytters nettoinntekt skal være grunnlag for skattleggingen, og dermed at det må gjøres fradrag for kostnader knyttet til skattepliktig inntekt.

Skatteevneprinsippet begrunner også fradragsregelen for gjeldsrenter etter § 6-40 første ledd, såfremt rentekostnadene knytter seg til den skattepliktige inntekten. Dersom rentekostnadene knytter seg til ikke-skattepliktig inntekt, som privat forbruk, foreligger det ikke en reduksjon i skatteevnen som kan begrunne rentefradrag. Ettersom aksjeselskaper ikke har privat forbruk vil imidlertid rentekostnadene hovedsakelig knytte seg til inntektsskapende aktivitet,³⁹ slik at skatteevneprinsippet langt på vei begrunner rentefradragsregelen for aksjeselskaper.

Der det foreligger et interessefelleskap mellom selskapene kan imidlertid renteutbetalingene fremstå som en alternativ måte å hente ut avkastning på.⁴⁰ Ettersom utbytte anses som en overskuddsdisposisjon som ikke reduserer skatteevnen, kan det hevdes at skatteevneprinsippet ikke gjør seg gjeldende i like stor grad i slike tilfeller.

Ut over dette er den generelle fradragsretten i sktl. § 6-40 begrunnet i symmetrihensyn og praktiske hensyn.⁴¹ Med symmetrihensynet siktes det her til at inntekter og kostnader bør behandles skattemessig på samme måte, for å unngå at skatteytters økonomiske atferd påvirkes på måter som gir et samfunnsøkonomisk tap.⁴² Ettersom renteinntekter som utgangspunkt er skattepliktige etter sktl. § 5-1 og § 5-20 første ledd bokstav b,⁴³ tilsier symmetrihensyn at det gis rentefradrag for tilhørende rentekostnader. Videre vil det i praksis kunne være vanskelig å kontrollere hvilket formål lånet benyttes til,⁴⁴ og dermed hvorvidt rentekostnaden knytter seg til skattepliktig inntekt. Praktiske hensyn taler dermed for en generell fradragsregel.

2.2 Gjeldsbegrepet

Som nevnt innledningsvis følger det av sktl. § 6-40 første ledd at det må være tale om renter av «skatteytters gjeld» for at det skal gis rentefradrag. En naturlig språklig forståelse av

³⁷ NOU 2003: 9 pkt. 9.4.2 s. 193 og Zimmer (2018) s. 185

³⁸ Zimmer (2018) s. 30

³⁹ Matre (2012) s. 47

⁴⁰ Rosenbloom (2004) s. 88-89, Matre (2012) s. 52

⁴¹ Zimmer (2018) s. 228 og Matre (2012) s.

⁴² Zimmer (2018) s. 32

⁴³ Se unntakene som nevnt under kap. 1.3

⁴⁴ Matre (2012) s. 41

begrepet «gjeld» tilsier at det foreligger en forpliktelse til å yte noe til andre. Gjeldsbegrepet er imidlertid ikke nærmere definert i skatteloven eller annen lovgivning, og heller ikke omtalt i forarbeidene. Utgangspunktet i skatteretten er at ord og uttrykk har samme innhold som de har i privatretten,⁴⁵ men heller ikke i privatretten foreligger det en entydig forståelse av begrepet.

Det nærmere innholdet av gjeldsbegrepet må dermed utledes fra rettspraksis og øvrige rettskildefaktorer. I Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» er gjeldsbegrepet definert som «retten til å kreve en ytelse i penger».⁴⁶ Tilsvarende er begrepet i juridisk teori definert som «personlige, rettslige forpliktelser til å prestere ytelser i penger».⁴⁷

At en forpliktelse er rettslig innebærer at manglende oppfyllelse utløser misligholdsvirkninger som kan håndteres ved domstolenes hjelp.⁴⁸ Moralske forpliktelser faller dermed utenfor gjeldsbegrepet.⁴⁹ For at skattyter skal være rettslig forpliktet må det foreligge et gyldig stiftelsesgrunnlag for gjeldsforpliktelsen.⁵⁰ Typiske stiftelsesgrunnlag for gjeldsforpliktelser vil være avtale, ensidig rettshandel og erstatningsbetingende forhold.⁵¹ Den videre fremstillingen er begrenset til gjeldsforpliktelser som bygger på avtaleforhold, da dette vil være det normale stiftelsesgrunnlag ved hybridkapital.

Videre omfatter ordlyden av «gjeld» både naturalforpliktelser og pengeforpliktelser. Oppgaven behandler imidlertid ikke spørsmålet om hvorvidt naturalytelser kan utgjøre gjeld etter bestemmelsen, da dette er mindre praktisk ved hybridkapital.

At det må være tale om «skatteytets» gjeld innebærer at skatteyter selv må være ansvarlig for gjelden.⁵² Det er dermed ikke adgang til å gi fradrag for andre skatteyteres rentekostnader.

Gjeldsbegrepet må avgrenses mot ensidige verdioverføringer til selskapet som hverken gir grunnlag for tilbakebetalingsplikt, eller eierrettigheter i selskapet.⁵³ Eksempler på slike ensidige verdioverføringer er offentlig støtte og konsernbidrag, jf. sktl. § 10-2 til § 10-4.

⁴⁵ Zimmer (2018) s. 51

⁴⁶ Rt. 2001 s. 851 (s. 866)

⁴⁷ Aarbakke og Brudvik (2009) s. 109, og tilsvarende i Matre (2012) s. 86 og Skatte-ABC (2020) s. 866

⁴⁸ Matre (2012) s. 77

⁴⁹ Aarbakke og Brudvik (2009) s. 109 og Matre (2012) s. 77.

⁵⁰ Zimmer (2018) s. 230

⁵¹ Aarbakke og Brudvik (2009) s. 113

⁵² Matre (2012) s. 76

⁵³ Matre (2012) s. 86

Videre innebærer gjeldsbegrepet som nevnt innledningsvis at det må trekkes et skille mellom gjeld og egenkapital. Den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital er hovedtema for oppgaven og vil bli gjennomgått i kapittel 3 til 5.

2.3 Rentebegrepet

Rentefradragsregelen i sktl. § 6-40 omfatter «renter» knyttet til skatteytters gjeld. Ordlyden av «renter» tilsier at det ytes et vederlag for en kredittytelse. Hverken skatteloven eller forarbeidene inneholder imidlertid en nærmere definisjon av rentebegrepet. Heller ikke privatrettslig foreligger det en entydig forståelse av rentebegrepet.

Av høyesterettspraksis følger det at rentebegrepet bestemmes ut ifra ytelsens økonomiske funksjon.⁵⁴ Dette kan utledes av Rt. 1975 s. 944 «Harper» der Høyesterett kom til at et indekstillegg ikke kunne anses som rente da det «ikke [hadde] som primært formål å skaffe kreditor avkastning». I tråd med dette er det lagt til grunn i juridisk teori at det karakteristiske for gjeldsrenter er at det dreier seg om «ytelse til långiveren som vederlag for kredittytelse.»⁵⁵

Renter er hovedsakelig kompensasjon for kredittrisiko, inflasjonsrisiko og alternativkostnaden ved å yte kreditt.⁵⁶ Dersom utbetalingene fyller en av disse funksjonene, og knytter seg til et gjeldsforhold, vil det tale for at det dreier seg om et vederlag for kredittytelse.⁵⁷ Likevel illustrerer «Harper» dommen at det må foretas en helhetsvurdering. I dommen ble indekstilletget ikke ansett som skattepliktig til tross for at det skulle kompensere for inflasjonsrisiko.

Formen eller betegnelsen på et eventuelt vederlag vil være uten betydning.⁵⁸ Dette innebærer at også provisjoner, gebyrer o.l. som betales i forbindelse med låneforholdet normalt faller innenfor rentebegrepet.⁵⁹ Videre innebærer det at rentebegrepet ikke bare omfatter løpende ytelser, men også renter som utbetales i form av engangsbetøp eller på andre atypiske måter.⁶⁰

⁵⁴ Rt. 1975 s. 944, USKD-2016-48 pkt. 3

⁵⁵ Zimmer (2018) s. 229

⁵⁶ Gjems- Onstad mfl. (2018) s. 721

⁵⁷ Gjems- Onstad mfl. (2018) s. 721

⁵⁸ Zimmer (2018) s. 229

⁵⁹ USKD-2016-48 pkt. 3, Zimmer (2018) s. 229

⁶⁰ Zimmer (2018) s. 229

3 Utgangspunktet for grensedragningen

3.1 Overordnet om vurderingstema

Hverken skatteloven eller forarbeidene til sktl. § 6-40 første ledd gir veiledning for hvordan den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital skal trekkes opp.⁶¹ Spørsmålet beror dermed på ulovfestet rett utpenslet i rettspraksis og juridisk teori. I Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» uttaler førstvoterende 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.»⁶²

At det må foretas en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet, er videre lagt til grunn i Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing» avsnitt 44 og HR-2017-350-A «Rauma-Energi» avsnitt 33, og i gjennomgående juridisk teori.⁶³ Synspunktet har også støtte i eldre høyesterettspraksis, jf. I Rt. 1926 s. 519 «Hypothek- og Realkreditbank», der Høyesterett på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering av kapitalinnskuddet kom til at det forelå et gjeldsforhold, og ikke egenkapital.

Tilsvarende følger det av forarbeidene knyttet til bestemmelsen om rentefradrag for fondsobligasjoner i § 6-40 (3) at «[k]lassifiseringen av kapitalen i skattemessig sammenheng må bero på om det er likheten med lån eller med egenkapital som er mest fremtredende».⁶⁴ Uttalelsene knytter seg til den alminnelige klassifiseringen av kapitalbidraget, og vil dermed ha overføringsverdi for grensedragningen etter § 6-40 (1). Dette underbygges ved at Høyesterett i «Rauma-Energi», som gjelder grensedragningen etter § 6-40 (1), henviser til forarbeidsuttalelsene.⁶⁵

Det kan likevel bemerkes at Høyesterett i «Telecomputing» synes å legge til grunn at det avgjørende for klassifikasjonsspørsmålet, er hvorvidt det foreligger en tilbakebetalingsplikt. I

⁶¹ HR-2017-350-A (33)

⁶² Rt. 2001 s. 851 (s. 863)

⁶³ Aarbakke (1982) s. 99-100

⁶⁴ Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) kap. 13.3.

⁶⁵ HR-2017-350-A (33)

avsnitt 43 uttaler førstvoterende at først dersom en «fortolkning av forpliktelsens grunnlag ikke gir noe bestemt svar» på om det foreligger en tilbakebetalingsplikt, må «klassifiseringen skje ved en samlet vurdering av de vesentligste trekk ved forholdet».

Ettersom tilbakebetalingsplikten anses som det mest sentrale kjennetegnet for gjeld,⁶⁶ og flere av klassifikasjonskriteriene knytter seg til hvorvidt det foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt, blir imidlertid den praktiske forskjellen liten. Som følge av at «Rauma-Energi» dommen er av nyere dato, må det likevel antas at vurderingstemaet er endelig klarlagt. Det avgjørende er dermed en helhetsvurdering av om kapitalinnskuddet har mest likhetstrekk med gjeld eller egenkapital, der tilbakebetalingsplikten inngår som et sentralt moment. Den nærmere vurderingen må foretas på bakgrunn av klassifikasjonskriteriene, som gjennomgås i kapittel 4 nedenfor.

3.2 Avtalen som rettslig utgangspunkt for vurderingen

For å fastlegge kapitalinnskuddets nærmere egenskaper, må det tas utgangspunkt i det underliggende privatrettslige forhold mellom partene.⁶⁷ Dette følger blant annet av Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing» der førstvoterende i avsnitt 43 uttaler at de skattemessige virkninger av en disposisjon eller en transaksjon beror på det «innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuerettslige regler.» Tilsvarende er lagt til grunn i HR-2017-350-A «Rauma-Energi», der førstvoterende i avsnitt 38 uttaler at det er «den privatrettslige realiteten mellom partene som er avgjørende».

Uttalelsene til Høyesterett tilsier at det må foretas en fortolkning av avtalen mellom partene, med utgangspunkt i formuerettslige regler, for å fastlegge avtalens reelle innhold. Ved tolkning av avtalen må det tas utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige prinsipper.

Utgangspunktet er dermed en objektiv tolkning av avtalens ordlyd, der andre tolkningsmomenter som avtalens formål, tidligere forhandlinger mellom partene, partenes praksis og etterfølgende atferd kan få betydning.⁶⁸ Formålet med avtaletolkningen er å komme frem til partenes felles forståelse.⁶⁹ Dersom kapitalinnskuddet er formalisert gjennom protokoller og vedtekter, vil dette få betydning for å fastlegge avtalens nærmere innhold.

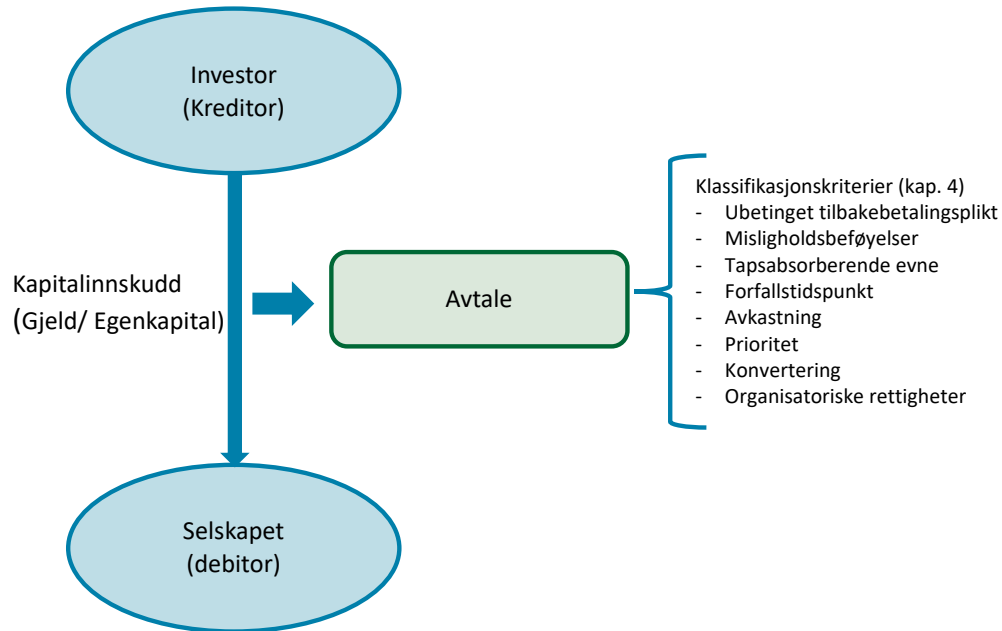
⁶⁶ Se pkt. 4.4.1

⁶⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 467

⁶⁸ Gjertsen (2014) s. 121-126

⁶⁹ Rt. 2009 s. 813 (56)

De skattemessige virkningene av en disposisjon beror imidlertid ikke utelukkende på tolkningen av avtalen slik førstvoterende synes å legge til grunn i «Telecomputing», men hvordan avtalen ferdig tolket skal bedømmes i lys av skattereglene.⁷⁰



Figur 4.

Oppsummeringsvis må det som illustrert i figur 4 foretas en tolkning av avtalen i lys av de klassifikasjonskriterier som er oppstilt i rettspraksis,⁷¹ for å vurdere hvorvidt kapitalinnskuddet har mest likhetstrekk med gjeld eller egenkapital, og dermed om det foreligger et gjeldsforhold som gir grunnlag for rentefradrag etter sktl. § 6-40 (1).

3.3 Tidspunktet for vurderingen

Når det gjelder tidspunktet for vurderingen uttaler førstvoterende i HR-2017-350-A «Rauma-Energi» i avsnitt 38 at vurderingen skal «foretas på grunnlag av rettsforholdets karakter ved etableringen [av avtalen], jf. Rt-1998-383 på side 392.»

Uttalelsen tilsier at det skal tas utgangspunkt i avtalen på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dette kan imidlertid fremstå som noe motstridende sett i lys av tidligere uttalelser om at det er den privatrettslige realitet mellom partene som er avgjørende for vurderingen.⁷² Partene kan

⁷⁰ Zimmer, «Høyesterettsdommen i skattesaker 2011», s. 313 og Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009» s. 318

⁷¹ Se kapittel 4

⁷² HR-2017-350-A (38)

innrette seg på andre måter enn det avtalen gir anvisning på,⁷³ og avtalens innhold på tidspunktet for avtaleinngåelsen vil dermed ikke nødvendigvis gjenspeile avtalens reelle innhold på et senere tidspunkt. I «Rauma-Energi» hadde imidlertid rettsforholdet ikke endret seg fra avtaletidspunktet og uttalelsene må dermed forstås i denne kontekst.

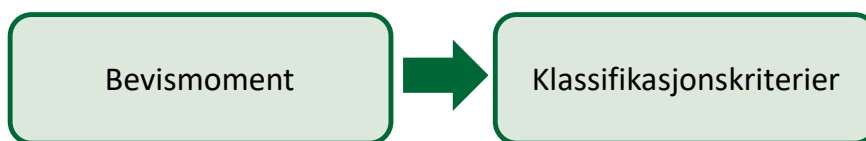
Dommen som førstvoterende viser til gjaldt dessuten spørsmålet om hvorvidt utbetalinger fra selskap til eneaksjonær og styreleder skulle anses som lønn (evt. utbytte) eller lån.⁷⁴ I slike tilfeller må det tas utgangspunkt i situasjonen på avtaletidspunktet, da utbetalingene ikke kan endre karakter. Dette begrenser overføringsverdien av uttalelsene i dommen førstvoterende viser til.

Etter dette må det legges til grunn at det skal tas utgangspunkt i tidspunktet for avtaleinngåelsen så fremt rettsforholdet ikke har endret karakter underveis.

4 Kjennetegn ved egenkapital og gjeld

4.1 Skillet mellom klassifikasjonskriterier og bevismoment

Ved den nærmere vurderingen av om kapitalinnskuddet har mest likhetstrekk med gjeld eller egenkapital må det skilles mellom klassifikasjonskriterier (begrepskjennetegn) og bevismoment. Med klassifikasjonskriterier siktes det til de kriterier som er avgjørende for grensedragningen mellom gjeld og egenkapital. Bevismomenter utgjør i denne sammenheng omstendigheter som kan sannsynliggjøre hvorvidt slike klassifikasjonskriterier foreligger.⁷⁵



Figur 5.

Eksempelvis vil avtalt tilbakebetalingsplikt være et klassifikasjonskriterium som trekker i retning av klassifisering som gjeld, mens hvorvidt det foreligger en skriftlig avtale vil være et bevismoment. Andre bevismomenter som vil kunne underbygge om det foreligger en reell

⁷³ Zimmer, «Høyesterettsdommen i skattesaker 2011», s. 313

⁷⁴ Rt. 1998 s. 383

⁷⁵ Matre (2012) s. 106

tilbakebetalingsplikt, er hvorvidt partene rent faktisk har betalt avdrag og renter på lånet, og om kreditor har søkt å inndrivende utestående beløp.

Ettersom klassifikasjonskriteriene utgjør det sentrale utgangspunktet for grensedragningen mellom gjeld og egenkapital vil dette være hovedfokus i oppgaven. Bevismoment vil kunne trekkes inn der de kan være relevant for å underbygge hvorvidt slike klassifikasjonskriterier foreligger.

4.2 Overordnet om kjennetegn ved egenkapital og gjeld

I det følgende vil det kort redegjøres for de mest sentrale egenskapene ved gjeld og egenkapital, som danner bakteppe for analysen av de enkelte klassifikasjonskriteriene.

Gjeld kjennetegnes ved at det foreligger en ubetinget tilbakebetalingsplikt av hovedstolen, og normalt sett en plikt til å betale en fast prosentvis rente uavhengig av selskapets økonomiske resultater. Videre vil avtalen typisk inneholde nærmere reguleringer om forfallstidspunkt og sanksjoner ved manglende betaling. Ved avvikling av selskapet vil gjeld ha prioritet foran selskapets egenkapital.⁷⁶

Innskytere av egenkapital har på den annen side ikke krav på tilbakebetaling før en eventuell avvikling av selskapet,⁷⁷ og da som en forholdsmessig andel av selskapets aktiva etter at gjeld er dekket (residualen). Kapitalinnskuddet vil videre kunne anvendes til dekning av løpende tap i selskapet og avkastningen på kapitalinnskuddet vil være avhengig av overskudd i selskapet, og beslutninger i selskapet. Videre vil investor typisk ha innflytelse over selskapet gjennom aksjonærbeføyelser.

Generelt sett innebærer egenkapital en større risiko enn gjeld, ettersom egenkapitalinvestor ikke har rett på tilbakebetaling, og avkastningen på kapitalinnskuddet avhenger av selskapets økonomiske utvikling. Til gjengjeld vil innskytere av egenkapital ha større fortjenestemuligheter gjennom overskuddsbasert avkastning og ubegrenset gevinstpotensiale, i tillegg til at de typisk vil ha større innflytelse over selskapets drift enn kreditor.

⁷⁶ Dekningsloven kap. 9 og asl. § 16-9 forutsetningsvis

⁷⁷ Matre (2012) s. 130

I det følgende vil det foretas en nærmere analyse av momentene Høyesterett har anvendt ved grensedragningen mellom egenkapital og gjeld.

4.3 Betegnelse av kapitalinnskuddet

4.3.1 Partenes betegnelse

Som følge av avtalefriheten står partene fritt til å fastsette avtalers nærmere innhold og betegnelsen av denne.⁷⁸ Dette innebærer at det ikke nødvendigvis vil være samsvar mellom betegnelsen av avtalen og avtalens reelle innhold. En avtale som er omtalt som lån kan i realiteten ha mest likhetstrekk med egenkapital og omvendt. Som nevnt under pkt. 3.2 er det avtalens reelle innhold som er avgjørende, og den formelle betegnelsen kan dermed ikke alene tillegges vekt ved klassifiseringen.

Dette underbygges blant annet av Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital». Dommen gjaldt den skatterettslige klassifiseringen av preferansekapital, som Kredittkassen og DnB ble tilført under bankkrisen, og som senere ble nedskrevet til null. Spørsmålet var om nedskrivning av preferansekapitalen skulle anses som ettergivelse av gjeld, med den konsekvens at bankene måtte nektes underskuddsfradrag for beløpene etter sktl. 1911 § 54 første ledd femte punktum (nå sktl. § 6-3, jf. § 14-6 annet ledd).⁷⁹ Høyesterett kom til at kapitalinnskuddet måtte klassifiseres som egenkapital, og nedskrivningen var dermed ikke en gjeldsettergivelse som medførte bortfall av retten til underskuddsfremføring.

Om betydningen av betegnelsen av kapitalinnskuddet uttaler førstvoterende at «[p]artenes betegnelse av avtalene kan ikke være avgjørende, og neppe heller av vesentlig betydning for vurderingen av dem.»⁸⁰

Noe annet er at partenes betegnelse kan tillegges vekt som et bevismoment ved fastleggingen av avtalens nærmere innhold.⁸¹ Der en fortolkning av avtalen ikke gir klare holdepunkter for rettigheter og plikter i avtaleforholdet vil selve betegnelsen kunne være sentral, da det foreligger en presumsjon for at betegnelsen gjenspeiler avtalens reelle innhold.⁸²

⁷⁸ Matre (2012) s. 95

⁷⁹ Nå sktl. § 14-6

⁸⁰ Rt. 2001 s. 851 (s. 865)

⁸¹ Folkvord (2013) s. 94

⁸² Matre (2012) s. 95

At partenes betegnelse kan tillegges vekt som bevismoment, kan illustreres med Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing». I dommen var det var spørsmål om et kapitalinnskudd fra et norsk morselskap (Telecomputing AS) til et norsk datterselskap i USA (Telecomputing Inc.), skulle klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Dette var avgjørende for om morselskapet kunne gis fradrag for tap på fordring etter sktl. § 6-2 (2). Ved klassifiseringen la Høyesterett vekt på at kapitaloverføringene var «betegnet som lån».⁸³ Førstvoterende uttalte at når partene «entydig har behandlet kapitaloverføringene som lån peker dette klart i retning av at [selskapet] hadde en alminnelig tilbakebetalingsplikt», og dermed at det forelå et gjeldsforhold.⁸⁴

Uttalelsene tyder dermed på at betegnelsen av kapitalinnskuddet kan vektlegges som et bevismoment, der partene også har innrettet seg etter forholdet. I dommen hadde blant annet partene beregnet renter på lånet, noe som underbygget at partene hadde innrettet seg etter et gjeldsforhold.

4.3.2 Regnskapsmessig betegnelse

Den skatterettslige klassifiseringen av kapitalinnskuddet vil ikke nødvendigvis være sammenfallende med den regnskapsrettslige klassifiseringen. I regnskapsretten er det blant annet et sentralt fokus på å måle verdien på ulike finansielle instrumenter.⁸⁵ Videre er det ikke entydige klassifikasjonskriterier i regnskapsretten, og den regnskapsrettslige vurderingen vil dermed kunne bli ulik avhengig av hvilke kriterier og regnskapsstandarder som legges til grunn.⁸⁶

Den regnskapsmessige klassifiseringen gir dermed ingen rettslige føringer for den skatterettslige klassifiseringen, og kan dermed ikke tillegges betydelig vekt ved klassifiseringen av kapitalinnskuddet. I tråd med dette fant Høyesterett i Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» ikke grunn til å vektlegge at preferansekapitalen i regnskapet var ført som ansvarlig lånekapital, og kom til at kapitalinnskuddet måtte klassifiseres som egenkapital.⁸⁷ Den regnskapsmessige betegnelsen vil imidlertid, i likhet med partenes betegnelse av kapitalinnskuddet, kunne utgjøre et bevismoment for å fastlegge avtalens reelle innhold.

⁸³ Rt. 2010 s. 790 (46)

⁸⁴ Rt. 2010 s. 790 (46)

⁸⁵ Folkvord (2013) s. 82

⁸⁶ Schwencke (2003) s. 51, Klassifiseringen vil kunne avhenge av om norsk regnskapsstandard (NGAP) eller de internasjonale regnskapsstandardene (IFRS) legges til grunn.

⁸⁷ Rt. 2001 s. 851 (s. 868)

4.3.3 Betegnelse i lover og forskrifter

Dersom betegnelsen av kapitalinnskuddet følger av lov eller forskrifter som regulerer ytelsen, vil betegnelsen kunne gi bindende føringer for avtalens nærmere innhold. Ettersom betegnelsen i slike tilfeller vil kunne reflektere avtalens reelle innhold, må det antas at betegnelse i lov og forskrift må tillegges større vekt ved klassifikasjonsspørsmålet.

Dette kan illustreres ved Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital», der partene hadde avtalt at kapitalinnskuddet skulle oppfylle vilkårene for kjernekapital etter beregningsforskriften § 3 nr. 12. Kjernekapital anses som egenkapital, og ettersom kapitalinnskuddet tok sikte på å oppfylle vilkårene for kjernekapital, fikk kapitalinnskuddet egenkapitaltillignende trekk.⁸⁸ Av beregningsforskriften fulgte det eksempelvis at kapitalinnskuddet kunne benyttes til dekning av tap eller underskudd (tapsabsorberende evne), noe som trekker i retning av egenkapital. Betegnelsen av kapitalinnskuddet hadde dermed betydning for avtalens reelle innhold, og ble dermed tillagt vekt ved klassifikasjonsspørsmålet.

4.4 Tilbakebetalingsplikt

4.4.1 Overordnet

Som nevnt i pkt. 2.2 innebærer begrepet «gjeld» etter sktl. § 6-40 første ledd, at det foreligger en forpliktelse til å yte noe til andre. Det kan dermed utledes av ordlyden i § 6-40 (1) at en tilbakebetalingsplikt taler for å klassifisere kapitalinnskuddet som gjeld.

I tråd med dette er det i lagt til grunn i HR-2017-350-A «Rauma-Energi» avsnitt 41 at «[d]et mest sentrale kjennetegnet for gjeld er at låntaker har en alminnelig og ubetinget plikt til å tilbakebetale kapitalen.» Tilsvarende synes å være den gjennomgående oppfatningen i juridisk teori.⁸⁹

Egenkapital kan imidlertid bare kreves tilbakebetalt ved likvidasjon, utløsning eller lignende, og da som en andel av differansen mellom selskapets eiendeler og forpliktelser på dette tidspunkt, jf. Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing» avsnitt 44. Kapitalinnskuddet får dermed en permanent karakter. Mangelen på en tilbakebetalingsplikt vil dermed trekke sterkt i retning av klassifisering som egenkapital.

⁸⁸ Rt. 2001 s. 851 (s. 867)

⁸⁹ Matre (2012) s. 96, Folkvord (2013) s. 85, Skaar mfl. (2006) s. 472

At tilbakebetalingsplikten er ubetinget, innebærer at den ikke er undergitt nærmere betingelser. Ved hybridkapital, som har trekk fra både egenkapital og gjeld, vil det ofte foreligge ulike grader av betingelser for tilbakebetaling.⁹⁰ Eksempelvis kan det avtales at kapitalinnskuddet bare skal tilbakebetales dersom selskapet har tilstrekkelig økonomi til dette. I slike tilfeller foreligger det ikke en ubetinget tilbakebetalingsplikt. Momenter som inngår i vurderingen av om tilbakebetalingsplikten er ubetinget, vil bli nærmere redegjort for under pkt 4.7 og 4.9.

4.4.2 Tilbakebetalingsrett

Kravet om at det må foreligge en tilbakebetalingsplikt, innebærer at det ikke er tilstrekkelig at selskapet har rett til å tilbakebetale kapitalinnskuddet.⁹¹ Det sentrale er «retten til å kreve en ytelse i penger».⁹² I tråd med dette fant Høyesterett i Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» ikke gir grunn til å vektlegge at selskapet på nærmere vilkår hadde en rett til å tilbakebetale kapitalinnskuddet, som moment i retning av gjeld.⁹³ At det ikke er tilstrekkelig med en tilbakebetalingsrett, må sees i lys av at det i slike tilfeller ikke foreligger en rettslig forpliktelse, som kan tvangsinnføres ved hjelp av domstolene ved manglende oppfyllelse (pkt. 2.2).

Videre vil selskapet normalt sett også ha rett til å tilbakebetale egenkapitalinnskuddet.⁹⁴ Likheten i muligheten til å tilbakebetale kapitalinnskuddet, tilsier dermed at en tilbakebetalingsrett normalt sett er uten betydning for klassifiseringen.⁹⁵

4.4.3 Tilbakebetalingspliktens størrelse

Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en tilbakebetalingsplikt og tilbakebetalingspliktens størrelse henger nært sammen. Et sentralt kjennetegn for gjeld er at tilbakebetalingssummen tilsvarer et på forhånd fastsatt beløp (hovedstolen).⁹⁶ Så fremt tilbakebetalingssummen står i forhold til gjeldsforpliktelsen, tilsier dette at det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, og dermed et gjeldsforhold.

⁹¹ Rt. 2001 s. 851, Skaar mfl. s. 473 og Matre (2012) s. 100

⁹² Rt. 2001 s. 851 (s. 866)

⁹³ Rt. 2001 s. 851 (s. 866)

⁹⁴ Skaar mfl. s. 473 og Matre (2012) s. 100

⁹⁵ Matre (2012) s. 100

⁹⁶ Skaar mfl. s. 472, Matre (2012) s. 100

Egenkapital kjennetegnes på den annen side ved at tilbakebetalingssummen beregnes ut ifra differansen mellom selskapets eiendeler og forpliktelser (residualen) på tilbakebetalingstidspunktet.⁹⁷ Investor kan dermed oppnå både et høyere og lavere beløp enn kapitalinnskuddet, avhengig av forholdet mellom eiendeler og gjeld på tilbakebetalingstidspunktet. En residualrett trekker dermed i retning av egenkapital.

Synspunktet kan utledes av Rt. 1989 s. 296 «Safe-Drilling». Dommen gjaldt direkte hvorvidt investorer i et selskap kunne anses som deltakere i et indre selskap, med rett på fradrag for en forholdsmessig andel av underskuddet, eller om de måtte anses som långivere. Den belyser likevel grensedragningen da deltakelse i selskapet innebærer at kapitalinnskuddet deltakerposisjonen baseres på må anses som egenkapital. Høyesterett kom til at investorene måtte anse som deltakere i indre selskap, og la i den forbindelse vekt på at investorene deltok på lik linje med aksjonærene «ved den forholdsmessige fordeling av eventuelt overskudd etter at gjeld, kapitalinnskudd og aksjekapital er dekket».⁹⁸

At investorene hadde en residualrett, trakk dermed i retning av å klassifisere innskuddet som egenkapital. Motsatt, må det antas at fraværet av en residualrett trekker i retning av å klassifisere innskuddet som gjeld.⁹⁹

4.5 Misligholdsbeføyelser

4.5.1 Overordnet

Med misligholdsbeføyelser siktes det her til sanksjoner ved betalingsmislighold, som forsinkelsesrenter, heving eller reforhandling av avtalen. Betalingsmislighold foreligger der selskapet ikke betaler avdrag og renter innen forfallstiden, eller betaler for lite i henhold til avtale med selskapet.¹⁰⁰

At partene har avtalt misligholdsbeføyelser innebærer at manglende oppfyllelse av låneforpliktelsen får rettslige konsekvenser for selskapet. Avtalte misligholdsbeføyelser underbygger dermed at det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, og taler for klassifisering som gjeld. Dette har støtte i HR-2017-350-A «Rauma-Energi», der førstvoterende uttaler at en

⁹⁷ Rt. 2010 s. 790 (44)

⁹⁸ Rt. 1989 s. 296 (s. 302)

⁹⁹ Matre (2012) s. 102

¹⁰⁰ Hov (2002) s. 45 flg.

«avtalt rett for kapitalinnskyter til å heve eller reforhandle avtalen ved mislighold er vanlig ved lån».¹⁰¹

Motsetningsvis, vil manglende misligholdsbeføyelser tale mot at det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, og trekke i retning av egenkapital.¹⁰² Dette må sees i lys av at det ved egenkapitalinnskudd ikke vil være nødvendig å fastsette misligholdsbeføyelser, da investor hverken har krav på utbetaling av innskutt kapital eller utbytte.¹⁰³

4.5.2 Manglende avtaleregulering av misligholdsbeføyelser

At partene ikke har regulert nærmere misligholdsbeføyelser i avtalen er imidlertid ikke uten videre avgjørende, da misligholdsbeføyelser også kan utledes av bakgrunnsretten.¹⁰⁴ Dette er blant annet forutsatt av Høyesterett i HR-2017-350-A «Rauma-Energi». I dommen var det ikke avtalt tilbakebetalingsplikt og det var dermed ikke aktuelt med sanksjoner ved mislighold av tilbakebetalingsplikt. Om misligholdsbeføyelser vedrørende renteforpliktelsen uttaler førstvoterende at «bakgrunnsretten nok kunne gi grunnlag for ytterligere misligholdsbeføyelser».¹⁰⁵

Til tross for uttalelsene går imidlertid ikke Høyesterett nærmere inn og drøfter hvilke misligholdsbeføyelser som kunne vært aktuelle. En aktuell misligholdsbeføyelse ville her vært den ulovfestede retten til å heve avtalen ved vesentlig mislighold av renteforpliktelsen, og dermed bringe kravet til førtidig forfall. At Høyesterett ikke drøfter dette forholdet nærmere, må imidlertid sees i lys av at det i avtalen var fastsatt at kommunen ikke kunne si opp avtalen, eller fremme krav om hel eller delvis tilbakebetaling. Det må dermed antas at kommunen hadde fraskrevet seg muligheten til å bringe kravet til førtidig forfall etter bakgrunnsretten.

Etter dette må det legges til grunn at det er uten betydning for klassifikasjonsspørsmålet om partene har en avtalefestet rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, eller om det kan utledes av bakgrunnsretten, så lenge det foreligger reelle misligholdsbeføyelser.

4.5.3 Den nærmere vekten av misligholdsbeføyelser

Som nevnt innledningsvis vil det kunne foreligge flere ulike sanksjoner ved mislighold av låneforpliktelsen. I hvor stor grad slike sanksjoner skal tillegges vekt i retning av gjeld må

¹⁰¹ HR-2017-350-A (53)

¹⁰² Rt. 2001 s. 851 (s. 866)

¹⁰³ Naas mfl. (2017) s. 1166

¹⁰⁴ HR-2017-350-A (55), Matre (2012) s. 105

¹⁰⁵ HR-2017-350-A (54)

sees i sammenheng med tilbakebetalingsplikten. I desto større grad sanksjonene gir investor mulighet til å oppnå tilbakebetaling, i desto større grad vil sanksjonene trekke i retning av klassifisering som gjeld.

Dersom investor kan bringe det samlede beløpet til forfall ved vesentlig mislighold, vil dette i større grad trekke i retning av gjeld, enn der investor kun kan inndrive det beløp selskapet har misligholdt i forhold til den avtalte betalingsplan. Tilsvarende vil heller ikke forsinkelsesrenter kunne tillegges betydelig vekt i retning av gjeld, ettersom slike sanksjoner ikke gir investor mulighet til å oppnå tilbakebetaling av kravet.

Ved den nærmere vektleggingen av momentet må det også sees hen til kapitalinnskuddets øvrige egenskaper. Misligholdsbeføyelser vil først og fremst ha betydning der det i utgangspunktet foreligger en tilbakebetalingsplikt. Dette følger blant annet av HR-2017-350-A «Rauma-Energi», der førstvoterende uttaler at «[n]år selskapet ikke har noen slik [tilbakebetalings] plikt, er det heller ikke behov for sanksjoner mot unnlatt tilbakebetaling.»¹⁰⁶

Der det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt, vil det likevel kunne ha betydning om det foreligge misligholdsbeføyelser ved manglende rentebetalinger. Dersom investor kan bringe kravet til forfall ved vesentlig mislighold av låneforpliktelsen, vil dette være et forhold som taler for gjeld.

4.6 Interesfefellesskap

4.6.1 Overordnet

Med interesfefellesskap siktes det her til tilfeller der det ene selskapet har «bestemmende innflytelse» overfor det andre, jf. aksjeloven § 1-3, 2. ledd. Interesfefellesskapet mellom partene vil ikke i seg selv ha betydning for avtalens reelle innhold, noe som tilsier at kapitalinnskuddet må vurderes uavhengig av om det foreligger et interesfefellesskap mellom partene.¹⁰⁷

At vurderingen må foretas uavhengig av interesfefellesskapet er også i samsvar med det generelle utgangspunktet i skatteretten, om at selskaper anses som selvstendige retts- og skattesubjekter uavhengig av sine aksjonærer, jf. sktl. § 2-2 første ledd bokstav a.¹⁰⁸ Dette

¹⁰⁶ HR-2017-350-A (55)

¹⁰⁷ Se også Utv. 1997 s. 896 s, Kvinge og Gran (2008) s. 66

¹⁰⁸ Se også HR-2017-350-A (47)

innebærer at transaksjoner mellom ulike konsernselskaper skattemessig legges til grunn på lik linje med uavhengige skatteyttere.¹⁰⁹

Synspunktet har også støtte i HR-2017-350-A «Rauma-Energi», der kommunen som kreditor også var eiere av kraftselskapet. Lagmannsretten fremhevet at interessefellesskapet talte for å klassifisere kapitalinnskuddet som gjeld, da kommunen som generalforsamling i Rauma-Energi AS kunne gi instruks til styret i selskapet om å si opp avtalen og tilbakebetale lånet.¹¹⁰ Høyesterett fant imidlertid ikke grunn til å vektlegge interessefellesskapet og uttalte at klassifikasjonsspørsmålet «primært vurderes ut fra avtalen mellom partene» (avsnitt 47). Videre ble det lagt vekt på at kommunestyret innehar ulike roller:

«Når kommunestyret opptrer som sådant, ivaretar det kommunens rolle som kreditor. Når kommunestyret opptrer som generalforsamling i selskapet, ivaretar det selskapets rolle som debitor.»¹¹¹

Synspunktet har gode grunner for seg ettersom kommunen ikke nødvendigvis skal ivareta de samme hensyn i de to rollene. Når kommunestyret innehar rollen som generalforsamling, opptrer de på vegne av selskapet og skal ivareta selskapets interesser. Kommunestyret står dermed ikke fritt til å kun ivareta egne interesser som kreditor i denne rollen.

Et annet moment som kan være grunn til å fremheve, er at det i dommen var gitt et ansvarlig lån som hadde prioritet bak øvrige kreditorer. De øvrige kreditorene ville dermed kunne motsette seg tilbakebetaling før nedbetaling av lån med høyere prioritet. Dermed stod kommunen uansett ikke fritt til å instruere styret om å si opp låneavtalen og tilbakebetale beløpet.

4.6.2 Den nærmere betydningen av interessefellesskapet

Til tross for at interessefellesskapet som utgangspunkt ikke vil ha betydning for klassifiseringen av kapitalinnskuddet, vil det kunne ha betydning for den nærmere bevisvurderingen. Av Høyesterettspraksis følger det at kravene til dokumentasjon for at det er realitet i et avtaleforhold som delvis er skattemessig motivert, gjennomgående vil være strengere når avtalen er inngått mellom parter i fellesskap, jf. HR-2017-350-A «Rauma-

¹⁰⁹ Zimmer og BÄHR (2019) s. 447

¹¹⁰ HR-2017-350-A (47)

¹¹¹ HR-2017-350-A (47)

Energi» avsnitt 49 med henvisning til Rt. 2000 s. 1739 s. 1747. Dette har sammenheng med at parter i interessefellesskap kan ha interesse av å prioritere den annen part, slik at det er større behov for et kontrollelement.

Interessefellesskapet vil også få betydning for den innbyrdes vektleggingen av de ulike klassifikasjonskriteriene ved grensdragningen. I «Rauma-Energi» uttaler førstvoterende at «eierforholdet kan gjøre at momenter som normalt vil ha betydning for skillet mellom gjeld og egenkapital, får redusert vekt fordi eierforholdet gjør momentene mindre egnet til å gi veiledning om karakteren av kapitaltilskuddet.»¹¹² Eksempelvis vil interessefellesskapet kunne innebære at organisatoriske rettigheter i selskapet kun har en formell betydning, ettersom investor allerede innehar slike rettigheter i kraft av å være eier (pkt. 4.14).

4.7 Overskuddsbasert tilbakebetalingsplikt

I henhold til avtalefriheten står partene fritt til å avtale nærmere betingelser for tilbakebetalingsplikten. En tilbakebetaling kan eksempelvis gjøres betinget av at det er tilstrekkelig med midler i selskapet.¹¹³

Dersom tilbakebetalingsplikten kun inntreffer under visse forutsetninger, foreligger det ikke en ubetinget plikt for selskapet til å tilbakebetale gjeldsinnskuddet, noe som trekker i retning av å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital.

At en overskuddsbasert tilbakebetalingsplikt trekker i retning av egenkapital underbygges av høyesterettspraksis. I Rt. 1998 s. 383 «Vrybloed» var det spørsmål om utbetalinger fra et aksjeselskap til daglig leder skulle anses som lønn eller lån.¹¹⁴ Skattyter hevdet det var tale om et lån, og at tilbakebetaling skulle skje gjennom fremtidig økning av lønnen og/ eller ved utbytte i form av forskudd på arv.¹¹⁵ Tilbakebetaling var dermed avhengig av at selskapets økonomi tillot fremtidige lønnsøkninger og aksjeutbytteutdelinger.¹¹⁶ På denne bakgrunn kom Høyesterett til at det ikke forelå et reelt låneforhold, og dermed at utbetalingene måtte anses som lønn.¹¹⁷

¹¹² HR-2017-350-A (49)

¹¹³ Utv. 2004 s. 36

¹¹⁴ Rt. 1998 s. 383 (s. 391)

¹¹⁵ Rt. 1998 s. 383 (s. 3899)

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 383 (s. 395)

¹¹⁷ Rt. 1999 s. 383 (s. 395)

Dommen gjaldt direkte den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte/ lønn. Det må likevel antas at resultatet har overføringsverdi, da den gir uttrykk for generelle karakteristika for hva som utgjør et lån.

Det motsatte ble resultatet i Utv. 2004 s. 36 «Petro Canada», der det var spørsmål om preferanseaksjekapital¹¹⁸ ytt fra morselskapet (Petro Canada) til datterselskapet (Petro Canada Norway) skulle anses som egenkapital eller gjeld etter sktl. 1911 § 44 (nå sktl. § 6-40 første ledd). Tilbakebetaling i form av innløsning av preferanseaksjene var betinget av at «selskapet etter innløsning [ikke] ville bli ute av stand til å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller».

Til tross for at tilbakebetaling av kapitalinnskuddet var betinget av at selskapet hadde tilstrekkelig likviditet og soliditet, kom tingretten til at det forelå et gjeldsforhold. Retten problematiserte ikke nærmere at det forelå en betingelse for tilbakebetalingsplikt. Resultatet i dommen kan problematiseres, da en betinget tilbakebetalingsplikt som nevnt taler for klassifisering som egenkapital. Det er likevel grunn til å bemerke at dommen utgjør en tingrettsavgjørelse, som viker for høyesterettspraksis.

En mulig tolkning av ulikheter i resultatene kan være forskjeller i debitors økonomiske situasjon. I «Petro-Canada» fremstod det ut ifra selskapets økonomiske situasjon som sannsynlig at betingelsene for tilbakebetaling ville inntre. Dette til forskjell fra «Vrybloed» der låntakers økonomiske stilling innebar at det var liten sannsynlighet for tilbakebetaling av lånet.¹¹⁹ Hvorvidt debitors subjektive betalingsevne kan tillegges vekt ved klassifikasjonsspørsmålet drøftes nedenfor i pkt. 4.8.

4.8 Debitors subjektive betalingsevne

Sviktende betalingsevne hos debitor vil redusere sannsynligheten for tilbakebetaling av kapitalinnskuddet. Praksis fra skattemyndighetene kan synes å vektlegge debitors betalingsevne ved klassifiseringen av kapitalinnskuddet. I SKNS1-2018-100 anførte skattyter at det forelå en tilbakebetalingsplikt, da investor kunne kreve lånet tilbakebetalt under forutsetning av at selskapet hadde positiv egenkapital. Nemda fant ikke grunn til å vektlegge

¹¹⁸ Se nærmere om preferanseaksjer i pkt. 4.14.3

¹¹⁹ Rt. 1998 s. 383 (s. 394)

dette da «skattepliktige ikke har sannsynliggjort at forutsetningen om positiv egenkapital hos [selskapet] var oppfylt».¹²⁰

Uttalelsene tyder på at skattyters sviktende betalingsevne vektlegges i vurderingen av om det foreligger en tilbakebetalingsplikt. Det avgjørende for klassifiseringen er imidlertid avtalens reelle innhold, jf. pkt. 3.2. Det vil kunne foreligge en reell forpliktelse selv om debitorselskapet ikke er i stand til å oppfylle ut fra de økonomiske forhold når forpliktelsen etableres.¹²¹ Etter dette må det antas at debtors betalingsevne ikke får betydning for klassifikasjonsspørsmålet, slik skatteklagenemnda kan synes å legge til grunn i avgjørelsen.

Hvorvidt debtors subjektive betalingsevne kan tillegges vekt er nærmere belyst i Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing». I saken lå deler av kapitaloverføringene utenfor låntakerselskapets lånekapasitet og engasjementet måtte anses som risikoutsatt.¹²² Førstvoterende uttaler i den forbindelse at når selskapet «hadde en alminnelig tilbakebetalingsplikt kan imidlertid den risiko som engasjementet var forbundet med, ikke endre kapitaloverføringenes karakter av å være lån».¹²³ Uttalelsene tilsier dermed at debtors betalingsevne ikke får betydning for klassifikasjonsspørsmålet.

Manglende subjektiv oppfyllelsesevne vil imidlertid kunne være et bevismoment som kan kaste lys over partenes forutsetninger ved etablering av forpliktelsen.¹²⁴ Dersom tilbakebetaling fremstår som usannsynlig kan dette tilsi at partene på avtaletidspunktet ikke har ment at tilbakebetalingsforpliktelsen skal oppfylles, og dermed at det ikke foreligger en reell tilbakebetalingsplikt.

4.9 Tapsabsorberende evne

4.9.1 Overordnet

Med tapsabsorberende evne siktes det til hvorvidt kapitalinnskuddet kan nedskrives for å dekke tap under løpende drift i selskapet.¹²⁵

¹²⁰ SKNS1-2018-100

¹²¹ Matre (2012) s. 127

¹²² Rt. 2010 s. 790 (49)

¹²³ Rt. 2010 s. 790 (49)

¹²⁴ Matre (2012) s. 129 og Folkvord (2013) s. 90

¹²⁵ Rt. 2010 s. 790 (46), HR-2017-350-A (61)

En rett til å nedskrive kapitalinnskuddet for å dekke tap under løpende drift vil kunne føre til at tilbakebetalingsplikten nedjusteres eller bortfaller.¹²⁶ Dersom kapitalinnskuddet har tapsabsorberende evne underbygger dette at det ikke foreligger en ubetinget tilbakebetalingsplikt, og momentet trekker dermed i retning av klassifisering som egenkapital.

Synspunktet har støtte i Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital», der bankene hadde rett til å nedskrive preferansekapitalen når det var på det rene at kapitalen var tapt.¹²⁷ Førstvoterende uttaler at «denne tapsabsorberende evnen [skiller] preferansekapitalen fra låneavtaler flest»¹²⁸ og at «momentet trekker sterkt i retning av å anse preferansekapitalen som egenkapital».¹²⁹

I hvor stor grad momentet skal vektlegges ved klassifikasjonen vil bero på de nærmere vilkårene for den tapsabsorberende evnen.¹³⁰ Dersom partene har avtalt at kapitalinnskuddet kun kan nedskrives dersom det oppstår et vesentlig tap for selskapet,¹³¹ fremstår det som mindre sannsynlig at kapitalinnskuddet nedskrives. Slike betingelser vil ikke ha like stor innvirkning på tilbakebetalingsplikten, og må dermed tillegges mindre vekt i retning av egenkapital.

Dersom kapitalinnskuddet ikke har tapsabsorberende evne, underbygger dette at det foreligger en ubetinget tilbakebetalingsplikt, og trekker dermed i retning av gjeld. Dette kan utledes av Rt. 2010 s. 790 «Telecomputing», der selskapet ikke hadde rett til å nedskrive kapitalinnskuddet uten samtykke fra investor. Førstvoterende uttaler i den forbindelse at dette måtte anses som et «moment som taler for å anse overføringene som fremmedkapital».¹³²

4.9.2 Betydningen av tapsabsorberende evne der det ikke foreligger tilbakebetalingsplikt

Det som hittil er sagt gjelder betydningen av tapsabsorberende evne der det i utgangspunktet foreligger en tilbakebetalingsplikt. Spørsmålet i det følgende blir hvilken betydning tapsabsorberende har, der det ikke er avtalt en tilbakebetalingsplikt.

¹²⁶ Matre (2012) s. 122

¹²⁷ Rt. 2001 s. 851 s. 865

¹²⁸ Rt. 2001 s. 851 s. 865

¹²⁹ Rt. 2001 s. 851 s. 865

¹³⁰ Matre (2012) s. 126, Kvinge og Gran (2008) s. 56-57

¹³¹ Se eksempelvis finansforetaksloven § 21-6 der det følger at nedskrivning av ansvarlig lånekapital for finansinstitusjoner forutsetter at en «vesentlig del av den ansvarlige lånekapitalen er tapt»

¹³² Se tilsvarende i Utv. 2004 s. 36 (Petro-Canada) der manglende tapsabsorberende evne trakk i retning av å klassifisere kapitalinnskuddet som gjeld

I HR-2017-350-A «Rauma-Energi» uttaler førstvoterende i avsnitt 62 at manglende tapsabsorberende må ha «mindre vekt når det ikke er avtalt tilbakebetaling av lånet», ettersom selskapet «i praksis [står] fritt til å disponere kapitalen.»

Uttalelsene tyder at manglende tapsabsorberende evne har mindre betydning for klassifikasjonsspørsmålet der det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt. Høyesterett begrunner imidlertid ikke synspunktet ytterligere. En mulig forståelse av uttalelsene kan være at når lånet uansett ikke skal tilbakebetales, har det ikke betydning for investor hvor stort lånet er og dermed hvorvidt det er nedskrevet.¹³³

Til dette kan det innvendes at selv om det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt, vil kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne kunne ha betydning for fordeling av verdiene ved avvikling av selskapet.¹³⁴ Dersom kapitalinnskuddet kan nedskrives for å dekke løpende tap vil investor kunne sitte igjen med et mindre beløp, og tilsvarende vil aksjonærene sitte igjen med mer. At størrelsen på tilbakebetalingskravet avhenger av selskapets økonomiske utvikling, vil som nevnt under pkt. 4.4.3 være et egenkapitallignende trekk, og tilsier at momentet også får betydning der det ikke er avtalt tilbakebetalingsplikt.

Når investor og aksjonær er identiske, vil imidlertid ikke disse betraktningene gjøre seg gjeldende på samme måte som mellom uavhengige parter. Dette var tilfelle i «Rauma-Energi» der kommunestyret både var investor og aksjonær i selskapet. Høyesterett sine uttalelser om at kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne har mindre betydning der det ikke er avtalt tilbakebetalingsplikt, må dermed forstås i denne kontekst.

Videre vil kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne kunne ha betydning for omfanget av renteforpliktelsen.¹³⁵ Der det er avtalt en fast prosentvis rente, vil reduksjon av hovedstolen som følge av at kapitalinnskuddet nedskrives medføre lavere rente da beløpet renten beregnes av reduseres.¹³⁶ En rente som påvirkes av selskapets økonomi vil ha større likhetstrekk med egenkapital,¹³⁷ og trekker ytterligere i retning av at manglende tapsabsorberende evne vil

¹³³ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 192

¹³⁴ Zimmer «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 193

¹³⁵ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 193

¹³⁶ Dette kan riktignok kompenseres ved økt rente. I «Rauma-Energi» var det imidlertid satt et øvre tak på rentesatsen (NIBOR + 1 %) som ville begrenset adgangen til en eventuell renteøkning, se Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 193

¹³⁷ Se pkt. 4.11

kunne få betydning for klassifikasjonsspørsmålet også der det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt.

Til støtte for førstvoterende sine uttalelser i «Rauma-Energi» om at momentet ikke kan tillegges betydelig vekt i de tilfeller det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt, kan det anføres at manglende tilbakebetalingsplikt i seg selv utgjør et sterkt moment i retning av egenkapital, jf. pkt. 4.4.1. Om kapitalinnskuddet har tapsabsorberende evne eller ikke vil dermed få underordnet betydning i en samlet helhetsvurdering.

At kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne også vil kunne ha betydning der det ikke er avtalt tilbakebetalingsplikt, underbygges av Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital». I dommen ble kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne tillagt betydelig vekt til tross for at det ikke var avtalt tilbakebetalingsplikt. Også i «Telecomputing» synes momentet å være vektlagt uavhengig av hvorvidt det foreligger tilbakebetalingsplikt da førstvoterende på generelt grunnlag uttaler at mangel på tapsabsorberende evne «taler for å anse overføringene som fremmedkapital». ¹³⁸

Etter dette må det antas at kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne også kan tillegges vekt, der det ikke er avtalt tilbakebetalingsplikt. Dersom investor og aksjonær er identiske, vil imidlertid momentet ha mindre betydning.

4.9.3 Hvorvidt tapsabsorberende evne kan være forenlig med lån

Som nevnt under pkt. 4.9.1, vil tapsabsorberende evne være et tungtveiende argument i retning av egenkapital. I juridisk teori har enkelte forfattere tatt til orde for at tapsabsorberende evne vil være uforenlig med et gjeldsforhold. ¹³⁹ Spørsmålet som drøftes videre, blir dermed om tapsabsorberende evne kan være forenlig med et gjeldsforhold.

I Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» uttaler førstvoterende at det ikke kan utelukkes at «den tapsabsorberende evnen som preferansekapitalen hadde, kan være forenlig med lån.» ¹⁴⁰ Isolert sett tyder uttalelsene på at tapsabsorberende evne kan være forenlig med låneforhold.

Uttalelsene må likevel sees i lys av at Høyesterett sin definisjon av begrepet tapsabsorberende evne i dommen. Med henvisning til ansvarlig lånekapital uttaler førstvoterende at «den

¹³⁸ Rt-2010-1072-A (48)

¹³⁹ Kvinge og Gran (2008) s. 54-57, Naas mfl. (2017) s. 1167

¹⁴⁰ Rt. 2001 s. 851 s. 865

tapsabsorberende evnen vil da ordinært først komme til uttrykk ved avvikling.»¹⁴¹ Høyesterett synes dermed å legge til grunn at tapsabsorberende evne ikke bare omfatter muligheten for å nedskrive kapitalinnskuddet under løpende drift, men også dekningsmulighetene på avviklingstidspunktet.

At ansvarlig lån vil kunne medføre reduserte dekningsmuligheter ved avvikling, er imidlertid en følge av at kapitalinnskuddet har prioritet bak ordinær gjeld (pkt. 4.12), og ikke kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne. På bakgrunn av nyere rettspraksis må det antas at tapsabsorberende evne omfatter dekningsmulighetene ved den løpende drift, og ikke på avviklingstidspunktet.¹⁴² Uttalelsene i «Preferansekapital» kan dermed ikke tillegges stor vekt.

På bakgrunn av det overordnede vurderingstema om at det må foretas en konkret helhetsvurdering av samlede egenskaper, kan det ikke utelukkes at kapitalinnskuddet sett i sammenheng med andre momenter kan være forenlig med et gjeldsforhold.

I «Preferansekapital» var preferansekapitalen rentefri, men skulle kompenseres med utbytte på lik linje med utbytte på bankens ordinære aksjekapital.¹⁴³ I dommen hadde dermed investor utsatt seg for betydelig risiko sammenlignet ved et ordinært gjeldsforhold ved at kapitalinnskuddet kunne nedskrives og ved at avkastning skulle utbetales på lik linje med utbytte. Kombinasjonen av risiko for tap på hovedstolen og manglende sikkerhet for avkastning ga preferansekapitalen et klart preg av egenkapital.¹⁴⁴

Dersom investor istedenfor har krav på en fastsatt rente, vil dette redusere noe av den risikoen investor har påtatt seg ved å gi et lån med tapsabsorberende evne.¹⁴⁵ I slike tilfeller vil dermed ikke den tapsabsorberende evne trekke like sterkt i retning av egenkapital som der slike sikringsmekanismer mangler.

Videre vil som nevnt under pkt 4.9.1 vekten av momentet avhenge av de nærmere vilkårene som er fastsatt for den tapsabsorberende evne. Dersom terskelen for å nedskrive kapitalinnskuddet er høy, vil det redusere den risikoen investor har påtatt seg ytterligere.

¹⁴¹ Rt. 2001 s. 851 (s. 865)

¹⁴² Rt. 2010 s. 790, HR-2017-350

¹⁴³ Rt. 2001 s. 851 (s. 865)

¹⁴⁴ Utv. 1997 s. 895

¹⁴⁵ Matre (2012) s. 126

Etter dette legges det til grunn at et kapitalinnskudd med tapsabsorberende evne etter omstendighetene kan være forenlig med et gjeldsforhold. Sentralt i vurderingen er om investor gjennom kapitalinnskuddets øvrige egenskapene og de nærmere vilkår som er fastsatt for kapitalinnskuddet har redusert den risikoen den tapsabsorberende evne medfører.

4.10 Permanent eller tidsavgrenset karakter

4.10.1 Overordnet

Dersom partene har avtalt at kapitalinnskuddet forfaller til betaling på et gitt tidspunkt eller etter nærmere kriterier, vil selskapet ha plikt til å tilbakebetale hovedstolen når de aktuelle vilkår for forfall inntreffer.¹⁴⁶ I slike tilfeller fremstår kapitalen som midlertidig for selskapet, noe som trekker i retning av å klassifisere kapitalinnskuddet som gjeld.

Motsatt vil det trekke i retning av egenkapital dersom kapitalinnskuddet ikke forfaller til betaling på et gitt tidspunkt eller etter nærmere kriterier.¹⁴⁷ Kapitalen fremstår da, på samme måte som egenkapital, som permanent for selskapet.

At avtalen ikke regulerer når gjelden forfaller til betaling, innebærer ikke nødvendigvis at kravet ikke kan bringes til forfall. I slike tilfeller vil avtalen kunne suppleres av bakgrunnsretten. Av den deklarasjoniske regelen i gjeldsbrevloven § 5 (1) 2. pkt følger det at debitor har plikt til å tilbakebetale «straks kravsmannen seier frå». Når kravet kan bringes til forfall etter bakgrunnsretten, vil investor komme i samme posisjon som om det forelå et avtaleregulert forfallstidspunkt.

En forutsetning for at den deklarasjoniske bestemmelsen skal komme til anvendelse, er imidlertid at partene ikke har fraveket muligheten til å bringe kravet til forfall. Dette var tilfelle i HR-2017-350-A «Rauma-Energi», der partene hadde avtalt at kommunen hverken kunne si opp låneavtalen eller kreve lånet innfridd eller tilbakebetalt.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Bergsåker (2015) s. 38

¹⁴⁷ Rt. 2001 s. 851 s. 866

¹⁴⁸ HR-2017-350-A (42)

Etter dette må det legges til grunn at dersom partene ikke har avtaleregulert nærmere avtaletidspunkt, og kapitalinnskuddet heller ikke kan kreves til forfall etter gbl. § 5, vil det tale for å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital.¹⁴⁹

4.10.2 Avtalt forfallstid for egenkapital

Utgangspunktene som hittil er fastlagt må nyanseres noe, da det også for egenkapital kan fastsettes nærmere vilkår for forfallstid gjennom aksjelovens regler om innløsning av aksjer.

Etter aksjeloven § 12-7 første ledd kan det vedtektsfestes en rett til å kreve aksjene innløst under selskapets løpende drift. Bestemmelsen åpner for at den som er gitt innløsningsretten fritt kan bestemme forfallstid, eller at innløsningstidspunktet på forhånd er regulert i vedtektene.¹⁵⁰ En adgang til å bringe kapitalinnskuddet til forfall er dermed ikke forbeholdt gjeldsforhold.

Likevel er det sentrale forskjeller mellom en innløsningsrett og adgangen til å bringe kravet til forfall i medhold av avtalen eller etter gjeldsbrevloven § 5, ettersom en innløsningsrett må være inntatt i vedtektene og dermed besluttet av generalforsamlingen, jf. asl. § 12-7 (1), jf. § 5-18. Denne beslutningsformen skiller seg fra det som gjelder for selskapet ved opptak av lån, hvor kompetansen som hovedregel vil tillegge styret eller daglig leder, jf. asl. § 6-2 til 6-15. Videre må utbetalingen ved slik innløsning ligge innenfor rammen av de midler selskapet kan benytte til utdeling av utbytte etter § 8-1, jf. 12-7 (2) nr. 2.

Et sentralt moment for hvorvidt avtalt forfallstid trekker i retning av gjeld eller egenkapital, er dermed om selskapet råder over engasjementets varighet innenfor aksjelovens rammer, eller om gjelden forfaller i henhold til avtale eller påkrav fra kreditor.¹⁵¹

4.10.3 Evigvarende og svært langvarige lån

Evigvarende lån kjennetegnes ved at det ikke er avtalt forfallstidspunkt og at lånet ikke kan bringes til forfall etter gbl. § 5.¹⁵² I likhet med det som tradisjonelt gjelder for egenkapitalinnskudd, vil tilbakebetalingsplikten som utgangspunkt først inntre ved avvikling av selskapsforholdet. Kapitalinnskuddet gis dermed en permanent karakter, noe som isolert

¹⁴⁹ Skaar mfl.s. 474

¹⁵⁰ Kvinge og Gran (2008) s. 51

¹⁵¹ Matre (2012) s. 131

¹⁵² Matre (2012) s. 131

sett taler for klassifisering som egenkapital. Tilsvarende gjelder for langsiktige lån som ikke kan bringes til forfall innen rimelig tid.¹⁵³

Spørsmålet i det følgende er om evigvarende og svært langsiktige lån likevel vil kunne klassifiseres som gjeld.

I Rt. 1926 s. 519 «Hypothek- & Realkredittbanksaken» kom Høyesterett til at et uoppsigelig lån skulle klassifiseres som gjeld. Det ble blant annet lagt vekt på at det var avtalt en fast rente som skulle betales uavhengig av selskapets økonomi, og at det var vedtatt en nedbetalingsplan. Nedbetalingsplanen medførte ikke at det forelå en tilbakebetalingsplikt, men må ut ifra dommens premisser anses som et bevismoment som talte for at det reelt sett dreide seg om et gjeldsforhold.

Motsatt, kom Høyesterett i «Rauma-Energi» til at et evigvarende ansvarlig lån måtte klassifiseres som egenkapital. Også her var det fastsatt en fast rente på kapitalinnskuddet, som i utgangspunktet taler for gjeld. I motsetning til det som var tilfelle i «Hypothek- & Realkredittbank» var det imidlertid ikke avtalt noe nærmere om nedbetaling, og investor hadde i tillegg fraskrevet seg retten til å kreve tilbakebetaling av lånet ved eventuelt mislighold. Heller ikke for det tilfelle at selskapet selv valgte å si opp lånet forelå det et ubetinget tilbakebetalingskrav, da partene i det tilfelle skulle forhandle nærmere om tilbakebetaling.¹⁵⁴ Sammenlignet med «Hypothek- & Realkredittbank» må det dermed antas at kapitalinnskuddet i «Rauma-Energi» hadde større likhetstrekk med egenkapital.

Videre medførte interessefellesskapet i «Rauma-Energi» at momenter som vanligvis trekker i retning av gjeld, som manglende tapsabsorberende evne og organisatoriske rettigheter, ikke ble tillagt stor betydning.

På bakgrunn av høyesterettspraksis må det dermed antas at det ikke kan oppstilles en generell regel om at evigvarende og svært langsiktige lån, skal klassifiseres som egenkapital. Dette er også i samsvar med det overordnede vurderingstemaet om at det må foretas en helhetsvurdering av kapitalinnskuddets egenskaper.

¹⁵³ Matre (2012) s. 134

¹⁵⁴ HR-2017-350-A (46)

At evigvarende og langsiktige lån etter omstendighetene kan klassifiseres som gjeld har også støtte i juridisk teori.¹⁵⁵ Folkvord stiller seg imidlertid tvilende til at evigvarende ansvarlige lån skal kunne klassifiseres som gjeld.¹⁵⁶ Dette må sees i lys av at han på bakgrunn av «Telecomputing» anser tilbakebetalingsplikt og gjeld som to sider av samme sak.¹⁵⁷ Ettersom det for evigvarende lån ikke foreligger noen ubetinget tilbakebetalingsplikt vil det ut i fra denne tankegangen heller ikke være tale om et gjeldsforhold.

Ved den nærmere vurderingen av om evigvarende og langsiktige lån kan klassifiseres som gjeld, må kapitalinnskuddets øvrige egenskaper tas i betraktning. I den sammenheng er det sentralt om det foreligger misligholdsbeføyelser.¹⁵⁸ Dersom det ikke er fastsatt misligholdsklausuler vil dette være et forhold som underbygger at det ikke foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, og vil dermed være et tungtveiende argument i retning av egenkapital.

Videre vil de avtalte rentebetalinger kunne ha stor betydning for om kapitalinnskuddet kan klassifiseres som gjeld. Dette kan forklares ut ifra et økonomisk synspunkt. Dersom det eksempelvis gis et langvarig lån på 1 million som skal tilbakebetales om 50 år, vil nåverdien av lånet være på 8518 kr, dersom det benyttes en diskonteringsrente¹⁵⁹ på 10 %.¹⁶⁰ Mesteparten av den økonomiske verdien ved evigvarende og langsiktige lån vil dermed ligge i de årlige renteutbetalingene.¹⁶¹ En fast rente vil dermed kunne anses som en form for kompensasjon for manglende tilbakebetaling innen rimelig tid, og trekke i retning av et gjeldsforhold.

Forutsetningen for at renteutbetalingene skal kunne anses som en kompensasjon for manglende tilbakebetaling, er at de er av en viss størrelse. Dette kan illustreres ved SKNS1-2020-8, der skatteklagenemda kom til at et evigvarende lån måtte klassifiseres som egenkapital. I den forbindelse ble en fast rente på 2,22 % ikke ansett for å tale mot å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital, da renten «nærmest [var] av symbolsk karakter».

¹⁵⁵ Kvinge/ Gran (2008) s. 72, Matre (2012) s. 134

¹⁵⁶ Folkvord (2013) s. 85

¹⁵⁷ Folkvord (2013) s. 85

¹⁵⁸ Se eksempelvis HR-2017-350-A (55) der Høyesterett la vekt på manglende misligholdsklausul som et moment som trakk i retning av egenkapital

¹⁵⁹ En diskonteringsrente er investorenes avkastningskrav basert på alternativ avkastning de kunne oppnådd andre steder

¹⁶⁰ $1\ 000\ 000 / (1+r)^{50}$

¹⁶¹ Matre (2012) s. 135

Konklusjonen blir dermed at evigvarende og svært langvarige lån vil kunne klassifiseres som gjeld, dersom kapitalinnskuddet samlede egenskaper har mest likhetstrekk med gjeld.

4.11 Avkastning på kapitalinnskuddet

4.11.1 Overordnet

Dersom investor har krav på en fast avkastning som fastsettes uavhengig av om selskapet går med overskudd eller ikke, trekker dette i retning av gjeld.¹⁶² Avkastningen fremstår i slike tilfeller som et vederlag for kreditten, og underbygger at det reelt sett foreligger et gjeldsforhold.

Dette kan blant annet illustreres med «Telecomputing» der Høyesterett la vekt på at det var beregnet en fast rente (8%) på den delen av lånet som lå innenfor selskapets lånekapasitet, som et moment i retning av gjeld.¹⁶³

Utbytte på aksjeinnskudd avhenger av selskapets resultater,¹⁶⁴ og beslutning fra generalforsamlingen.¹⁶⁵ En overskuddsbasert avkastning vil dermed som utgangspunkt tale for klassifisering som egenkapital. I slike tilfeller fremstår ikke avkastningen som vederlag for en kredittytelse, men som overskudd til en eier basert på egenkapitalinnskudd.¹⁶⁶ Videre får investor gjennom en overskuddsbasert rente et ubegrenset gevinstpotensiale, noe som kjennetegner egenkapital.¹⁶⁷

Synspunktet underbygges videre av Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital», der Høyesterett la vekt på at det skulle betales utbytte på preferansekapitalen på lik linje med utbytte på bankens ordinære aksjekapital, som et moment i retning av egenkapital.¹⁶⁸

Utgangspunktene som hittil er trukket opp kan sees i lys av skatteevneprinsippet. Når avkastningen fastsettes uavhengig av selskapets økonomi, bærer utbetalingen preg av en driftskostnad som reduserer netto skatteevne. Skatteevneprinsippet tilsier dermed at kapitalinnskuddet klassifiseres som gjeld, og at det gis fradrag for rentekostnadene etter § 6-40 (1). Når avkastningen fastsettes på bakgrunn av overskuddet, er det imidlertid tale om en

¹⁶² Skaar mfl.s. 619

¹⁶³ Rt. 2010 s. 790 (avsnitt 47)

¹⁶⁴ Aksjeloven § 8-1 og § 3-4

¹⁶⁵ Aksjeloven § 8-2

¹⁶⁶ Matre (2012) s. 143

¹⁶⁷ Matre (2012) s. 145

¹⁶⁸ Rt. 2001 s. 851

vederlagsfri overføring som ikke reduserer netto skatteevne – med mindre det foreligger en underliggende gjeld.

4.11.2 Nærmere om fast avkastning

En rett på fast avkastning er ikke forbeholdt gjeld, da det også kan vedtektsfestes en forpliktelse for selskapet til å foreta utdeling av utbytte.¹⁶⁹ Eksempelvis vil preferanseaksjer typisk gi rett til utbytte beregnet som en viss prosent av kapitalinnskuddet.¹⁷⁰ Denne retten er imidlertid ikke ubetinget, da aksjeloven oppstiller begrensninger for slike vedtektsfestede utdelinger, jf. § 8-1, jf. § 3-4 og § 8-2.

Begrensningene som følger av aksjeloven gjelder direkte for utdelinger til «aksjeeiere», jf. asl. § 3-6 (2). Bestemmelsen får dermed ikke direkte anvendelse for ulovfestede egenkapitalinnskudd det ikke er knyttet aksjonærrettigheter til, som vil være typisk for hybridkapital.

Formålet bak begrensningene i aksjeloven, herunder å beskytte selskapskapitalen,¹⁷¹ tilsier imidlertid at bestemmelsen kommer analogisk til anvendelse også for ulovfestede egenkapitalinnskudd (hybridkapital). Dette underbygges ved at Høyesterett gjennom «Preferansekapital» og «Rauma-Energi» har akseptert andre former for egenkapitalinnskudd enn de som reguleres av aksjeloven. Formålet med å åpne for slike finansieringsformer har neppe vært å svekke den beskyttelsen egenkapitalen gir kreditorene.¹⁷² Etter dette legges det til grunn at begrensningene for utdeling av utbytte som følger av aksjeloven, også får anvendelse på ulovfestede egenkapitalinnskudd.

Spørsmålet blir dermed hvilken betydning slike begrensninger har for vektleggingen av momentet ved den nærmere grensedragningen.

I Rt. 1926 s. 519 «Hypothek- & Realkredittbank» var det spørsmål om en konvertering av aksjekapitalen medførte at det oppstod et gjeldsforhold, eller om det fortsatt måtte klassifiseres som egenkapital. Høyesterett kom til at det forelå et gjeldsforhold og la blant annet vekt på at selskapets «fordringsret er nu blit ubetinget likeoverfor banken og uavhengig av dennes organer og beslutninger saavel som av bankens driftsresultater.»

¹⁶⁹ Andenæs (2016) s. 434, Aarbakke (2017) s. 618

¹⁷⁰ Matre (2012) s. 143

¹⁷¹ NOU 1992: 29 s. 37

¹⁷² Kvinge og Gran (2008) s. 35

Uttalelsene tilsier at det må foreligge en ubetinget rett til avkastning som fastsettes uavhengig av selskapets beslutninger og økonomiske resultater, for at momentet skal kunne tas til inntekt for et gjeldsforhold.

Tilsvarende kan utledes av Rt. 1989 s. 296 «Safe-Drilling». At det på forhånd var fastsatt en renteavkastning på fem prosent, talte ikke mot å anse kapitalinnskuddet som egenkapital. Bakgrunnen for dette var at rentene bare skulle utbetales av likviditetsoverskuddet og i tillegg stod tilbake for aksjonærenes rett til utbytte.¹⁷³ I motsetning til «Hypothek- & Realkredittbank» var dermed avkastningen på kapitalinnskuddet underlagt nærmere begrensninger, og hadde dermed mindre preg av å være et vederlag for kapitalinnskuddet.

Konklusjonen blir dermed at det først og fremst er i de tilfeller det foreligger ubetinget rett på fast avkastning, som ikke er underlagt nærmere begrensninger, at momentet trekker i retning av gjeld.

4.11.3 Nærmere om overskuddsbasert avkastning

I henhold til avtalefriheten står partene fritt til å avtale en overskuddsbasert rente ved låneforhold. Dette følger også forutsetningsvis av aksjeloven § 11-14 som regulerer «lån med rente som helt eller delvis avhenger av det utbyttet som utdeles til aksjeeierne eller av selskapets resultat».

En overskuddsbasert avkastning er dermed «ikke uforenlig med en låneavtale», jf. Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital». I «Preferansekapital» uttaler imidlertid førstvoterende at «ved en så risikopreget plassering som det her dreier seg om, er nok slik [utbytteavhengig] avkastning svært atypisk for gjeld», men «typisk for en avtale om innskudd av egenkapital.»¹⁷⁴

Uttalelsene kan tyde på at betydningen av overskuddsbasert avkastning er relativ i forhold til risikoen ved kapitalinnskuddet.¹⁷⁵

Spørsmålet i det følgende blir dermed om risikoen ved kapitalinnskuddet har betydning for i hvilken grad en overskuddsbasert avkastning kan vektlegges ved klassifikasjonsspørsmålet.

Dersom avkastningen ved kapitalinnskuddet ikke eksponert for risiko, vil sannsynligheten for at investor mottar avkastning på kapitalinnskuddet fremstå som stor. Den overskuddsbaserte avkastningen har dermed preg av vederlag for kreditten, noe som kan tilsa at det foreligger et

¹⁷³ Rt. 1989 s. 296 (s. 302)

¹⁷⁴ Rt. 2001 s. 851 s. 865

¹⁷⁵ Matre (2012) s. 145

gjeldsforhold. Betalingspreget svekkes imidlertid der kapitalinnskuddet eksponeres for høy risiko, og avkastningen vil i slike tilfeller i større grad ha likhetstrekk med egenkapital. Dette kan tilsi at risikoen avkastningen eksponeres for, får betydning for i hvilken grad en overskuddsbasert avkastning kan tillegges vekt ved klassifikasjonsspørsmålet.

På den annen side er det ofte i de tilfeller der det foreligger høy risiko ved kapitalinnskuddet at selskaper anvender en overskuddsbasert rente.¹⁷⁶ Ved høy risiko vil investor kunne vegre seg for å yte tradisjonell kreditt uten overskuddsbasert rente på grunn av tapspotensialet.¹⁷⁷ Motsatt, vil selskapet ved lav risiko normalt sett være mindre villig til å gi investor en ubegrenset rett på avkastning, da det i slike tilfeller ofte vil være mer lønnsomt å skaffe tradisjonell gjeldsfinansiering til lavere rente.¹⁷⁸ Slike betraktninger tilsier at risikoen knyttet til kapitalinnskuddet ikke er egnet for å si noe om betydningen av en overskuddsbasert rente ved klassifikasjonsspørsmålet.

Som nevnt under pkt. 4.8 kan «Telecomputing» tas til inntekt for at debtors subjektive betalingsevne ikke tillegges vekt ved klassifiseringen av kapitalinnskuddet som egenkapital eller gjeld. Systembetraktninger tilsier dermed at risikobetraktninger heller ikke vektlegges i denne sammenheng. Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk teori.¹⁷⁹ Folkvord trekker blant annet frem at dersom risiko vektlegges som klassifikasjonsmoment, vil dette føre til at det lettere ville forekommet egenkapital i bransjer med høy risiko, i tillegg til at klassifisering vil kunne endre seg ved konjunktursvingninger.¹⁸⁰

Konklusjonen blir dermed at graden av graden av risiko knyttet til kapitalinnskuddet, ikke vil ha betydning for i hvilken grad en overskuddsbasert avkastning kan vektlegges ved klassifikasjonsspørsmålet.

4.11.4 Rentefrie lån

Partene kan også avtale at lånet skal være rentefritt.¹⁸¹ Ettersom det i slike tilfeller ikke foreligger renter som kan kreves fradragført etter § 6-40, faller dette som utgangspunkt utenfor oppgavens hovedtema. Lånet kan imidlertid gjøres rentefritt i perioder, eksempelvis i

¹⁷⁶ Matre (2012) s. 145

¹⁷⁷ Matre (2012) s. 145

¹⁷⁸ Matre (2012) s. 145

¹⁷⁹ Folkvord (2013) s. 90, Matre (2012) s. 145-146

¹⁸⁰ Folkvord (2013) s. 90

¹⁸¹ Folkvord (2013) s. 92

en innledende fase. Det er dermed hensiktsmessig å si noe nærmere om hvilken betydning det har for klassifiseringen at lånet er gjort rentefritt.

At det ikke ytes et vederlag for kreditten, fremstår som atypisk for lån og taler mot klassifisering som gjeld. Så fremt det foreligger en tilbakebetalingsplikt vil det imidlertid ikke frata lånet karakter av gjeld. Dette underbygges av «Telecomputing», der også den del av lånet som var gitt utover datterselskapets lånekapasitet, og som dermed ikke ble beregnet renter av, ble klassifisert som gjeld.

På den annen side vil det heller ikke være et typisk trekk ved egenkapital at det ikke gis avkastning på kapitalinnskuddet, da egenkapital som nevnt kjennetegnes ved en rett på ubegrenset avkastning. Dette tilsier at momentet heller ikke vil være et tungtveiende moment i retning av egenkapital.

Der det ikke er fastsatt renter vil imidlertid investor typisk kreve kompensasjon i form av andre rettigheter. Eksempelvis kan investor gis en rett til å konvertere kapitalinnskuddet (pkt. 4.13), og på denne måten ta del i verdioppstigningen i selskapet. Kombinert med slike rettigheter må det dermed antas at kapitalinnskuddet får likhetstrekk med egenkapital, og dermed at momentet vil kunne tillegges vekt i retning av egenkapital.

Videre er det grunn til å skille mellom de tilfellene der det på forhånd er avtalt at det ikke skal ytes vederlag for kreditten, og der lånet gjøres rentefritt etterhvert. I sistnevnte tilfelle kan manglende avkastning være en nødvendig forutsetning for å sikre tilbakebetaling av lånet.¹⁸² Rentefriheten vil dermed ikke tale mot klassifisering som gjeld, da den normalt vil være motivert av investors ønske om å sikre tilbakebetaling av hovedstolen.¹⁸³ Tvert imot må det antas at rentefriheten i slike tilfeller vil kunne underbygge at det foreligger en tilbakebetalingsplikt, og dermed trekke i retning av gjeld.

¹⁸² Matre (2012) s. 142

¹⁸³ Matre (2012) s. 142

4.12 Prioritet

4.12.1 Overordnet

Med prioritet siktes det til dekningsrekkefølgen på fordringer og øvrige kapitalinnskudd ved konkurs eller avvikling av selskapet.¹⁸⁴

Det følger forutsetningsvis av reglene i dekningsloven kapittel 9 og asl. § 16-9 at gjeld har prioritet foran egenkapital ved konkurs eller avvikling. At investor har vedtatt å stå tilbake for andre kreditorer ved konkurs eller avvikling, er dermed et egenkapitaltillignende trekk, som vanligvis trekker i retning av egenkapital, jf. HR-2017-350-A «Rauma Energi» avsnitt 64. Dersom det er avtalt etterprioritet, vil dekningsmulighetene til investor i større grad påvirkes av selskapets økonomiske utvikling, og investor eksponeres dermed for en risiko tilsvarende innskytere av egenkapital.¹⁸⁵

Dette synspunktet har også en side til selskapsretten. Et sentralt hensyn i selskapsretten er hensynet til å beskytte kreditorene, som blant annet kommer til uttrykk gjennom kravet til forsvarlig egenkapital etter asl. §§ 3-4 og 3-5. Der kreditor bevisst har stilt seg bakerst i rekken og gitt opp mye av sin kreditorbeskyttelse, kan imidlertid det stilles spørsmål ved om vedkommende også har gitt opp den beskyttelse det innebærer å omfattes av gjeldsbegrepet i egenkapitalvurderingen etter §§ 3-4 og 3-5.¹⁸⁶ Det kan dermed hevdes at heller ikke kreditorhensynet taler mot å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital der det er avtalt dårligere prioritet.

Motsetningsvis, vil det som utgangspunkt tale for klassifisering som gjeld, dersom det er avtalt bedre prioritet for kapitalinnskuddet. I slike tilfeller har investor bedre dekningsmuligheter enn øvrige kapitalinnskytere, og eksponeres dermed ikke for risiko tilsvarende egenkapitalinnskytere. Tilsvarende må gjelde der det ikke er avtalt noe om etterprioritet,¹⁸⁷ da investors dekningsmuligheter i så fall sammenfaller med øvrige kreditorer.¹⁸⁸

4.12.2 Den nærmere betydningen av etterprioritet – ansvarlig lån

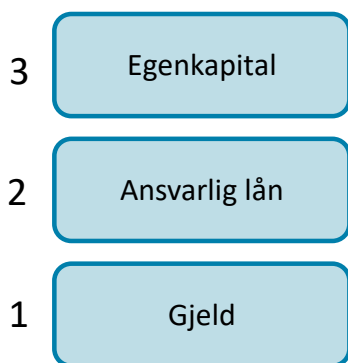
¹⁸⁴ Kvinge og Gran (2008) s. 62

¹⁸⁵ Matre (2012) s. 90

¹⁸⁶ Løvdal (2003) pkt. 2.6.3

¹⁸⁷ Matre (2012) s. 167

¹⁸⁸ Etter dekningsloven § 9-6 vil usikrede fordringer ha innbyrdes lik prioritet.



Figur 6.

Som illustrert i figur 6, kjennetegnes ansvarlig lånekapital ved at långiver står tilbake for øvrige kreditor.¹⁸⁹ Spørsmålet som drøftes videre er hvilken betydning det har for klassifikasjonsspørsmålet at det er gitt ansvarlig lån.

Som nevnt vil etterprioritet som utgangspunkt tale for å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital. Avtalt etterprioritet for kapitalinnskuddet berører imidlertid ikke selve tilbakebetalingsplikten, som er det sentrale kjennetegnet ved gjeld. Dette tilsier at momentet isolert sett vil ha begrenset betydning for klassifikasjonsspørsmålet.

Dette synspunktet underbygges av Høyesterett i «Rauma-Energi», der kommunen hadde gitt et evigvarende ansvarlig lån som skulle stå tilbake for andre kreditorer. I avsnitt 66 uttaler førstvoterende at:

«Etterprioriteringen og den svekkelsen av kreditors stilling som følger med å gi et ansvarlig lån, kan ikke i seg selv føre til at lånet anses som egenkapital. Imidlertid vil slike kapitalinnskudd stå mer utsatt til for å bli omklassifisert til egenkapital på annet grunnlag sammenlignet med lån uten slik etterprioritet, jf. Hugo Matre, Gjeld og renter, 1. utgave (2012) side 166.»¹⁹⁰

Uttalelsene indikerer at etterprioritet vil trekke i retning av egenkapital, men at forholdet alene ikke vil være tilstrekkelig for å omklassifisere gjeld til egenkapital. Til tross for disse uttalelsene, synes Høyesterett videre i avsnitt 67 å drøfte hvorvidt den avtalte etterprioriteten talte for gjeld, og ikke egenkapital. I dommen hadde skattyter (Rauma-Energi) anført at det måtte tale for gjeld at «kapitalen [hadde] prioritet foran egenkapitalen ved likvidasjon».¹⁹¹

¹⁸⁹ Kvinge og Gran (2008) s. 39

¹⁹⁰ HR-2017-350-A (65)

¹⁹¹ HR-2017-350-A (avsnitt 66)

Anførselen er i utgangspunkt i strid med Høyesterett sine tidligere uttalelser om at avtalt etterprioritet trekker i retning av egenkapital. Likevel avviste Høyesterett denne anførselen på bakgrunn av eierforholdet, herunder at den avtalte prioriteten var uten betydning for kommunens dekningsrett ettersom kommunen som eneeier i selskapet var kravshaver for både egenkapitalen og gjelden.¹⁹² En mulig tolkning er dermed at Høyesterett åpner for at prioritet foran egenkapital (men etter øvrige kreditorer) kan tale for gjeld, dersom eierforholdet var annerledes. En slik tolkning vil imidlertid være i strid med tidligere uttalelser om at avtalt etterprioritet trekker i retning av egenkapital, og kan dermed ikke tillegges særlig vekt.

Etter dette må det legges til grunn at etterprioritet i seg selv ikke vil føre til at kapitalinnskuddet klassifiseres som egenkapital, men at etterprioritet sammenholdt med øvrige momenter vil kunne få betydning for klassifiseringen.¹⁹³ Eksempelvis må det antas at evigvarende lån kombinert med avtalt etterprioritet lettere vil klassifiseres som egenkapital med mindre andre avgjørende moment taler mot, da manglende forfall forsterker kapitalinnskuddets egenkapitaltillignende trekk.¹⁹⁴

4.13 Konvertering

4.13.1 Overordnet

En konverteringsrett etter aksjelovens regler innebærer etter asl. § 11-1, 1. ledd at investor kan kreve utstedt aksjer mot at gjeldsinnskuddet benyttes til motregning (konvertible obligasjoner), eller ved at investor yter innskudd uavhengig av gjelden (warrants).¹⁹⁵

Ved konvertering av gjeldsinnskudd til egenkapital, vil kapitalinnskyter gå fra å være en kreditor til aksjonær. Fra dette tidspunktet må dermed kapitalinnskuddet klassifiseres som egenkapital i form av aksjekapital og eventuell overkurs. Spørsmålet blir dermed om konverteringsretten kan få betydning for klassifikasjonsspørsmålet, før en eventuell konvertering av gjeldsinnskuddet finner sted.

Dersom det er gitt et lån med konverteringsrett vil det typisk være fastsatt en tegningskurs på forhånd.¹⁹⁶ Dette innebærer at investor har en valgfri rett til å konvertere gjeldsinnskuddet til

¹⁹² HR-2017-350-A (avsnitt 66)

¹⁹³ Se også Matre (2012) s. 166 og Folkvord (2013) s. 89

¹⁹⁴ Se HR-2017-350-A der dette var tilfelle.

¹⁹⁵ Matre (2012) s. 152

¹⁹⁶ Se forutsetningsvis asl. § 11-2 tredje ledd nr. 7

aksjer i utstedelseselskapet til en på forhånd avtalt kurs, fremfor å få lånet tilbakebetalt ved forfall. På denne måten gis investor mulighet til å ta del i verdistigningen på aksjene, og den gevinsten som oppstår dersom kursen på innløsningstidspunktet er høyere enn tegningskursen. Slike rettigheter har likhetstrekk med de eierbeføyelser som kjennetegnes ved egenkapital, og trekker dermed i retning av egenkapital.

Disse betraktningene gjør seg ikke gjeldende dersom beløpet som ytes for aksjen ved konvertering, utgjør markedsverdi.¹⁹⁷ Ved konvertering til markedsverdi gis investor ikke mulighet til å ta del i verdistigningen på aksjen, og dermed oppbevares heller ingen eierbeføyelse som taler for klassifikasjon som egenkapital.¹⁹⁸

Investor står fritt til å benytte seg av konverteringsretten, og utsettes dermed ikke for samme risiko for tap som ordinære aksjonærer ved fall i aksjens verdi. Dette reduserer likheten med egenkapital, og tilsier at en konverteringsrett ikke kan tillegges betydelig vekt i retning av egenkapital.

Det som hittil er sagt gjelder de tilfeller der investor er gitt en konverteringsrett. Unntaksvis kan også selskapet gis en konverteringsrett.¹⁹⁹ Dette vil i så fall innebære at kapitalinnskuddet har likhetstrekk med egenkapital, ettersom selskapet selv bestemmer om kapitalinnskuddet skal tilbakebetales.²⁰⁰ Det foreligger dermed ingen ubetinget tilbakebetalingsplikt, og kapitalinnskuddet gis i likhet med egenkapital en permanent karakter.

4.13.2 Den nærmere betydningen av konverteringsrett for investor

En konverteringsrett påvirker som utgangspunkt ikke kapitalinnskuddets egenskaper før en eventuell konvertering finner sted. Frem til konvertering vil det fortsatt foreligge tilbakebetalingsplikt for gjeldsinnskuddet, og normalt løpe renter på lånet. Gjeldsinnskuddet kan heller ikke benyttes til å dekke løpende tap i driften før dette tidspunktet, og har dermed ikke tapsabsorberende evne. Dette tilsier at konverteringsretten isolert sett ikke kan tillegges betydelig vekt i retning av egenkapital ved klassifikasjonsspørsmålet.

Synspunktet har videre støtte i Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital». Om betydningen av konverteringsrett for investor uttaler førstvoterende at «[f]rem til konvertering foreligger det

¹⁹⁷ Matre (2012) s. 156

¹⁹⁹ Matre (2012) s. 157, Folkvord (2013) s. 94

²⁰⁰ Se blant annet SKNS1-2019-100 der sekretariatet la vekt på en konverteringsrett i retning av egenkapital.

ved slike [konvertible] obligasjoner (...) et ordinært gjeldsforhold.»²⁰¹ Uttalelsen tilsier at en konverteringsrett som utgangspunkt ikke får betydning for klassifiseringen, dersom det før konverteringstidspunktet foreligger et «ordinært gjeldsforhold».

Bruken av «ordinært gjeldsforhold» synes imidlertid å åpne for at momentet kan få betydning i tvilstilfeller, der det ikke foreligger et tradisjonelt gjeldsforhold. Dette underbygges ved at Høyesterett i den konkrete saken kom til at kapitalinnskuddet skulle klassifiseres som egenkapital. I dommen forelå det ingen ubetinget tilbakebetalingsplikt for kapitalinnskuddet, og dermed ikke et «ordinært gjeldsforhold».²⁰²

At momentet vil kunne få betydning i tvilstilfeller må sees i lys av det overordnede vurderingstemaet, og herunder om kapitalinnskuddet har mest likhetstrekk med egenkapital eller gjeld. Det må dermed antas at en konverteringsrett, sammenholdt med andre egenkapitalignede trekk som overskuddsbasert rente og tapsabsorberende evne, vil tale for å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital.

4.14 Organisatoriske rettigheter

4.14.1 Overordnet

Med organisatoriske rettigheter siktes det her til rettigheter som gir investor innflytelse i selskapet som møte-, tale-, forslags- og stemmerett.

Gjeld gir som alminnelig utgangspunkt ikke organisatoriske rettigheter.²⁰³ Mangelen på slike rettigheter vil dermed trekke i retning av et gjeldsforhold. Dette underbygges av «Rauma-Energi», der førstvoterende uttaler at «[d]ersom det ikke gis slike [organisatoriske] rettigheter etter avtalen, kan det tilsi at det er et låneforhold».²⁰⁴

Motsatt, vil en investor som har skutt inn egenkapital i form av aksjekapital, normalt sett ha organisatoriske rettigheter i selskapet i tillegg til sine økonomiske rettigheter.²⁰⁵ Eksempelvis vil investor typisk ha rettigheter til å stemme og møte på generalforsamling,²⁰⁶ og rett til å

²⁰¹ Rt. 2001 s. 851 s. 866

²⁰² Rt. 2001 s. 851 s. 866

²⁰³ Skaar mfl.s. 479

²⁰⁴ HR-2017-350-A (68)

²⁰⁵ Aksjeloven § 4-1 og Skaar mfl.s. 478

²⁰⁶ Aksjeloven § 5-2 og § 5-3

motta opplysninger om selskapet.²⁰⁷ Dette må sees i sammenheng med at egenkapitalinnskudd ofte innebærer en større risiko enn gjeld, slik at investor typisk vil betinge seg slike rettigheter. At investor er gitt innflytelse gjennom slike organisatoriske rettigheter, vil dermed tale for å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital.²⁰⁸

4.14.2 Nærmere om betydningen av organisatoriske rettigheter

Ved den nærmere vektleggingen av momentet synes Høyesterett å skille mellom de tilfeller der organisatoriske rettigheter kan utledes av aksjeloven, og der rettighetene følger av avtalen mellom partene. Aksjer vil normalt sett utgjøre egenkapital.²⁰⁹ Organisatoriske rettigheter som knytter seg til aksjer, og kan utledes av aksjeloven, taler dermed sterkt for å klassifisere kapitalinnskuddet som egenkapital.²¹⁰

Klassifikasjonsspørsmålet oppstår imidlertid ofte ved ulovfestede egenkapitalinnskudd som ikke er knyttet til aksjer. Etersom det ikke er adgang til å skille organisatoriske rettigheter fra aksjen,²¹¹ må organisatoriske rettigheter i slike tilfeller følge av avtalen mellom partene. Spørsmålet blir dermed hvilken betydning det har for klassifikasjonsspørsmålet, at organisatoriske rettighetene følger av avtalen mellom partene.

I Rt. 2001 s. 851 «Preferansekapital» var investor gjennom avtalene gitt en viss innflytelse over selskapet, blant annet ved at investor skulle varsles om vesentlige endringer i eierforholdet og emisjon, og at en representant for fondet skulle ha adgang til generalforsamling og representantskapsmøte som observatør.²¹² I den forbindelse uttalte førstvoterende at «også en kreditor vil betinge seg kontroll ved risikoutsatte plasseringer», og dermed at slike bestemmelser ikke «kan tillegges vekt i den ene eller annen retning».²¹³

Uttalelsene i dommen tilsier at avtalefestede organisatoriske rettigheter i liten grad kan tillegges vekt ved klassifikasjonsspørsmålet, ettersom både kreditor og innskyter av egenkapital normalt vil ønske å sikre seg mot disponeringer i selskapet som kan skade kapitalinteressen.²¹⁴

²⁰⁷ Aksjeloven § 5-15

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) kap. 13.3

²⁰⁹ Matre (2012) s. 170

²¹⁰ Matre (2012) s. 169

²¹¹ Aarbakke (1991) s. 66

²¹² Rt. 2001 s. 851 (s. 867)

²¹³ Rt. 2001 s. 851 (s. 867)

²¹⁴ Matre (2012) s. 169

Sett i lys av det overordnede vurderingstemaet om hvorvidt kapitalinnskuddet har mest likhetstrekk med egenkapital eller gjeld, må det imidlertid antas at momentet vil kunne tillegges en viss vekt i helhetsvurderingen. I desto større grad investor er gitt innflytelse i selskapet gjennom slike rettigheter, i desto større grad vil det trekke i retning av egenkapital.

Dersom investor allerede har full kontroll- og styringsrett i selskapet, er det imidlertid uten betydning om investor er gitt innflytelse i selskapet gjennom kapitalinnskuddet. Dette var tilfelle i «Rauma-Energi», der kommunen i kraft av sin eierposisjon allerede hadde innflytelse over selskapet.²¹⁵ I slike tilfeller vil ikke organisatoriske rettigheter tilknyttet kapitalinnskuddet ha noen reell betydning, og tillegges dermed ikke vekt i retning av gjeld ved klassifikasjonsspørsmålet.

Konklusjonen blir dermed at avtalefestede organisatoriske rettigheter kan tillegges en viss vekt ved klassifikasjonsspørsmålet, avhengig av hvor stor innflytelse investor er gitt gjennom rettighetene.

4.14.3 Preferanseaksjer

Det vil som nevnt trekke i retning av egenkapital dersom de organisatoriske rettigheter er knyttet til aksjer og kan utledes av aksjeloven. I lys av vedtektsfriheten kan imidlertid partene også utstede aksjer hvor de organisatoriske rettighetene er begrenset.²¹⁶ Preferanseaksjer kjennetegnes eksempelvis ved at de organisatoriske rettighetene i stor grad er fjernet, eksempelvis ved at aksjene ikke har stemmerett.²¹⁷ Kapitalinnskudd i form av preferanseaksjer benyttes typisk der selskapet har behov for mer egenkapital, uten at dette påvirker styringen av selskapet. Spørsmålet i det følgende blir om slike kapitalinnskudd likevel vil kunne klassifiseres som gjeld.

Som utgangspunkt vil manglende organisatoriske rettigheter for preferanseaksjen være et forhold som trekker i retning av gjeld. I hvor stor grad forholdet trekker i retning av gjeld beror, beror på omfanget av de aksjonærbeføyelser som er fjernet. Til tross for at preferanseaksjer ikke har stemmerett, vil de som følge av den preseptoriske regelen i aksjeloven § 5-3 (2) likevel inneha visse organisatoriske rettigheter, noe som reduserer likheten med gjeldsinnskudd.

²¹⁵ HR-2017-350-A (69), Rt. 2010 s. 790

²¹⁶ Aksjeloven § 4-1 og Matre (2012) s. 170

²¹⁷ Matre (2012) s. 90

Preferanseaksjer kjennetegnes ved at de ofte har en innløsningsrett,²¹⁸ og rett til å motta en fast avkastning, som går foran utbytte på ordinære aksjer.²¹⁹ Dette vil i utgangspunktet trekke i retning av å klassifisere preferanseaksjene som gjeld. Aksjeloven oppstiller imidlertid visse begrensninger i adgangen til å foreta utdelinger fra selskapet, noe som reduserer likheten med gjeld.

Videre vil eier av preferanseaksjen typisk ha fortrinnsrett i konkurs fremfor øvrige aksjonærer.²²⁰ At det er avtalt bedre prioritet er som nevnt under pkt. 4.12 et gjeldslignende trekk, og trekker dermed ytterligere i retning av gjeld.

Spørsmålet om hvorvidt preferanseaksjer skulle anses som gjeld eller egenkapital var oppe i «Petro-Canada». I saken kom tingretten til preferanseaksjene måtte klassifiseres som gjeld, og la blant annet vekt på at innehaverne av preferanseaksjene kun hadde begrensede organisatoriske rettigheter for det tilfelle at det skulle treffes vedtak som forringet denne aksjeklassens rettigheter. Videre hadde preferanseaksjene andre gjeldslignende trekk i form av fast avkastning, innløsningsrett og manglende tapsabsorberende evne.

Dommen illustrerer at preferanseaksjer etter omstendighetene kan klassifiseres som gjeld. Som nevnt under pkt. 4.7, kan likevel resultatet i dommen problematiseres ettersom det var gitt nærmere betingelser for innløsning preferanseaksjene og dermed tilbakebetaling av kapitalinnskuddet. Videre er dommen avsagt av tingretten, og har dermed begrenset rettskildemessig vekt.

Konklusjonen blir etter dette at preferanseaksjer etter omstendighetene vil kunne klassifiseres som gjeld, dersom en samlet vurderingen av rettighetene som tillegges aksjen har mest gjeldslignende trekk.

5 Helhetsvurdering

Hybride finansielle instrumenter gir på grunnlag av avtalefriheten mulighet for skreddersøm av fleksible finansieringsformer i skjæringsflaten mellom gjeld og egenkapital. Individuelle tilpasninger reiser ofte tvil om den nærmere grensedragningen mellom gjeld og egenkapital

²¹⁸ Matre (2012) s. 90

²¹⁹ Prop. 34 S (2013-2014)

²²⁰ Matre (2012) s. 171

etter rentefradragsregelen i § 6-40 (1). Muligheten for skatteplanlegging er størst ved internasjonal skattearbitrasje, men kan også være aktuell i nasjonal sammenheng.²²¹

Ettersom det i hvert enkelt tilfelle må foretas en helhetsvurdering av kapitalinnskuddets samlede egenskaper, er det vanskelig å utlede noen generelle retningslinjer for vektning av ulike egenskaper eller hvilke klassifikasjonskriterier som vil være avgjørende for klassifikasjonsspørsmålet i en samlet vurdering. I det følgende vil det likevel gis noen generelle bemerkninger om den konkrete helhetsvurdering, på bakgrunn av gjennomgangen i kapittel 4.

Som nevnt under pkt. 4.4, er tilbakebetalingsplikten det mest sentrale kjennetegnet ved gjeld, og danner utgangspunktet for grensedragningen mellom gjeld og egenkapital. Momenter som sier noe om hvorvidt det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, må dermed tillegges stor vekt ved klassifikasjonsspørsmålet. Sentralt i denne sammenheng er om manglende tilbakebetaling utløser misligholdsbeføyelser,²²² og om det er fastsatt forfallstidspunkt for kapitalinnskuddet.²²³ Mangelen på slike forhold tilsier at det ikke foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, og trekker dermed sterkt i retning av egenkapital.

Tilbakebetalingsplikten må videre være ubetinget for at kapitalinnskuddet skal klassifiseres som gjeld.²²⁴ Dersom det er fastsatt nærmere betingelser for tilbakebetalingsplikten,²²⁵ eller forpliktelsen kan nedjusteres eller bortfalle som følge av kapitalinnskuddets tapsabsorberende evne,²²⁶ foreligger det ikke en ubetinget tilbakebetalingsplikt. I begge tilfeller vil tilbakebetaling av kapitalinnskuddet avhenge av selskapets økonomiske utvikling, noe som bringer kapitalinnskuddet over i en egenkapitallignende situasjon. I hvor stor grad momentene skal vektlegges, beror på det nærmere innholdet i betingelsene som er gitt for tilbakebetaling, og graden av tapsabsorberende evne. I desto større grad momentene berører realiteten i tilbakebetalingsplikten, i desto større grad vil momentene trekke i retning av egenkapital.

Tilbakebetalingsplikten er imidlertid ikke et nødvendig eller tilstrekkelig vilkår for at kapitalinnskuddet skal klassifiseres som gjeld.²²⁷ En helhetsvurdering av kapitalinnskuddets

²²¹ Meld. St. 4 (2015-2016) punkt 4.5.2.

²²² Pkt. 4.5

²²³ Pkt. 4.10

²²⁴ Pkt. 4.4

²²⁵ Pkt. 4.7

²²⁶ Pkt. 4.9

²²⁷ Se pkt. 3.1 om at tilbakebetalingsplikten ikke kan anses som det overordnede vurderingstema og Matre (2012) s. 179

samlede egenskaper, kan medføre at også evigvarende og svært langvarige lån kan klassifiseres som gjeld.²²⁸

Videre vil retten til avkastning²²⁹ på kapitalinnskuddet være et sentralt moment i grensedragningen mellom gjeld og egenkapital. Som utgangspunkt kan både fast og overskuddsbasert avkastning fastsettes for gjeld og egenkapital, noe som begrenser betydningen av momentet. Dersom investor har fraskrevet seg retten til tilbakebetaling og heller ikke har rett på fast avkastning, vil imidlertid momentet måtte tillegges betydelig vekt i retning av egenkapital. Motsatt, vil en rett på fast avkastning tilsi at det ytes et vederlag for en kredittytelse, og dermed kunne veie opp for manglende tilbakebetalingsplikt.

Også forholdene på avviklingstidspunktet, herunder hvilken prioritet kapitalinnskuddet er gitt, kan ha betydning for grensedragningen.²³⁰ Avtalt etterprioritet vil som nevnt trekke i retning av egenkapital, men er likevel ikke uforenlig med gjeldsforhold. Har derimot investor i tillegg fraskrevet seg retten til tilbakebetaling, vil momentet underbygge kapitalinnskuddets permanente karakter, og trekke sterkt i retning av egenkapital.

Andre momenter som konverteringsrett,²³¹ og organisatoriske rettigheter²³² vil kunne få betydning i tvilstilfeller, men vil isolert sett ikke være avgjørende for grensedragningen. Konverteringsrett får som alminnelig regel først virkning når den utøves. Videre vil organisatoriske rettigheter i selskapet kun ha indirekte betydning for om tilbakebetaling vil skje.

Problematikken med hybridkapital oppstår ofte der partene er i et interessefellesskap, da det typisk er i slike tilfeller partene kan dra nytte av de skattemessige posisjonene hybridkapital åpner for.²³³ Som nevnt i pkt. 4.6, skal vurderingen av kapitalinnskuddet prinsipielt finne sted uavhengig av interessefellesskapet. Likevel vil interessefellesskapet kunne medføre at momenter som tapsabsorberende evne, prioritet, og organisatoriske rettigheter får mindre betydning ved grensedragningen.

²²⁸ Pkt. 4.10.3

²²⁹ Pkt. 4.11

²³⁰ Pkt. 4.12

²³¹ Pkt. 4.13

²³² Pkt. 4.14

²³³ Pkt. 1.2

Som gjennomgangen viser, beror klassifikasjonen på en helhetsvurdering der vekten av ulike momenter vil avhenge av eksistensen av og innholdet i andre momenter. Regelverket krever dermed utstrakt bruk av skjønn. Motsatsen til et slikt regelverk ville vært mindre skjønnsmessige regler med faste klassifikasjonskriterier. En mer fast og rigid regulering ville gitt større forutberegnelighet, men ville også vært enklere å omgå. Fleksible finansieringsformer gir selskapene mulighet for å ta hensyn til den individuelle finansielle situasjon, refinansierings- og finansieringsbehov. Det kan slå uheldig ut om lovgivningen inneholder skattekilder som hindrer en naturlig bedrifts- og samfunnsøkonomisk finansiell utvikling. For å motvirke skadelig utnyttelse av de skattemessige posisjonene hybridkapital åpner for i relasjon til sktl. § 6-40 (1), fremstår det dermed som hensiktsmessig med et fleksibelt system med en skjønnsmessig helhetsvurdering som tar sikte på å fastlegge om kapitalinnskuddet reelt fremstår som gjeld eller egenkapital.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. Mai 1814
1939	Lov 17. februar 1939, nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova)
1984	Lov 08. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven)
1984	Lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
1911	Skatteov for byene 18. august 1911 nr. 9
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v (regnskapsloven)
1999	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
2015	Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finankonsern (finansforetakseloven)

Forskrifter

1990	Forskrift 01. juni 1990 nr. 435 om beregning av ansvarlig kapital for banker, kreditt- foretak, finansieringsforetak, pensjonsforetak, oppgjørssentraler og verdipapirforetak
------	---

Forarbeider

Meld.St. 4 (2015-2016)	<i>Bedre skatt: En skattereform for omstilling og vekst.</i>
NOU 2003: 9	<i>Skatteutvalget Forslag til endringer i skattesystemet</i>
Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)	<i>Ny skattelov.</i>
Ot.prp. nr. 1 (2001-2002)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2002 – lovendringer.</i>
Prop. 34 S (2013-2014)	<i>SAS AB- innhenting av hybridkapital.</i>
Prop. 1 LS (2013-2014)	<i>Skatter, avgifter og toll 2014</i>
Prop. 1 LS (2020-2021)	<i>Statsbudsjettet 2021 (Skatter, avgifter og toll).</i>

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1926 s. 519	«Hypotek- og Realkreditbank»
Rt. 1975 s. 944	«Harper»
Rt. 1982 s. 296	«Safe-Drilling».
Rt. 1985 s. 682	«Molle»
Rt. 1990 s. 1293	«Ytterbøe»
Rt. 1994 s. 1064	«Bye»
Rt. 1998 s. 383	«Vrybloed»
Rt. 2001 s. 851	«Preferansekapital»
Rt. 2005 s. 1434	«Total»
Rt. 2007 s. 302	«Kværner Oil and Gas AS»
Rt. 2009 s. 813	«Gaard/Tveit»
Rt. 2010 s. 790	«Telecomputing»
Rt. 2015 s. 1260	«Herkules»
HR-2017-2248-A	«Ai lease»
HR-2017-350-A	«Rauma-Energi»

Underrettspraksis

Utv. 2004 s. 36	«Petro-Canada»
-----------------	----------------

Administrativ praksis/ Skatteklagenemda

SKNS1-2018-100

SKNS1-2019-100

SKNS1-2020-8

Administrative uttalelser

Finansdepartementet	Utv. 1997 s. 895, uttalelse, skattemessig behandling av rentefrie lån yttet til datterselskap
Skattedirektoratet	USKD-2016-48, uttalelse, det skatterettslige rentebegrepet
Skattedirektoratet	BFU-2011-10, bindende forhåndsuttalelse, klassifisering av kapitalytelse som lån eller egenkapital
Skatteetaten	Skatte-ABC 2020

Litteratur

Arbeidsgruppe nedsatt av Nærings- og fiskeridepartementet (2016)	Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Nærings- og Fiskeridepartementet, <i>Likere konkurransevilkår for offentlige og private aktører</i> , juni 2016, https://www.regjeringen.no/contentassets/0c36c9f9c1ca4ecebecc7142b2420511/rapprt-like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer.pdf
Andenæs m.fl. (2016)	Andenæs, Mads Henry, Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, <i>Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper</i> , 3. utg., Calax AS, 2016
Bergsåker (2015)	Bergsåker, Trygve, <i>Pengekravsrett</i> , 3. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.
Folkvord (2013)	Folkvord, Benn, <i>Utbytte. Lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene</i> , 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2013.
Folkvord (2020)	Folkvord, Benn, <i>Utbytte. Skatterett i et nøtteskall</i> , 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2020.

- Gjems-Onstad mfl. (2018) Gjems-Onstad, Ole, Benn Folkvord, Eivind Furuseth og Sanaz Ormaz Ferdowsi, *Norsk bedriftsskatterett*, 10. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2018.
- Gjertsen (2014) Gjertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2013.
- Hov (2002) Jo, Hov, *Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II*, 2002
- Matre (2012) Matre, Hugo P., *Gjeld og renter – fradragsrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper*, 1.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2012.
- Naas (2017) Naas, Henning, Ståle R. Kristiansen, Finn Backer-Grøndahl, Hanne Skaarberg Holen og Marius Holm Rynning, *Norsk internasjonal skatterett*, 2. utg., Universitetsforlaget, 2017.
- Skaar mfl. (2006) Skaar, Arvid, Mariann Andersen, Bettina Banoun, Andreas Bullen m.fl. *Norsk skatteavtalerett*, 1.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2006.
- Skatte-ABC (2020) Skattedirektoratet, *Skatte-ABC 2019/2020 (elektronisk versjon)*, 2020.
- Zimmer (2018) Zimmer, Frederik, *Lærebok I Skatterett*, 8. utg., Universitetsforlaget, 2018.
- Zimmer (2020) Zimmer, Frederik, *Skatteparadis*, 1. utg., Universitetsforlaget, 2020.
- Zimmer og BAHR (2019) Zimmer, Frederik i samarbeid med Advokatfirmaet BAHR, *Bedrift, selskap og skat: skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*, 7. utgv., Universitetsforlaget, 2019.

- Aarbakke mfl. (2017) Aarbakke, Magnus mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven: lovkommentar*, 4. utg., Universitetsforlaget 2017.
- Aarbakke og Brudvik (2009) Aarbakke, Magnud og Arthur J. Brudvik, *Skatt på formue*, 4. utg., Universitetsforlaget 2009.

Artikler

- Kvinge og Gran (2008) Kvinge, Lars Stakston og Jørgen G. Gran, Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom egenkapital og gjeld, *Skatterett* 2008, s. 30
- Løvdal (2003) Løvdal, Elin Mack. «Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2003, nr. 4, s. 472-568
- Rosenbloom (2004) H. David Rosenbloom, «Banes of an Income Tax: Legal Fictions, Elections, Hypothetical Determinations, Related Party Debt», *Skatterett* 2004, s. 75
- Schwencke (2003) Schwencke, Hans Robert, Grensen mellom egenkapital og gjeld i norsk regnskapsrett. Behov for klargjøring av regnskapsreglene?, *Nordisk tidsskrift for selskapsrett* 2003, s. 41
- Zimmer (2010) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», *Skatterett* 2010/4, s. 308-355
- Zimmer (2011) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2010», *Skatterett* 2011/4, s. 301-332
- Zimmer (2018) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», *Skatterett* 2018/1-2, s. 160-205

Aarbakke (1982) Aarbakke, Magnus, Grensen mellom egenkapital og fremmedkapital etter regnskapslovgivningen, *Revisjon og regnskap* 1982, s.99

Aarbakke (1991) Aarbakke, Magnus, Hvem har aksjonrettighetene? – særlig om splitting og eierskifter, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1991, s. 59

Figurer

Figur 1. Selvkomponert

Figur 2. Selvkomponert

Figur 3. Selvkomponert

Figur 4. Selvkomponert

Figur 5. Selvkomponert

Figur 6. Selvkomponert