



NORGES HØYESTERETT

Den 20. desember 2018 avsa Høyesterett bestående av dommerne Indreberg, Normann, Bergsjø, Falch og Bergh dom i

HR-2018-2433-A, (sak nr. 18-082393SIV-HRET), sivil sak, anke over dom:

Yara International ASA

(advokat Kaare Andreas Shetelig)

mot

Staten v/Sentralskattekontoret for
storbedrifter

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Nils Sture Nilsson)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder gyldigheten av Skatteklagenemndas vedtak om ligningen av Yara International ASA for inntektsåret 2010. Den reiser spørsmål om det er hjemmel for å skattlegge et termineringsgebyr som ble utbetalt til selskapet, etter at et avtalt oppkjøp ikke ble gjennomført.
- (2) Yara International ASA – heretter stort sett benevnt Yara – er morselskapet i et konsern som på verdensbasis er en betydelig aktør innen produksjon og salg av gjødselprodukter. Selskapet inngikk i 2010 en avtale med det amerikanske gjødselselskapet Terra Industries Inc. – heretter Terra – om oppkjøp av samtlige aksjer i Terra for om lag 24,5 milliarder kroner. Fra Yaras side var oppkjøpsavtalen industrielt motivert, og formålet var å styrke konsernet i det amerikanske markedet.
- (3) Avtalen måtte godkjennes av Terras aksjonærer før oppkjøpet kunne gjennomføres. Yaras kjøp var planlagt finansiert ved en egenkapitalemisjon, hvor blant annet den norske stat skulle skyte inn rundt 5 milliarder kroner. Staten eide 42 prosent av aksjene i Yara. Emisjonen måtte godkjennes av aksjonærene i selskapet.

- (4) I avtalen var det inntatt bestemmelser om et gjensidig termineringsgebyr. Gebyret var fastsatt til USD 123 millioner, noe som da tilsvarte om lag 717 millioner kroner. Yara hadde rett til å få utbetalt termineringsgebyret hvis Terras aksjonærer på grunn av et høyere bud valgte ikke å selge til Yara, mens Yara måtte betale gebyret hvis aksjonærene ikke godkjente finansieringen.
- (5) Det kom inn et høyere bud på aksjene i Terra, og selskapets aksjonærer avsto tilbudet fra Yara. Termineringsgebyret på 717 millioner kroner ble som følge av dette utbetalt til Yara. Yara brukte til sammen 51 millioner kroner av termineringsgebyret til dekning av sine kostnader ved oppkjøpsforsøket. I selvangivelsen for 2010 gjorde selskapet gjeldende at det ikke var hjemmel for å beskatte det overskytende beløpet på 666 millioner kroner. Selskapet baserte sitt syn på at både inntekter og påløpte kostnader var direkte knyttet til en investering som ville falle inn under fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38. Når jeg i fortsettelsen omtaler termineringsgebyret, er det nettobeløpet på 666 millioner kroner jeg har i tankene.
- (6) Sentralskattekontoret for storbedrifter sendte i august 2011 varsel om fravik fra selvangivelsen for 2010. I vedtak 20. september 2011 la sentralskattekontoret til grunn at termineringsgebyret var skattepliktig som fordel vunnet ved virksomhet, jf. skatteloven § 5-1 første ledd. Videre bygget vedtaket på at inntekten ikke var omfattet av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38.
- (7) Etter klage fra Yara fastholdt Sentralskattekontoret for storbedrifter ligningen i vedtak 28. oktober 2013. Begrunnelsen var imidlertid en annen enn i det opprinnelige vedtaket, idet sentralskattekontoret nå bygget på at termineringsgebyret var skattepliktig som gevinst ved realisasjon av formuesobjekt utenfor virksomhet, jf. skatteloven § 5-1 andre ledd. Sentralskattekontoret mente fortsatt at inntekten ikke var fritatt for skatteplikt etter § 2-38.
- (8) Yara klaget til Skatteklagenemnda, som fattet vedtak 29. oktober 2015. Nemnda la til grunn at termineringsgebyret kunne anses som en erstatning for tapte fremtidige inntekter. Ut fra anvendelse av et surrogatprinsipp måtte det etter nemndas syn da være skattepliktig som en realisasjonsgevinst, jf. skatteloven § 5-1 andre ledd. Samtidig kom nemnda til at den faktiske situasjonen måtte være avgjørende ved anvendelsen av fritaksregelen i § 2-38, og at bestemmelsen dermed ikke ga hjemmel for fritak. Ligningen ble på dette grunnlaget fastholdt.
- (9) Ved stevning 5. april 2016 brakte Yara nemndas vedtak inn for Oslo tingrett til overprøving. Tingretten avsa 17. oktober 2016 dom med slik domsslutning:
- "1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.**
- 2. Partene bærer sine egne sakskostnader."**
- (10) Tingretten bygget på samme rettsoppfatning som Skatteklagenemnda. I dommen la tingretten til grunn at termineringsgebyret var en erstatning for aksjeinntekt. Ut fra anvendelse av et surrogatprinsipp måtte det da bedømmes som en skattepliktig gevinst ved realisasjon, jf. skatteloven § 5-1 andre ledd. Tingretten kom til at vilkårene ikke var oppfylt for å unnta termineringsgebyret fra beskatning etter skatteloven § 2-38 tredje ledd.

- (11) Yara anket til Borgarting lagmannsrett, som 12. mars 2018 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Partene bærer sine egne sakskostnader."**
- (12) Dommen ble avsagt under dissens. Flertallet fant på samme måte som tingretten at det var hjemmel for å beskatte termineringsgebyret etter et surrogatsynspunkt anvendt på skatteloven § 5-1 andre ledd om gevinst ved realisasjon. Også i vurderingen av fritaksregelen i § 2-38 var flertallet enig med tingretten. Mindretallet kom til at det ikke var rettskildemessig dekning for at det gjelder et surrogatprinsipp som omfatter skatteloven § 5-1 andre ledd. Hvis først et surrogatsynspunkt skulle anvendes, måtte dette etter mindretallets syn gjennomføres konsekvent, slik at inntekten ble fritatt fra beskatning etter § 2-38.
- (13) Yara har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen. I sitt tilsvaer gjorde staten som ny prinsippal anførsel gjeldende at termineringsgebyret er skattepliktig som fordel vunnet ved virksomhet, jf. skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-30. Subsidiært anførte staten at termineringsgebyret er et surrogat for skattepliktig aksjeinntekt og dermed skattepliktig etter kapitalregelen i skatteloven § 5-1 første ledd eller gevinstregelen i andre ledd. Høyesteretts ankeutvalg traff 29. juni 2018 beslutning med slik slutning:
- "Anken fremmes til behandling i Høyesterett.**
- I medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd begrenses forhandlingene for Høyesterett slik at det foreløpig ikke forhandles om termineringsgebyret er skattepliktig som fordel vunnet ved virksomhet etter skatteloven § 5-30."**
- (14) I prosesskriv 27. september 2018 frafalt staten det subsidiære grunnlaget i anketilsvaret om at termineringsgebyret er skattepliktig etter et surrogatsynspunkt anvendt på kapitalregelen eller gevinstregelen i skatteloven § 5-1. Som følge av dette fant Høyesteretts ankeutvalg å måtte omgjøre henvisningsbeslutningen 29. juni 2018 for så vidt gjaldt begrensningen om at det ikke skulle forhandles om termineringsgebyret er skattepliktig som fordel vunnet ved virksomhet. I utvalgets nye henvisningsbeslutning 16. oktober 2018 ble anken fremmet til behandling i sin helhet. Forberedende dommer presiserte i et saksforberedende møte 7. november 2018 at partene fortsatt skulle prosedere spørsmålet om skatteplikt basert på et surrogatprinsipp anvendt på kapitalregelen eller gevinstregelen i skatteloven § 5-1 første ledd.
- (15) Ankende part – *Yara International ASA* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) Vurderingen av skatteplikt må ta utgangspunkt i at termineringsgebyret er en erstatning for tapt fremtidig aksjeinntekt fra den planlagte investeringen i Terra. Legalitetsprinsippet gjelder i skatteretten, og hensynet til forutsigbarhet for skattyterne setter grenser ved vurderingen av hjemmelsspørsmålet. Skatteloven gir ikke hjemmel for å beskatte gebyret.
- (17) Yara ervervet ikke aksjer i Terra og kan da ikke ha realisert dem. Skatteloven § 5-1 andre ledd om gevinst ved realisasjon gir dermed ikke hjemmel for beskatning. Fordi termineringsgebyret ikke er vunnet ved kapital, er det heller ikke skattepliktig etter kapitalregelen i § 5-1 første ledd. Det bestrides at et ulovfestet surrogatprinsipp kan begrunne skatteplikt etter disse bestemmelsene. Hvis skatteplikt i utgangspunktet likevel

skulle baseres på et surrogatsynspunkt, må dette anvendes også ved vurderingen av fritaksregelen i skatteloven § 2-38. Skattefrihet følger da av bestemmelsens tredje ledd bokstav b eller d.

- (18) Heller ikke virksomhetsregelen i § 5-1 første ledd jf. § 5-30 kan begrunne skatteplikt for termineringsgebyret. Riktignok bestrides ikke at Yara generelt driver virksomhet, men selskapets kjøp og salg av aksjer har ikke et omfang som oppfyller virksomhetskravet. Termineringsgebyret er under enhver omstendighet ikke vunnet ved virksomheten, idet det ikke har en så særlig og nær tilknytning som kreves. Ut fra et surrogatprinsipp er gebyret uansett skattefritt etter § 2-38.
- (19) Yara International ASA har lagt ned slik påstand:
- "1. Skatteklagenemndas vedtak 29. oktober 2015 vedrørende ligningen for 2010 for Yara International ASA oppheves. Ved ny ligning anses mottatt termineringsgebyr som skattefri inntekt.**
 - 2. Yara International ASA tilkjennes sakskostnader for alle instanser."**
- (20) Ankemotparten – *staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (21) Beskatning av termineringsgebyret som gevinst ved realisasjon av formuesgode etter § 5-1 andre ledd krever en betydelig utvidende tolkning. Det er et spinkelt rettskildemessig grunnlag for en slik forståelse, og surrogatprinsippet rekker ikke så langt at gebyret kan beskattes etter bestemmelsen. Staten har derfor frafalt den rettslige begrunnelsen som Skatteklagenemndas vedtak og underinstansenes dommer bygger på. Domstolene kan imidlertid opprettholde vedtaket på et annet rettslig grunnlag, så lenge den samme privatrettslige disposisjonen behandles. Fordi termineringsgebyret er skattepliktig etter virksomhetsregelen i skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-30, er vedtaket gyldig.
- (22) Yara driver som konsernspiss virksomhet blant annet i form av forretningsutvikling. Termineringsgebyret er videre foranlediget av denne virksomheten, og det tilknytningskravet som ligger i uttrykket "vunnet ved", er dermed oppfylt. Skatteloven § 2-38 andre ledd angir uttømmende hvilke inntekter og tap som omfattes av fritaksmetoden. Det utbetalte gebyret faller utenfor. Vilkårene i § 2-38 tredje ledd bokstav b og d er under enhver omstendighet ikke oppfylt. Surrogatprinsippet kan ikke begrunne skattefrihet etter bestemmelsen, og inntekten er dermed skattepliktig.
- (23) Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (24) *Mitt syn på saken*
- (25) Saken gjelder som nevnt spørsmålet om skatteplikt for et termineringsgebyr. Gebyret ble utbetalt til Yara etter at et avtalt oppkjøp av Terra ikke ble gjennomført. Før jeg går nærmere inn på spørsmålet om skatteplikt, finner jeg det naturlig å knytte noen

kommentarer til egenskapene til og formålet med klausuler om termineringsgebyr, og mer konkret til det gebyret som er utbetalt i dette tilfellet.

(26) *Kort om termineringsgebyret*

(27) Skatteklagenemnda har i sitt vedtak gitt en redegjørelse for klausuler om termineringsgebyr – også kalt "break-up fees" eller "break fees". Redegjørelsen er basert på Dramstad, "M&A Break fee-klausuler i et norsk perspektiv", Tidsskrift for Forretningsjus nr. 3 2011 side 155 flg. Nemnda uttaler blant annet at klausulene skal tiltrekke bud på selskapet, bidra til risikoplassering, innebære avtalebeskyttelse og fungere som en "låsemekanisme" og en avtalt misligholdsbeføyelse. Dette utdypes slik:

"I følge Dramstad ivaretar 'break fee-klausulen' blant annet budgivers finansielle sikkerhet. Den sikrer budgiver kompensasjon for kostnader i forbindelse med forberedelsen av budet dersom transaksjonen ikke gjennomføres. Det vil da være mer attraktivt å ta initiativ til overtakelse. Videre legger klausulen ansvar for brudd i selskapsovertakelsen på målselskapet. En høy 'break-up fee' kan også virke avskrekkende på interesserte konkurrerende kjøpere, og legger press på målselskapets styre og aksjonærer til faktisk å gjennomføre transaksjonen. Klausulen regulerer dessuten misligholdsvirkningene for brudd på avtalen mellom målselskapet og budgiver, og angir enkelt sagt hvem som skal betale hva til hvem i hvilke situasjoner. Den representerer en forhåndsavtalt kontraktsbruddssanksjon, der både erstatningssummen og hvilke begivenheter som skal være erstatningsbetingende er klarert mellom partene."

(28) I saken her har Skatteklagenemnda lagt til grunn at termineringsgebyret var en erstatning for tapte fremtidige aksjeinntekter. Tingretten har på samme måte bygget på at gebyret har erstattet inntekter av de aksjene Yara ikke fikk kjøpt. Lagmannsretten har trukket frem også andre sider av termineringsgebyrene i sine innledende betraktninger, men har bygget på samme utgangspunkt som Skatteklagenemnda og tingretten i de konkrete vurderingene.

(29) På bakgrunn av Skatteklagenemndas generelle redegjørelse for funksjonen til og formålet med klausuler om termineringsgebyr, kan det fremstå som noe unyansert å se gebyret utelukkende som en erstatning for bortfalte fremtidsinntekter. Dette har imidlertid vært partenes syn både under ligningsbehandlingen og for domstolene. Statens prosessfullmektig har i skranken i Høyesterett bekreftet at dette ikke bestrides. Også jeg bygger derfor i min videre drøftelse på at termineringsgebyret er å anse som en erstatning for aksjeinntekter som falt bort ved at Yara ikke fikk kjøpe aksjene i Terra. Slik jeg ser på saken, får dette imidlertid ikke betydning for resultatet.

(30) *Er termineringsgebyret skattepliktig som virksomhetsinntekt, jf. skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-30?*

(31) Skatteklagenemnda har som nevnt bygget vedtaket på at termineringsgebyret er skattepliktig som gevinst ved realisasjon av formuesobjekt, jf. skatteloven § 5-1 andre ledd. I vurderingen har nemnda lagt til grunn at et ulovfestet surrogatprinsipp kan gis anvendelse. For Høyesterett har staten frafalt dette grunnlaget for beskatning og i stedet gjort gjeldende at gebyret er skattepliktig som virksomhetsinntekt etter § 5-1 første ledd jf. § 5-30. Domstolene står fritt i sin rettsanvendelse, og ligningsvedtak kan i utgangspunktet opprettholdes på et annet rettslig grunnlag enn det ligningsmyndighetene har bygget på. De reservasjonene som gjelder, kommer jeg tilbake til. På denne bakgrunn finner jeg det naturlig først å vurdere statens anførsel for Høyesterett om skatteplikt etter virksomhetsregelen.

(32) Skatteloven § 5-1 første ledd har denne ordlyden:

"Som skattepliktig inntekt anses enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet samt pensjon, føderåd og livrente."

(33) Etter § 5-30 omfatter fordel ved virksomhet "blant annet fordel vunnet ved omsetning av varer eller tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten".

(34) Skatteplikt for termineringsgebyret som virksomhetsinntekt forutsetter at to vilkår er oppfylt: Yara må drive "virksomhet" i skattelovens forstand, og gebyret må være "vunnet ved" denne virksomheten. I uttrykket "vunnet ved" ligger et tilknytningskrav, og det er særlig dette partene har vært uenige om. Jeg knytter likevel først noen kommentarer til spørsmålet om Yara oppfyller *virksomhetskravet*. Som nevnt i HR-2017-628-A *Thinggaard* avsnitt 44 er det ikke noen helt klar grense mellom dette kravet og kravet til tilknytning.

(35) Skatteloven inneholder ingen legaldefinisjon av virksomhetsbegrepet, men innholdet er drøftet i en omfattende praksis fra Høyesterett. Flere av dommene tar utgangspunkt i de skjønnsmomentene som er angitt i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) side 48. Momentene er sammenfattet slik i Rt-2015-628 *Solér* avsnitt 27:

"Her fremkommer at det for det første må være utøvd aktivitet av et visst omfang og en viss varighet. Denne aktiviteten må videre være utøvd for skattyterens regning og risiko. Endelig må aktiviteten ha økonomisk karakter og objektivt sett være egnet til å gi overskudd."

(36) I saken her har det særlig interesse å se på kilder som knytter seg til morselskapers skattemessige posisjon. Rt-1990-958 *Quatro* gjaldt spørsmålet om et holdingselskap eide aksjer i næring. Dette ble besvart benektende, og førstvoterende trakk i den forbindelse frem at selskapet ikke utøvde noen "overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner" overfor datterselskapet. I teorien er dommen forstått slik at et holdingselskaps aktive deltakelse overfor et datterselskap kan anses som virksomhet, se Zimmer (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 6. utgave, 2014 side 183. Dette er et syn jeg deler.

(37) Forvaltningspraksis bekrefter at et morselskaps styrings- og ledelsesfunksjoner overfor datterselskaper vil kunne kvalifisere som virksomhet, se UTV-1989-881, BFU-2003-73 og BFU-2004-92. Slik denne saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å utdype dette.

(38) Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at Yaras aktiviteter i egenskap av konsernspiss oppfyller virksomhetskravet, og jeg nøyer meg med å fremheve to forhold i den sammenhengen: I brev 16. september 2011 fra selskapets advokat til Sentralskattekontoret for storbedrifter heter det blant annet at betydelige deler av konsernets hovedkontorfunksjoner er lagt til Yara, herunder administrative og finansielle tjenester og strategiske analyser knyttet til forretningsutvikling. Det gjøres i brevet gjeldende at aktiviteten innebærer at Yara driver virksomhet i skattelovens forstand. Jeg peker videre på følgende beskrivelse i Skatteklagenemndas vedtak 9. juni 2016 i en annen sak som gjaldt Yara:

"Slik nemnda vurderer det fremlagte faktum i saken, utøver konsernledelsen strategisk utvikling og ledelse av virksomhetene i konsernselskapene, som går utover eier- og styreoppgaver i datterselskapene. Konsernstabene utøver også en rekke funksjoner for

konsernselskapene ved å yte ulike typer tjenester. Dette omfatter bl.a. finans, strategi, HR, juridisk arbeid, skatt, transaksjoner."

- (39) Yara har innvendt at selskapets kjøp og salg av selskaper har hatt et for begrenset omfang til at det kan anses som en del av virksomheten. Så lenge Yara faktisk driver en virksomhet gjennom de funksjoner og tjenester som jeg har skissert, kan jeg ikke se at omfanget av aksjekjøp og -salg kan ha betydning i vurderingen av virksomhetskravet. Problemstillingen kan derimot ha interesse når jeg nå kommer til tilknytningskravet.
- (40) Spørsmålet er om det *tilknytningskravet* som ligger i uttrykket "vunnet ved" i § 5-1 første ledd, er oppfylt. I Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) side 49 uttaler departementet at det i begrepet "vunnet ved" ligger "et krav om tilstrekkelig sammenheng mellom fordel og virksomheten". Departementet viser videre til Rt-1958-583 *Hagerup*. Førstvoterende uttaler i dommen at det avgjørende kriterium må bli om det "består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som 'vunnet' ved arbeidet eller virksomheten".
- (41) I Rt-2000-1739 *Pre Finans* var spørsmålet om de fordeler ved avtaler om kjøp og salg av aksjer i selskapet som partnerne hadde fått, var vunnet ved arbeid, eller om det dreide seg om ulike former for kapitalgevinst, se side 1747 i dommen. Førstvoterende drøfter i overgangen mellom side 1747 og 1748 "[d]en alminnelige forståelsen" av bestemmelsen om fordel vunnet ved arbeid i skatteloven 1911. Om tilknytningskravet heter det her at "arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordel". Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utgave, 2018 side 161 uttaler på samme måte at "arbeidet/virksomheten må ha gitt *foranledningen* til ervervet av fordel". Uttalelsen er gitt i en generell drøftelse av kravet til sammenhengen mellom fordel og arbeid/virksomhet, og under overskriften "Allment". Også Aarbakke, Skatt på inntekt, 4. utgave, 1990 bruker på side 144 uttrykket "foranledning" for å beskrive innholdet i tilknytningskriteriet.
- (42) Staten har gjort gjeldende at det tilknytningskriteriet som jeg her har gjort rede for, må anvendes også i denne saken. Jeg forstår for min del disse drøftelsene i rettspraksis og teori som uttrykk for mer alminnelige utgangspunkter. Spørsmålet er om det, i tråd med Yaras argumentasjon, er grunnlag for å operere med et annet og strengere kriterium ved vurderingen av om termineringsgebyret har den nødvendige tilknytningen til selskapets virksomhet.
- (43) Yara har på dette punktet fremhevet Rt-1990-958 *Quatro*, som jeg allerede har vært inne på. I dommen stilte førstvoterende opp vilkår om en "særlig og nær tilknytning mellom aksjebesittelsen og aksjonærens egen næring" for at Quatros aksjer i et datterselskap skulle anses som næringsaksjer, se side 962. Førstvoterende viste i den forbindelse til "en så godt som entydig domspraksis, ligningspraksis og teori". Også i Rt-2008-145 *Norsk Struts* avsnitt 43 er det uttalt at rettspraksis krever en særlig og nær tilknytning mellom aksjeervervet og virksomheten for at fradragsrett for tap skal utløses. Jeg viser til Rt-1993-396 for en mer utfyllende beskrivelse av den praksis det her er tale om, se side 399 i dommen.
- (44) Denne praksisen omhandler gevinst og tap på aksjer og fordringer. Etter at aksjegevinster utenfor næring ble skattepliktige ved skattereformen i 1992, er avgrensningen ikke lenger avgjørende for skatteplikten ved realisasjon av aksjer. Yara ble aldri eier av aksjene i Terra, og termineringsgebyret er ingen direkte gevinst verken på aksjer eller fordringer.

Dette kan i utgangspunktet tilsi at det ikke er grunn til å anvende kravet om en særlig og nær tilknytning ved vurderingen av sammenhengen mellom Yaras virksomhet og gebyret.

- (45) På den annen side er det betydelige likhetstrekk mellom tilfellene i den skisserte praksisen og problemstillingen i foreliggende sak. I Pre Finans-dommen var spørsmålet som nevnt om fordelene var vunnet ved arbeid, eller om det dreide seg om ulike former for kapitalgevinst. Tilknytningsspørsmålet var ikke direkte avgjørende for skatteplikten, og da ble kriteriet "foranledning til" benyttet. Kravet om "særlig og nær tilknytning" synes anvendt i tilfeller hvor inntekstposten ikke er skattepliktig og tap ikke fradragsberettiget utenfor virksomhet. Avhengig av hvordan man måtte se på surrogatprinsippets rekkevidde, kan dette være situasjonen også her.
- (46) Slik jeg ser på saken, er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om termineringsgebyret ville vært skattepliktig utenfor virksomhet. Valget av tilknytningskriterium får ikke avgjørende betydning for resultatet, og spørsmålet har ikke vært vurdert verken av ligningsmyndighetene eller underinstansene. Jeg tar derfor ikke endelig stilling til hvilket tilknytningskriterium som gjelder i et tilfelle som dette. I den videre drøftelsen tar jeg imidlertid høyde for at det gjelder et krav om særlig og nær tilknytning, slik Yara har tatt til orde for.
- (47) På denne bakgrunn går jeg over til den *konkrete vurderingen* av sammenhengen mellom gebyret og virksomheten. Jeg finner det på dette punktet tilstrekkelig å vise til den børsmeldingen som Yara sendte ut 15. februar 2010 etter inngåelsen av oppkjøpsavtalen med Terra. Her heter det:
- "Yara legger stor vekt på det amerikanske markedet, og denne transaksjonen er en attraktiv mulighet for begge selskaper til å styrke sine posisjoner i USA. Yara og Terra passer perfekt sammen. Kombinasjonen vil gjøre Yara til den ledende globale aktør i gjødselindustrien. Begge selskapene er sterke innenfor ammoniakk og nitrater, og er komplementære geografisk. Terras distribusjonssystem for ammoniakk og gjødsel i USA vil bli kombinert med Yaras globale innkjøps- og optimaliseringsmuligheter, som verdens største produsent og selger av gjødsel og ammoniakk' sier Jørgen Ole Haslestad konsernsjef i Yara International ASA."**
- (48) I børsmeldingen fremhever Yara også at selskapet har en "historie med verdiskapning gjennom oppkjøp". Det opplyses videre at selskapet "har identifisert årlige kostnadssynergier før skatt på USD 60 millioner" og i tillegg "målsatt andre synergieffekter i samme størrelsesorden".
- (49) Jeg ser det slik at forretningsutvikling gjennom oppkjøp er en helt sentral del av den virksomheten Yara utøver. Oppkjøp synes å være en naturlig og integrert del av morselskapets ledelse og utvikling av konsernets virksomhet. På samme måte som staten mener jeg at oppkjøpsavtalen som utløste utbetalingen av termineringsgebyret, ligger i kjernen av den forretningsutvikling som et stort børsnotert morselskap foretar. Forsøket på å kjøpe aksjene i Terra har da en særlig og nær tilknytning til Yaras virksomhet. Med mindre fritaksmetoden får anvendelse, er termineringsgebyret dermed skattepliktig etter virksomhetsregelen i skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-30.
- (50) *Spørsmålet om fritaksmetoden får anvendelse*
- (51) Yara har anført at termineringsgebyret uansett ikke er skattepliktig, fordi det erstatter en inntekt som ville vært skattefri etter skatteloven § 2-38. Staten har på sin side gjort

gjeldende at gebyret faller utenfor anvendelsesområdet for fritaksmetoden slik det er angitt i § 2-38 andre ledd, og at vilkårene for skattefritak i tredje ledd uansett ikke er oppfylt. Det er uomtvistet at Yara er et skattesubjekt som kan oppnå fritak etter første ledd bokstav a. Spørsmålet er om termineringsgebyret er en inntekt som faller inn under virkeområdet for fritaksmetoden, jf. § 2-38 andre ledd. Det aktuelle alternativet er bokstav a, som slår fast at følgende inntekter og tap omfattes av første ledd:

"gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c eller tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet, samt lovlig utdelt utbytte som nevnt i § 10-11 annet ledd, jf. tredje ledd på slik eierandel, ..."

- (52) Termineringsgebyret faller ikke direkte inn under denne oppregningen av inntekter som omfattes. Det er ikke en gevinst ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap, og det kan heller ikke betegnes som et utbytte. Yara har imidlertid anført at gebyret er å anse som en erstatning for bortfalte aksjeinntekter, noe jeg som nevnt må legge til grunn. Selskapets syn er at fritaksmetoden da får anvendelse ut fra et surrogatsynspunkt.
- (53) Til dette bemerker jeg at skatteplikten i saken her bygger direkte på virksomhetsregelen i skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-30, og ikke på et surrogatsynspunkt. Av den grunn har jeg ikke foranledning til å vurdere hva løsningen ville vært om selve skatteplikten bygget på surrogatprinsippet, slik problemstillingen fortonte seg for lagmannsretten. Jeg ser heller ikke grunn til å gå inn på surrogatprinsippet rekkevidde i sin alminnelighet. Spørsmålet blir for meg om det ut fra rettskildene knyttet til § 2-38 er grunnlag for en utvidende fortolkning av bestemmelsen.
- (54) Jeg peker først på at § 2-38 fremstår som en utpreget positivrettslig bestemmelse. Den inneholder en detaljert oppregning av hvilke skattytere, inntekter og tap som er ment omfattet. Slik den er formulert, har det i utgangspunktet en viss formodning mot seg at den skal kunne tolkes utvidende ut fra et surrogatprinsipp.
- (55) Forarbeidene peker i samme retning. I Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 56 fremhever departementet at det i utgangspunktet bare er "utbytte og gevinst på eierandeler i visse selskaper mv. som kan kvalifisere for skattefritak". Samme sted heter det at "fritaksmetoden bare skal omfatte inntekt som er vunnet direkte ved en kapitalinvestering". Uttalelsene tilsier at angivelsen av anvendelsesområdet er ment å være uttømmende. Dette sies også mer uttrykkelig på side 61:
- "Departementet foreslår at fritaksmetoden lovfestes i ny § 2-38 i skatteloven. Her er skattesubjektene og inntektstypene som vil være omfattet av fritaksmetoden positivt og uttømmende angitt."**
- (56) Lovgiver har her gitt et klart og utvetydig uttrykk for at § 2-38 er ment å være uttømmende, noe som for meg har stor vekt. Surrogatprinsippet synes utviklet i tilknytning til erstatning for inntektstap ved personskade, og det er et usikkert rettskildemessig grunnlag for et mer allment anvendelsesområde. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at termineringsgebyret ikke kan fritas for beskatning etter § 2-38, selv når det legges til grunn at gebyret anses som erstatning for bortfalt aksjeinntekt.
- (57) Min konklusjon er etter dette at nettobeløpet på 666 millioner kroner er skattepliktig som virksomhetsinntekt. Dette er et annet rettslig grunnlag enn Skatteklagenemnda har bygget på, og spørsmålet er om vedtaket da kan opprettholdes av domstolene.

- (58) *Adgangen til å bygge på en annen rettslig begrunnelse enn i vedtaket*
- (59) Som jeg allerede har nevnt, er utgangspunktet at domstolene kan bygge på et annet rettslig grunnlag enn skattevedtaket. I Rt-2010-999 *First Securities* avsnitt 46 uttaler førstvoterende at dette er "sikker rett". Forutsetningen er imidlertid at domstolene behandler den samme privatrettslige disposisjonen som ligningsmyndighetene – domstolene skal ikke opptre som ligningsorgan, se avsnitt 51. Av Rt-2008-1510 *Reitan* avsnitt 46 følger at det faktiske grunnlaget for rettens lovanvendelse må være påberopt under domstolsbehandlingen.
- (60) Slik jeg ser det, utfordres ikke de nevnte skrankene i dette tilfellet. I det første ligningsvedtaket i saken ble det lagt til grunn at termineringsgebyret var skattepliktig etter virksomhetsregelen. Skatteplikt etter denne regelen baserer seg videre på den samme disposisjonen som under ligningsbehandlingen, og jeg kan heller ikke se at partene har vært uenige om faktum på noen vesentlige punkter. Jeg mener på denne bakgrunn at vedtaket kan opprettholdes på et annet grunnlag enn det Skatteklagenemnda har bygget på. Anken blir etter dette å forkaste.
- (61) Staten har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Yara har imidlertid hatt grunn til å få prøvd saken på bakgrunn av de ulike rettslige begrunnelsene for skatteplikt under ligningsbehandlingen og for domstolene. Selskapet bør derfor fritas for kostnadsansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd bokstav a.
- (62) Jeg stemmer for denne

D O M :

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

- (63) Dommer **Bergh:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (64) Dommer **Falch:** Likeså.
- (65) Dommer **Normann:** Likeså.
- (66) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(67) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

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