

# Skatteplikt for overskudd på mottatt «break-up fee»

Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter fattet den 29. oktober 2015 vedtak i en sak som gjaldt spørsmål om beskatning av overskudd på mottatt «break-up fee» (termineringsgebyr) (sak 2010-006SKN).



Artikkelen er  
forfattet av:

Seniorskattejurist  
Anne Margrethe Haugen  
Sentralskattekontoret for  
storbedrifter

Utbetalingen av termineringsgebyr skjedde som følge av terminering av en aksjekjøpsavtale. Nemnda la til grunn at surrogatprinsippet for erstatningsutbetalinger gjelder når det utbetales erstatning for tapte kapitalinntekter. Skatteklagenemnda kom til at overskudd på mottatt termineringsgebyr erstattet tapte fremtidige aksjeinntekter. Da erstatningen var en engangsbetaling og erstattet en varig ulempe, konkluderte nemnda med at erstatningen skal beskattes som en realisasjonsgevinst.<sup>1</sup> Nemnda kom videre til at fritaksmetoden ikke kom til anvendelse.<sup>2</sup> Spørsmålet har ikke tidligere vært behandlet av skatteklagenemnda, og det foreligger ingen praksis på området.

## Saksforholdet

Et norsk morselskap inngikk kontrakt om kjøp av samtlige aksjer i et selskap hjemmehørende utenfor EØS (målselskapet). Gjennomføring av kontrakten var betinget av at de respektive selskapenes generalforsamlinger aksepterte henholdsvis finansieringen av oppkjøpet, og budet på aksjene. For det tilfellet at generalforsamlingen i målselskapet ikke aksepterte budet og valgte å selge aksjene til et annet

selskap innen en fastsatt tid, forpliktet målselskapet seg til å betale et termineringsgebyr. Termineringsgebyret var et forhåndsavtalt engangsbeløp. Tilsvarende forpliktet det norske morselskapet seg til å betale termineringsgebyr, dersom generalforsamlingen ikke godkjente finansieringen av oppkjøpet.

Generalforsamlingen i målselskapet aksepterte ikke budet som var gitt på aksjene, og valgte i stedet å selge aksjene til et annet selskap. Avtalen med det norske morselskapet ble dermed terminert, og målselskapet utbetalte avtalt termineringsgebyr.

Etter fradrag for kostnader i forbindelse med inngåelse av kontrakten, satt det norske selskapet igjen med et betydelig overskudd på mottatt termineringsgebyr. Sentralskattekontoret for storbedrifter kom i sitt vedtak til at overskuddet var skattepliktig.

I klage til skatteklagenemnda anførte det norske morselskapet prinsipielt at overskuddet på mottatt termineringsgebyr måtte anses som en erstatning for tapte fremtidig utbytte. Fordelen ble da å beskatte som avkastning på kapital.<sup>3</sup> Ifølge selskapet ville fritaksmetoden komme til anvendelse, da erstatningen måtte likestilles med utbytte og selskapet ville hatt en lengre tidshorison enn to år.<sup>4</sup>

Subsidiært anførte selskapet at det uansett ikke var hjemmel til å beskatte mottatt termineringsgebyr.

## Skatteklagenemndas bemerkninger

### Surrogatprinsipp for beskatning av erstatningsutbetalinger

Skatteklagenemnda la til grunn at det i skatteretten gjelder et surrogatprinsipp for erstatningsutbetalinger. Prinsippet kommer klart uttrykk gjennom rettspraksis og teori i forhold til arbeidsinntekt og ved utmåling av erstatning for personskade.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Jf. Frederik Zimmer: «Lærebok i skatterett» 7. utgave Oslo 2014 side 160 annet avsnitt: «Erstatning for tapte inntekt er etter sikker rettsoppfatning skattepliktig inntekt ut fra et surrogatsynspunkt. Erstatningen trer i stedet for inntekt som ville ha vært skattepliktig, og skal følge samme regler som denne.»



**REALISASJONGEVINST ELLER AVKASTNING PÅ KAPITAL:**  
Skatteklagenemnda tok stilling til om erstatningsutbetalingen for tapte inntekter på aksjene skulle beskattes som realisasjonsgevinst eller som avkastning på kapital.

<sup>1</sup> Jf. sktl. § 5-1 annet ledd.

<sup>2</sup> Jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b.

<sup>3</sup> Jf. sktl. § 5-1 første ledd.

<sup>4</sup> Jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav d.

Surrogatprinsippet innebærer at erstatningsutbetalinger skal beskattes etter de samme reglene som gjelder for den inntekten som erstattes. Tidligere har nemnda lagt til grunn at surrogatprinsippet også gjelder på virksomhetsområdet.<sup>6</sup>

Virksomhetsområdet omfatter både kapitalavkastning og kapitalgevinster. Skatteklagenemnda la dermed til grunn at surrogatprinsippet også må gjelde for utbetalinger som skal erstatte tapte kapitalavkastning eller kapitalgevinster utenfor virksomhet.

Med dette som utgangspunkt, tok nemnda stilling til følgende spørsmål:

- Om termineringsgebyr har tilknytning til skattepliktig inntektsserverv
- Om termineringsgebyr skal beskattes som realisasjon eller avkastning som innvinningskriterium
- Om fritaksmetoden kommer til anvendelse

## Hva er termineringsgebyr («break-up fee»)

Skatteklagenemnda la til grunn at en klausul om termineringsgebyr («break-up fee») kunne anses som en forhåndsavtalt kontraktsbruddsanksjon, der erstatningssum og hvilke begivenheter som skal være erstatningsbetingende er nærmere avtalt mellom partene. I en artikkel av Remi Christoffer Dramstad om «M&A Break fee-klausuler i et norsk perspektiv» er «break-up»-klausuler definert på følgende måte:<sup>7</sup>

«En break fee-klausul kan defineres som en forpliktelse for målselskapet til å betale en nærmere angitt sum til budgiver dersom en selskapsovertakelse av en eller flere angitt(e) årsak(er) viser seg å ikke gjennomføres som avtalt.»

En slik forhåndsavtalt kontraktsbruddsanksjon kan sammenlignes med en «konvensjonalbot» ved mislighold av kontrakter.<sup>8</sup>

I kontrakten fremgikk det i dette tilfellet ikke hva det avtalte termineringsgebyret var ment å kompensere for. Beløpet utgjorde en engangsutbetaling fastsatt til et fast beløp. Termineringsgebyret utgjorde ca. tre prosent av den totale kontraktssummen. Selskapets kostnader i forbindelse med transaksjonen utgjorde et langt lavere

beløp. Mottatt termineringsgebyr kompenserte dermed for noe mer enn de kostnadene selskapet pådro seg i forbindelse med forberedelser til og gjennomføring av kontraktsforhandlingen.

## Tilknytning til aksjer

Skatteklagenemnda la til grunn som mest sannsynlig at den delen av mottatt termineringsgebyr som tilsvarte selskapets pådratte kostnader i oppkjøpsforsøket, var ment å dekke disse. Denne delen av mottatt termineringsgebyr var forøvrig ikke en del av saken, da kostnadene som ble erstattet, ikke var fradragsført ved ligningen.

Det forelå ikke opplysninger som tilsa at den overskytende del av termineringsgebyret knyttet seg til annet enn tapte inntekter på aksjene som selskapet ikke fikk kjøpt.

Nemnda bemerket at i tilfelle termineringsgebyr ikke var avtalt, ville selskapet etter alminnelig erstatningsrett normalt ha hatt et krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen ved kontraktsbrudd. Det vil si at selskapet økonomisk skal stilles i samme posisjon som om kontrakten var gjennomført, inkludert tapte fremtidige inntekter.

Nemnda bemerket videre at tapte fremtidige inntekter i en slik sammenheng ville knyttes direkte til aksjeinvesteringen, uavhengig av om selskapet hadde hatt eierskap til aksjene. Nemnda viste til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2007 s. 1822 (Utv. 2008 s. 1) *DSC*, som gjaldt spørsmål om fradragsrett for kjøpers tapte forhåndsbetaling for aksjer, når aksjekjøpsavtalen ble misligholdt av selger. Kjøper fikk ikke forhåndsbetalingen tilbakebetalt når kontrakten ble misligholdt av selger. Spørsmålet var om tilknytningsvilkåret til skattepliktig inntekt<sup>9</sup> var oppfylt. Høyesterett kom til at det var tilstrekkelig tilknytning mellom tapet og en skattepliktig inntekt, selv om kjøper aldri hadde noen eierposisjon i aksjene.

Det samme følger av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2009 s. 1473 (Utv. 2009 s. 1467) *Samdal*, som gjaldt fradragsrett for tapt forskuddsbetaling ved kjøp av to eiendommer, hvor selger gikk konkurs.

Nemnda viste til at selskapets formål med det mislykkede oppkjøpet, var å utvide konsernets markedsandeler i utlandet, og dermed oppnå økte inntekter for konser-

net. Som eier av aksjene i det selgende selskapet, ville en fremtidig inntektsstrøm ha vært knyttet til disse. Fordi kontrakten ble terminert av selger, kom selskapet aldri i eierposisjon til aksjene. I stedet for aksjer, mottok selskapet en erstatning for tapte fremtidige inntekter – termineringsgebyr.

Nemnda kom etter dette til at overskuddet på mottatt termineringsgebyr kunne knyttes til aksjene som inntektsserverv.<sup>10</sup>

For øvrig bemerket nemnda at termineringsgebyr etter omstendighetene kan knytte seg til virksomhetsinntekter, som ville vært skattepliktige etter sktl. § 5-1 første ledd. Selskapet hadde imidlertid ikke påberopt at mottatt «break-up fee» erstattet andre inntekter enn fremtidige inntekter på aksjene de ikke fikk kjøpt. I saken var det heller ingen holdepunkter for å legge noe annet enn dette til grunn.

## Grensen mellom kapitalavkastning og kapitalgevinst

Det neste spørsmålet skatteklagenemnda tok stilling til, var om erstatningsutbetalingen for tapte inntekter på aksjene skulle beskattes som realisasjonsgevinst, eller som avkastning på kapital.<sup>11</sup>

I dette tilfellet ble aksjene aldri overdratt, og selskapet hadde aldri hatt noen faktisk eierposisjon i aksjene. Nemnda viste imidlertid til surrogatprinsippet for beskatning av erstatningsutbetalinger, og la til grunn at selskapet dermed skulle beskattes som om det hadde en eierposisjon i aksjene.

I teorien er det lagt til grunn at det for grensen mellom kapitalavkastning og kapitalgevinst for fysisk skade på et realobjekt må trekkes en grense mellom erstatning for all fremtidig avkastning eller varig ulempe, og erstatning som gjelder en del av en fremtidig avkastning eller en midlertidig ulempe. Magnus Aarbakke legger blant annet til grunn at erstatning for fysisk skade på realobjekt og ulempeerstatning ved varig verditap må behandles etter reglene for gevinstbeskatning.<sup>12</sup> På den annen side er avsavnerstatning og erstatning for en midlertidig ulempe surrogat for vanlig avkastning, og faller inn under kapitalavkastningsregelen i § 42 første ledd.<sup>13</sup>

6 Se sak 2008-055SKN referert i Utv. 2013 side 456 flg.

7 Se Tidsskrift for forretningsjus (TfJ) nr. 3 / 2011 side 156.

8 Se Viggo Hagstrøm «Obligasjonsrett» 2. utgave Oslo 2011 side 675 punkt 24.4 om «Konvensjonalbøter mm.».

9 Jf. sktl. § 6-1.

10 Jf. sktl. § 5-1.

11 Jf. sktl. § 5-1 første og annet ledd.

12 Magnus Aarbakke «Skatt på inntekt» 4. utgave Oslo 1990 punkt 9.8.3.3 på side 58.

13 Nå sktl. § 5-1 første ledd.

Skatteklagenemnda mente at grensen mellom erstatning for all fremtidig avkastning eller varig ulempe, og erstatning som gjelder en del av en fremtidig avkastning eller en midlertidig ulempe også måtte gjelde for erstatningsutbetaling for et mulig fremtidig inntektstap når en kontrakt om kjøp av aksjer bortfaller. Støtte for et slikt syn fant skatteklagenemnda også i Frederik Zimmer: «Lærebok i skatterett» 7. utgave Oslo 2014 annet petitavsnitt nederst på side 160:

«[...] Skatteloven er i flere relasjoner blitt tolket slik at erverv av nåverdien av en fremtidig inntektsstrøm faller utenfor inntektsbegrepet i (nå) sktl. § 5-1, 1. ledd. Et slikt syn er lagt til grunn i Rt. 1926 s. 548 Løken, der et engangsbeløp til avløsning av en (løpende) pensjon ble ansett for å være skattefrie (tilsvarende Rt. 1937 s. 372). Og det er ut fra samme prinsipielle syn at kapitalgevinster utenfor virksomhet (som kan ses som nåverdien av forventet fremtidig avkastning av gjenstanden) ikke anses fanget opp av kapitalregelen i sktl. § 5-1, 1. ledd (se Rt. 1932 s. 233 Løvenskiold I, jf. pkt 8.3; dette er nå reflektert i lovteksten i sktl. § 5-1, 2. ledd).»

Dette forstod nemnda slik at når en forventet fremtidig inntektsstrøm varig neddiskonteres til og utbetales som et engangsbeløp, kommer gevinstbeskatningsregelen til anvendelse.<sup>14</sup>

Utbetalt termineringsgebyr var i dette tilfellet en engangsutbetaling. Selskapet ville ikke i fremtiden være berettiget til noen avkastning av aksjene. Muligheten for avkastning var derved varig tapt. Overskuddet som kompenserte for tapt fremtidig inntekt, var dermed å anse som en erstatning for en varig ulempe / varig tap som skal beskattes som en realisasjonsgevinst.<sup>15</sup>

### Forholdet til fritaksmetoden jf. sktl. § 2-38

Skatteklagenemnda måtte dermed vurdere om fritaksmetoden kom til anvendelse. Hovedvilkårene for skattefritak etter fritaksmetoden er at skattyter er et kvalifiserende subjekt, og at inntekten er innvunnet som avkastning eller gevinst ved realisasjon av et objekt som kvalifiserer etter fritaksmetoden.<sup>16</sup>

Nemnda la til grunn at selskapet var et kvalifiserende subjekt.<sup>17</sup>

Aksjer er objekt som kvalifiserer etter fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 annet ledd. En erstatning for tapt inntekt knyttet til aksjer måtte da også anses som en inntekt knyttet til et kvalifiserende objekt.

Skatteklagenemnda hadde konkludert med at nettoverdien av mottatt termineringsgebyr skulle beskattes som realisasjonsgevinst.<sup>18</sup> Målselskapet var et selskap hjemmehørende utenfor EØS. Det er da et vilkår for anvendelse av fritaksmetoden, at skattyteren i en sammenhengende periode på minst to år frem til innvinnings-tidspunktet har eid minst 10 prosent av kapitalen og har hatt minst 10 prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen.<sup>19</sup> Om toårskravet fremgår følgende av forarbeidene:<sup>20</sup>

«Toårsperioden for måling av kapital- og stemmeandel løper fram til gevinst eller tap realiseres, og regnes fra og med samme dag to år tilbake i tid.

Departementets forslag medfører at skattyter som erverver en betydelig eierinteresse i et selskap utenfor EØS som han ikke har eierinteresse i fra før, vil bli skattepliktig etter de alminnelige regler dersom gevinst på investeringen realiseres i løpet av de to første årene etter ervervet.»

Selskapet var enig i at surrogatprinsippet kom til anvendelse ved beskatning av det mottatte termineringsgebyret, men anførte at surrogatprinsippet også innebar at det måtte vurderes om selskapet mest sannsynlig ville ha oppfylt kriteriene i fritaksmetoden dersom det hadde fått lov til å erverve aksjene. Dersom man kom til at selskapet mest sannsynlig ville ha eid aksjene i mer enn to år, måtte også eierkravet i fritaksmetoden for denne typen aksjeinvesteringer være oppfylt.

Skatteklagenemnda kom til at innvinnings-tidspunktet for det mottatte termineringsgebyret måtte legges til grunn ved vurderingen av om kravet til eiertid var oppfylt. At selskapet hadde et langsiktig eierperspektiv dersom oppkjøpet hadde blitt gjennomført, var ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet til eiertid.

I dette tilfellet var termineringsgebyret innvunnet i samme år som selskapet ville ha ervervet aksjene. Da selskapet ikke hadde eierandel i målselskapet fra før, var kravet til to års eiertid ikke oppfylt.

### Konklusjon

Nemnda kom etter dette til at overskuddet på mottatt termineringsgebyr var skattepliktig som realisasjonsgevinst<sup>21</sup> og at fritaksmetoden ikke kom til anvendelse.<sup>22</sup>

### Avsluttende kommentar

I denne saken kom fritaksmetoden ikke til anvendelse fordi eierkravet for aksjer i selskap hjemmehørende utenfor EØS<sup>23</sup> ikke var oppfylt. For eierandeler i selskap hjemmehørende i land innenfor EØS, gjelder ikke de samme krav til eierskap. Dersom det er fremtidig inntekt på aksjer i selskap hjemmehørende innenfor EØS som erstattes, vil inntekten dermed være fritatt for beskatning, med mindre unntakene for lavskatteland kommer til anvendelse.

Nemnda kom etter en konkret vurdering til at overskuddet på mottatt termineringsgebyr kunne knyttes til tapt fremtidig inntekt på aksjene selskapet ikke fikk kjøpt. Etter omstendighetene vil imidlertid termineringsgebyr også kunne knyttes til andre inntektserverv, som ikke vil være omfattet av fritaksmetoden. Dersom termineringsgebyr ikke kan knyttes til et kvalifiserende objekt,<sup>24</sup> vil skatteplikt følge av sktl. § 5-1 forutsatt at erstatningen kan knyttes til et skattepliktig inntektserverv. Dette vil bero på en konkret bevisvurdering av hva et termineringsgebyr faktisk er ment å erstatte.

14 Jf. sktl. § 5-1 annet ledd.

15 Jf. sktl. § 5-1 annet ledd.

16 Jf. sktl. § 2-38 første og annet ledd.

17 Jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav a.

18 Jf. sktl. § 5-1 annet ledd.

19 Jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b.

20 Se Ot.prp. nr. 1 (20014-1005) side 71 første spalte andre avsnitt siste setning og tredje avsnitt.

21 Jf. sktl. § 5-1 annet ledd.

22 Jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b.

23 Jf. sktl. § 2-38 tredje ledd, bokstav b.

24 Jf. sktl. § 2-38 annet ledd.