



NORGES HØYESTERETT

Den 7. oktober 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-01916-A, (sak nr. 2009/276), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Skatt nord

(advokat John Steen Holm)

mot

Hurtigruten ASA

(advokat Harald Willumsen)

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

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder gyldigheten av ligningsnemndas vedtak om skatt på gevinst av aksjesalg. Gjennomføring av aksjesalgsavtalen var avhengig av nærmere betingelser, og spørsmålet er om aksjene ble realisert, jf. skatteloven § 10-31, på tidspunktet for inngåelse av avtalen eller først på et senere tidspunkt. Tidfestingen er avgjørende for om fritaket i skatteloven § 2-38 kommer til anvendelse.
- (2) Rederiene Ofoten og Vesteraalens Dampskibsselskab ASA (OVDS) og Det Stavangerske Dampskibsselskab ASA (DSD), som hver eide 50 prosent av aksjene i Nor-Cargo Holding ASA (Nor-Cargo), inngikk 9. mars 2004 avtale med Posten Norge AS (Posten) om salg av samtlige aksjer i Nor-Cargo til Posten. Vederlaget ble satt til 927,4 millioner kroner, samt et rentebeløp på 24 millioner kroner. Oppgjøret var planlagt gjennomført 10. mai 2004. Rentebeløpet skulle øke etter nærmere fastsatte bestemmelser dersom oppgjørstidspunktet ble forskjøvet.
- (3) Avtalen inneholdt i punkt 4.1 forutsetninger for gjennomføring av overdragelsen. Bestemmelsen lød:

”4.1 Forutsetning for gjennomføring av overdragelsen

Overdragelsen av Aksjene er betinget av at Konkurransemyndighetene ikke treffer endelig vedtak som innebærer forbud eller inngrep nærmere beskrevet i pkt. 10 og som medfører at Avtalen faller bort, eller gir Kjøper rett til å heve Avtalen.

Overdragelsen av Aksjene er videre betinget av at hverken Kjøper eller Selger hever Avtalen som følge av at det under Due diligence-perioden avdekkes forhold som berettiger til hevning.”

- (4) Dagen etter avtaleinngåelsen ble avtalen meldt til Konkurransetilsynet, som 8. juni 2004 meddelte at det ikke ville gripe inn mot avtalen. Tilsynet skrev at vurderingen hadde tatt noe tid på grunn av
- ”...en viss bekymring for ervervets virkning i pakkemarkedet sett i sammenheng med Postens økte muligheter til å fremstå som totalleverandør. Vi har likevel kommet til at ervervet ikke gir grunnlag for inngrep etter krrl § 3-11. Tilsynet vil imidlertid følge den videre utviklingen i markedet nøye.”**
- (5) Avtalens punkt 9.1 gjaldt gjennomføring av ”due diligence”. Formålet var å verifisere at den dokumentasjonen Posten hadde mottatt om Nor-Cargo, var korrekt og fullstendig i alle vesentlige forhold.
- (6) Posten opplyste i brev 3. mai 2004 at de gjennom ”due diligence” hadde avdekket en del forhold som avvek fra den informasjon som var lagt til grunn for overtakelsen av aksjene. Posten mente å ha krav på reduksjon av kjøpesummen med 74,646 millioner kroner, men fremsatte tilbud om reduksjon på 37,546 millioner kroner som minnelig løsning. Etter forhandlinger ble partene enige om å redusere vederlaget med 15 millioner kroner. I tillegg ga selgerne en garanti på inntil 13 millioner kroner for pågående og potensielle tvistesaker for Nor-Cargo. Det ble inngått tilleggsavtale om dette 10. juni 2004. Oppgjøret fant sted samme dag, og aksjene ble overført til Posten.
- (7) Ved lov 10. desember 2004 nr. 77 ble det innført skattefritak for gevinst av aksjesalg fra blant annet allmennaksjeselskaper, med virkning for gevinster realisert fra og med 26. mars 2004, se loven del XVIII og skatteloven § 2-38. I OVDS’ selvangivelse for 2004 ble det lagt til grunn at gevinsten av aksjesalget var skattefri etter denne regelen. Ligningsnemnda anså imidlertid under dissens gevinsten som innvunnet på avtaletidspunktet 9. mars 2004, slik at den ikke var omfattet av skattefritaket i § 2-38.
- (8) Hurtigruten Group (senere Hurtigruten ASA, i det følgende omtalt som Hurtigruten), hvor OVDS i mellomtiden var blitt innfusjonert, gikk til søksmål. Ved Ofoten tingretts dom 9. november 2007 ble staten frifunnet. Tingrettens dom har følgende domsslutning:
- ”1. Staten v/Nordland fylkesskattekontor frifinnes.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”
- (9) Hurtigruten anket dommen. Ved Hålogaland lagmannsretts dom 5. desember 2008 ble ligningen for 2004 opphevet, da lagmannsretten la til grunn at aksjene i Nor-Cargo måtte anses realisert etter 26. mars 2004. Lagmannsrettens dom har følgende domsslutning:
- ”1. Likningen av Hurtigruten ASA for inntektsåret 2004 oppheves. Ved ny likning skal aksjene i Nor-Cargo Holding AS anses realisert etter 26. mars 2004.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke, verken for tingrett eller lagmannsrett.”

- (10) Staten har anket til Høyesterett. Anken gjelder feil i rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. For Høyesterett er det fremlagt to skriftlige erklæringer. Saken står i samme stilling som for lagmannsretten.
- (11) Den ankende part, *staten ved Skatt nord*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (12) Skatteplikt oppstår ved innvinning, og ved avgjørelsen av om gevinsten er innvunnet ved avtalen, må det tas utgangspunkt i de krav Høyesterett stilte i Rt. 1995 side 872. Det følger av dommen at gevinsten er innvunnet når det foreligger en bindende og endelig avtale om avståelse, og gevinsten er klarlagt og sikret for selgerne.
- (13) Det forelå en bindende avtale om avståelse av aksjene i Nor-Cargo 9. mars 2004. Kjøpesummen var fiksert, kjøper overtok risikoen for verdiendringer, og selger var avskåret fra å disponere over aksjene.
- (14) Staten mener prinsipielt at innvinningstidspunktet ikke påvirkes av forbehold i salgsavtalen, med mindre forbeholdene realiserer seg på en slik måte at avtalen må endres utenfor sine egne rammer. Dette gir en partsnøytral, enkel og klar regel – man unngår etterfølgende usikre antakelser om risikoen på avtaletidspunktet for at forbeholdene skulle få virkning. Det vil også være i overensstemmelse med partenes forutsetning om at avtalen skal realiseres.
- (15) I vår sak ble det aldri tale om inngrep fra konkurransemyndighetene eller om heving, og justeringen av vederlaget skjedde godt innenfor de rammene avtalen trakk opp. Avtaletidspunktet var derfor innvinningstidspunktet.
- (16) Subsidiært anføres det at gevinsten uansett var klarlagt og sikret på avtaletidspunktet fordi det var liten konkret risiko for at Konkurransetilsynet ville gripe inn, eller for at avtalen skulle bli hevet eller vesentlig endret som følge av kjøperens ”due diligence”.
- (17) Konkurransetilsynet ga ingen signaler om at det var risiko for inngrep. Standard saksbehandlingsrutiner ble fulgt ved behandling av saken, og høringsrunden til konkurrenter og kunder ga ingen negative tilbakemeldinger. Det fremgår av tilsynets dagjeldende retningslinjer at det vanligvis ikke ville undersøke nærmere om et bedrifts erverv førte til vesentlig innskrenkning av konkurransen før den samlede markesandelen til partene i ervervet var høyere enn 40 prosent. Det var her tale om en estimert markedsandel på 38 prosent for en del av pakkemarkedet.
- (18) Kjøperens ”due diligence” skulle baseres på regnskapet per 31. desember 2003, og således på forhold som var kjent på avtaletidspunktet. Det forelå ingen vesentlige faktorer som OVDS ikke kjente eller burde kjenne til etter flere års eierskap. Den etterfølgende utviklingen, hvor partene raskt kom til enighet om et rundt beløp i prisreduksjon, viser også at det var liten reell fare for at kjøperens ”due diligence” ville lede til vesentlige endringer.
- (19) Også om forbeholdene ses samlet, var det liten konkret risiko for at de skulle få virkning.
- (20) Staten v/Skatt nord har nedlagt følgende påstand:

”Staten v/Skatt nord frifinnes.”

- (21) Ankemotparten, *Hurtigruten ASA*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (22) Ankemotparten er enig med staten i at dommen i Rt. 1995 side 872 utgjør det rettslige utgangspunktet. Men loven taler nå om ”realisasjon”, ikke ”avhendelse” av aksjer, slik dommen gjaldt. Selv om forarbeidene til endringsloven gir uttrykk for at den fortolkning av avhendelsesbegrepet som har vært foretatt i praksis, fortsatt skal gjelde, inneholder de også uttalelser om at realisasjon først skal anses skjedd når selgeren får et ubetinget krav på vederlaget, jf. Ot.prp. nr. 35 (1990-91) side 303, 304 og 370-371. Forarbeidene er på dette punktet uklare, men styrker det syn at en avtale hvor gjennomføringen av overdragelsen er betinget, som her, ikke kan anses som realisasjon av aksjene.
- (23) Hvorvidt gevinsten er klarlagt og sikret når avtalen er inngått, må bedømmes konkret på grunnlag av graden av usikkerhet på avtaletidspunktet – ikke på grunnlag av om forbeholdene fikk virkning, slik staten prinsipielt anfører. Det må tas utgangspunkt i en objektivisert vurdering.
- (24) I vårt tilfelle representerte forbeholdene på avtaletidspunktet usikkerhet både med hensyn til gevinstens størrelse og om transaksjonen ville bli gjennomført.
- (25) Selgerne, OVDS og DSD, hadde ikke detaljert kunnskap om enkelthetene i Nor Cargo-konsernet. De foretok ingen egen gjennomgåelse av salgsobjektet før avtalen (selgers ”due diligence”), og var forberedt på krav om vederlagsjustering etter kjøperens undersøkelser. De var imidlertid ikke interessert i å selge hvis prisen ble for lav, og hadde sikret seg rett til å gå fra avtalen ved justeringskrav på mer enn 38 millioner kroner. Kjøperen på sin side hadde rett til å heve dersom det ble funnet avvik på 10 prosent eller mer i Nor-Cargos egenkapital eller resultat. Posten fant slikt avvik, og selv om heving ikke ble krevd, viser dette at gevinsten for ankemotparten verken var sikret og klarlagt på avtaletidspunktet.
- (26) Inngrep fra Konkurransetilsynet var også en reell risiko, noe ordlyden i tilsynets meddelelse om ikke å gripe inn, viser. Tilsynets grenseverdi på 40 prosent av markedet før konkurranseeffekten av en bedriftssammenslåing ble undersøkt nærmere var ingen absolutt grense, og det knyttet seg dessuten usikkerhet til hvordan markedsandeler skulle beregnes. Posten måtte regne med en særlig årvåkenhet fra Konkurransetilsynet på grunn av den markedsstyrke det tidligere postmonopolet gav. Dersom konkurransemyndighetene hadde truffet endelig vedtak om forbud mot gjennomføring av avtalen, ville den falt bort. Ved vedtak om godkjenning på vilkår som var så tyngende at Postens formål med kjøpet ble vesentlig forfeilet, kunne Posten heve avtalen.
- (27) Usikkerhet knyttet til to forbehold øker risikoen sammenholdt med en enkeltvis vurdering av hvert forbehold. Per 26. mars 2004 var selgernes gevinst følgelig verken klarlagt eller sikret.
- (28) *Hurtigruten ASA* har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
 2. *Hurtigruten ASA* tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”

- (29) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*
- (30) Etter skatteloven § 5-1 jf. § 5-30 jf. 10-31 første ledd er gevinst ved et selskaps realisasjon av aksjer skattepliktig inntekt. Skatteloven § 2-38 fastsetter imidlertid visse unntak, blant annet at allmennaksjeselskaper er fritatt for skatteplikt av gevinst ved realisasjon av aksjer, jf. bestemmelsens annet ledd bokstav a jf. første ledd bokstav a. Skatteloven § 2-38 ble vedtatt ved lov 10. desember 2004 nr. 77, og gitt virkning for ”gevinster og tap som realiseres fra og med 26. mars 2004”, jf. lovens del XVIII fjerde ledd.
- (31) Spørsmålet i saken er om OVDS’ gevinst ved salget av aksjene i Nor-Cargo til Posten er omfattet av regelen om skattefritak. Det er enighet om at dette er et spørsmål om aksjene ble realisert ved aksjesalgsavtalen 9. mars 2004.
- (32) Skatteloven § 10-31 er en videreføring av § 5-2 i selskapsskatteloven 20. juli 1991 nr. 65, som avløste lov 10. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer § 1. Ved skattereformen 1992 ble uttrykket ”realisasjon” av aksjer” innført som erstatning for det tidligere ”avhendelse” av aksjer. I skatteloven § 9-2, som er ny, men viderefører tidligere gjeldende rett, er det fastsatt at realisasjon omfatter overføring av eiendomsrett mot vederlag og opphør av eiendomsrett, herunder blant annet salg, se første ledd bokstav a.
- (33) I forarbeidene til skattereformen 1992 gir departementet uttrykk for at realisasjon som innvinningskriterium forutsetter at eierposisjonen i formuesobjektet opphører. Dette skjer vanligvis ved avhendelse, og avhendelsesbegrepet vil fortsatt utgjøre kjernen i innvinningskriteriet, heter det. Videre heter det at den fortolkning av avhendelsesbegrepet som har vært foretatt i praksis, fortsatt vil gjelde, se Ot.prp. nr. 35 (1990-91) side 303. Men i den samme proposisjonen uttrykkes det at et formuesobjekt er realisert når skattyter får et ubetinget krav på vederlag – som i salgstilfeller vil være når han selv har oppfylt sine forpliktelser etter salgsavtalen, se side 304 første spalte. Det uttrykkes også at innvinningstidspunktet vil falle sammen med periodiseringstidspunktet, se side 370 til 371. Tas de siste utsagnene på ordet, innebar reformen en endring av rettstilstanden, siden avhendelsestidspunktet, som jeg kommer tilbake til, ikke tidligere var ansett å måtte falle sammen med periodiseringstidspunktet. At det var skjedd en endring, ble blant annet lagt til grunn i Skattelovkommentaren til Greni mfl., se Skatteloven og selskapsskatteloven, Kommentartutgave til skattereformen 1992, utvalgte emner fra 1992, side 315.
- (34) Finansdepartementet uttalte imidlertid i brev 30. november 1998 til Skattedirektoratet at avsnittet på side 304 i proposisjonen var feilplassert. Departementet forklarte at omleggingen fra avhendelsesbegrepet til realisasjonsbegrepet som innvinningskriterium i første rekke skyldtes behovet for å bringe erstatningsgevinster mv. inn under skatteplikten, også om gjenstanden bare bortfalt og dermed ikke kunne anses avhendet til noen ny eier. ”På denne bakgrunn vil rettskilder knyttet til det tidligere avhendelsesbegrepet ha relevans ved tolkningen av realisasjonsbegrepet”, fortsatte det, og viste til Høyesteretts dom i Rt. 1995 side 872. Harald Hauge påpeker på side 26 i boka Realisasjonsprinsippet som periodiseringsregel fra 2001, at dette ikke er helt overbevisende, men at det på den annen side ville vært ønskelig at et brudd med det tradisjonelle innvinningstidspunktet hadde kommet klarere til uttrykk i forarbeidene.

- (35) Det ser nå ut til at det syn Finansdepartementet ga uttrykk for i brevet 30. november 1998, har festnet seg. Jeg viser for eksempel til at overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter i et vedtak 17. september 2007 tok utgangspunkt i vilkårene i Rt. 1995 side 872 i en sak hvor spørsmålet var hvilken betydning et konsesjonsforbehold i avtalen skulle ha for vurderingen av om aksjene var realisert – med andre ord en sak med klare paralleller til vår sak. Også Lignings-ABC for 2008/09 punkt 5.1 peker på det som følger av Rt. 1995 side 872, når den redegjør for tidspunktet for realisasjon.
- (36) Dommen gjaldt spørsmålet om gevinst ved salg av aksjer var skattepliktig etter aksjegevinstskatteloven 10. desember 1971 nr. 99, noe som berodde på om aksjene var å anse som avhendet på avtaletidspunktet. Dommen er avsagt under dissens 4-1. Førstvoterende, som talsmann for flertallet, uttalte:
- ”Aksjegevinstskatteloven angir ikke nærmere om hva som ligger i kravet om ”avhendelse”. I juridisk teori er vilkårene for at avhendelse skal foreligge, formulert noe forskjellig, men ett grunnvilkår synes det å være enighet om, nemlig at det må foreligge en bindende og endelig avtale om avståelse. Det er også enighet om at det for at avhendelse skal foreligge, må kreves noe i tillegg. Aarbakke formulerer i Skatt på inntekt, 4. utgave side 75, dette tilleggsvilkåret slik, i forhold til avhendelsesbegrepet i skatteloven § 43 annet ledd: ”Det kreves også at de vesentligste av vilkårene for at erververen kan kreve formuesgjenstanden avstått til seg, er fastlagt.” Dette er nærmere utviklet slik at tilleggsvilkåret først og fremst innebærer at størrelsen av vederlaget må være fiksert. Jeg ser det slik, ut fra det som er formålet med aksjegevinstskatteloven, og i tråd med det tilleggsvilkåret Aarbakke stiller opp, at avhendelse foreligger når gevinsten er klarlagt og sikret for selgerne.”**
- (37) Jeg legger på bakgrunn av redegjørelsen foran til grunn at dette må være det rettslige utgangspunktet også etter skatteloven § 10-31. Det blir da uten betydning på hvilket tidspunkt selgerne får et ubetinget krav på vederlag – periodiseringstidspunktet, jf. skatteloven § 14-2 – det avgjørende er på hvilket tidspunkt gevinsten var *klarlagt og sikret* for selger. Jeg tilføyer at dette kravet etter mitt syn er, og skal være, strengt. Riktignok må ikke alle enkeltheter i avtaleforholdet være klarlagt for at avtaletidspunktet skal anses som realisasjonstidspunktet, jf. for eksempel Rt. 1995 side 872, hvor selgeren først etter avtaleinngåelsen skulle få beskjed om hvilket selskap innen den kjøpende gruppen aksjene skulle transporteres til. Men det forhold at tidfestingen av realisasjonen kan være avgjørende for om en gevinst er skattepliktig, eller eventuelt tap er fradragsberettiget, tilsier at det på avtaletidspunktet ikke kan være en reell usikkerhet om at avtalen vil bli gjennomført etter sitt innhold hvis avtaletidspunktet skal anses som realisasjonstidspunktet. Man kan også si at dette følger av den primære hjemmelen for skatteplikt, skatteloven § 5-1, som definerer skattepliktig inntekt som ”fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet”. Skatteplikt utløses altså ikke av en inntektsmulighet, inntekten skal være vunnet.
- (38) Jeg finner ikke rettskildemessig dekning for at det avgjørende ved vurderingen av om avtaletidspunktet er realisasjonstidspunktet, er om avtalen faktisk blir gjennomført etter sitt innhold, slik staten prinsipielt har anført. Dersom det er en reell usikkerhet på avtaletidspunktet, er gevinsten ikke klarlagt og sikret da – selv om det i ettertid viser seg at avtalen blir gjennomført etter sitt innhold.
- (39) Spørsmålene i vår sak blir følgelig om gevinsten på avtaletidspunktet var tilstrekkelig klarlagt i avtalen, og om forbeholdene om bortfall eller heving av avtalen som følge av

forhold avdekket i ”due diligence”-perioden eller endelig vedtak fra konkurransemyndighetene, tilsa at gevinsten ikke var sikret. Jeg ser først på betydningen av avtalens ”due diligence”-bestemmelser.

- (40) Avtalens punkt 9 og vedlegg 18 gjaldt ”due diligence”. Det fremgår at formålet med ”due diligence” var å verifisere at den dokumentasjonen Posten hadde mottatt om Nor-Cargo før avtaleinngåelsen, var korrekt og fullstendig i alle vesentlige forhold. Bakgrunnen var at Posten og Nor-Cargo var konkurrenter, og det hadde derfor ikke vært aktuelt å gi Posten innsyn i Nor-Cargos virksomhet før det var inngått avtale om overdragelse. Selgerne hadde dessuten ikke ønsket å skape uro blant de ansatte i Nor-Cargo før avtaleinngåelsen, noe som også gjorde at de selv ikke hadde foretatt en detaljert gjennomgåelse av Nor-Cargo før avtaleinngåelsen.
- (41) Selgerne pliktet etter avtalen å etablere et datarom i Nor-Cargos lokaler senest 22. mars 2004. Datarommet skulle omfatte all vesentlig informasjon om Nor-Cargo. Så snart partene var enige om at datarommet var organisert som forutsatt, skulle kjøpers ”due diligence” begynne. Prosessen kunne vare i 44 dager, og kjøper skulle i denne perioden ha adgang til informasjon som ble funnet påkrevd – med visse fastsatte unntak, og til nøkkelpersonell i Nor-Cargo-konsernet samt Nor-Cargos revisor og advokat.
- (42) Dersom kjøper i ”due diligence”-perioden avdekket avvik i forhold til konsernregnskapet pr. 31. desember 2003, skulle vederlaget justeres i tråd med nærmere bestemmelser i avtalen. Bakgrunnen var at vederlaget var fastsatt med utgangspunkt i konsernregnskapet for 2003. Bestemmelsene om revisjon av vederlaget kan noe forenklet sammenfattes slik:
- (43) Avvik i egenkapitalen som enkeltvis ikke oversteg 500 000 kroner, skulle det ses bort fra, og et samlet avvik som ikke oversteg 10 millioner kroner, kunne kjøper ikke påberope seg. Dersom det samlede avviket i egenkapitalen oversteg 10 millioner kroner, kunne imidlertid hele avviket påberopes av Posten som grunnlag for reduksjon av vederlaget. Et krav om reduksjon på over 38 millioner kroner ville imidlertid gi selgerne rett til å heve avtalen, noe som måtte gjøres innen tre dager etter mottakelsen av kravet. Posten kunne på sin side heve avtalen dersom det ble avdekket forhold som vesentlig avvek fra den informasjon selgerne hadde gitt om selskapet. Dersom kjøper avdekket vesentlige negative avvik i selskapets egenkapital eller resultat (EBITDA), ville kjøper ha hevingsrett. Ti prosent avvik i selskapets egenkapital eller resultat skulle alltid anses som vesentlig. Eventuelt hevingskrav måtte fremsettes senest syv dager før oppgjørsgjennomføring.
- (44) Som tidligere nevnt, mente Posten å ha krav på en reduksjon av vederlaget med 74,646 millioner kroner. Kravet ble nedjustert til 37,546 millioner kroner, noe som samtidig innebar at selger ikke kunne heve avtalen. Det fremgår av interne notater at man på selgersiden fant at det var grunnlag for flere av postene i Postens krav, og også at kravet ikke kom som noen overraskelse, i lys av at det ikke var foretatt noen grundig selgers ”due diligence” i forkant av avtaleinngåelsen. Partene var imidlertid innstilt på å komme til en løsning, og resultatet ble reduksjon i vederlaget på 15 millioner samt en garanti fra selgerne på inntil 13 millioner kroner.
- (45) Jeg finner det i denne situasjonen vanskelig å si at risikoen for at Posten i ”due diligence”-perioden kunne finne forhold som ville gitt hevingsrett etter avtalens bestemmelser, fremstår som så liten at den kan sees bort fra – dvs. at gevinsten var *sikret*. Dette gjelder selv om vederlaget skulle baseres på konsernregnskapet for 2003, og således

på forhold som selgerne kunne kjenne til. Det var da også faren for avvik som gjorde at selgerne betinget seg hevingsrett dersom Postens krav skulle overstige 38 millioner kroner. At kjøpers hevingsrett eventuelt også kunne følge av alminnelige kontraktsrettslige regler, anser jeg ikke som avgjørende. Spørsmålet må være om heving fremstår som så usannsynlig på avtaletidspunktet at det kan sees bort fra denne muligheten, uansett på hvilket grunnlag heving eventuelt ville kunne skje.

- (46) Dette resultatet gjør at det ikke er nødvendig å ta stilling til om den justering av vederlaget som var forutsatt å kunne følge av kjøperens ”due diligence”, innebar at gevinsten ikke var tilstrekkelig *klarlagt*. Jeg nevner likevel at vilkåret om at gevinsten skal være klarlagt, ikke kan forstås så strengt at enhver avtalebestemmelse om justering av vederlaget etter avtaleinngåelsen, innebærer at realisasjonstidspunktet forskyves til et senere tidspunkt.
- (47) Det er heller ikke nødvendig å ta stilling til betydningen av forbeholdet om at konkurransemyndighetene ikke vedtok forbud eller inngrep som innebar at avtalen falt bort eller kunne heves.
- (48) Jeg peker likevel på at mye tyder på at også dette forbeholdet innebar en realitet. Etter konkurranseloven 11. juni 1993 nr. 65 kunne Konkurransetilsynet gripe inn mot et bedriftserverv dersom det fant at ervervet ville forsterke eller føre til vesentlig begrensning av konkurransen i strid med formålet med konkurranseloven, jf. § 3-11 første ledd. Ervervsdrivende som ønsket å få avklart om det ville bli aktuelt med inngrep, kunne melde den endelige avtalen til Konkurransetilsynet, jf. § 3-11 syvende ledd. Dersom ikke tilsynet innen tre måneder varslet at inngrep kunne bli aktuelt, var det avskåret fra å beslutte inngrep senere.
- (49) Posten tok initiativ til et forberedende møte med Konkurransetilsynet før avtalen ble inngått, og sendte dagen etter avtaleinngåelsen en omfattende redegjørelse for avtalen og dens konsekvenser til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet innhentet som ledd i sin saksbehandling uttalelser fra en rekke næringsdrivende, og det var under saksbehandlingen utstrakt kommunikasjon mellom tilsynet og Postens advokat. Det er altså ikke tvilsomt at Posten anså risikoen for inngrep fra konkurransemyndighetene for reell, og denne vurdering fremstår ikke som ufundert. Posten hadde på grunn av det historiske postmonopolet en godt utbygd infrastruktur, og i følge forklaring fra advokat Siri Teigum hadde Konkurransetilsynet vært opptatt av å unngå at Posten på dette grunnlaget hindret fremvekst av konkurranse i de berørte markeder og nabomarkeder. Den samlede markedsandelen for Posten og Nor-Cargo var dessuten nokså nær det nivå hvor tilsynet, etter de dagjeldende retningslinjene, ville vurdere om det var grunnlag for inngrep i saken. Det kunne dessuten være uklart hvordan markedsandeler skulle bedømmes.
- (50) Jeg er altså kommet til at det var en reell risiko for at både utfallet av kjøperens undersøkelser (”due diligence”) og konkurransemyndighetenes behandling av avtalen kunne lede til heving av avtalen, og at aksjene derfor ikke ble realisert allerede på avtaletidspunktet 9. mars 2004.
- (51) Hurtigruten har vunnet saken fullstendig, og i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 og tvistemålsloven § 172 finner jeg at staten v/ Skatt nord må pålegges å betale Hurtigrutens sakskostnader for alle instanser.

(52) De sakskostnader Hurtigruten har krevd dekket, utgjør for tingretten 229 106 kroner, hvorav advokatsalæret utgjør 220 000 kroner, for lagmannsretten 257 141 kroner, hvorav advokatsalæret utgjør 220 000 kroner, og for Høyesterett 236 000 kroner, som i sin helhet er advokatsalær. Staten har påpekt at kravet er høyt. Jeg finner imidlertid at det ut fra sakens betydning for Hurtigruten har vært rimelig å pådra kostnadene, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Det totale omkostningsbeløp som staten v/Skatt nord må pålegges å betale, utgjør etter dette 722 247 kroner.

(53) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Skatt nord til Hurtigruten ASA 722 247 – sjuhundreogtjuetotusentohundreogførtisju – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

(54) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(55) Dommer **Stabel:** Likeså.

(56) Dommer **Webster:** Likeså.

(57) Dommer **Gussgard:** Likeså.

(58) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Skatt nord til Hurtigruten ASA 722 247 – sjuhundreogtjuetotusentohundreogførtisju – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

Riktig utskrift bekrefte: