

UiO : **Det juridiske fakultet**

Omklassifisering av kapitalinntekt til arbeidsinntekt

Aksjer i arbeidsforhold

Kandidatnummer: 520

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17468



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Den videre fremstillingen	2
2	BAKGRUNNEN FOR PROBLEMSTILLINGEN.....	3
2.1	Skattlegges forskjellig	3
2.2	Forskjellige inntektskategorier	4
2.3	Grensedragningen er et rettsanvendelsesspørsmål	6
3	KJØP/TEGNING AV AKSJER.....	6
3.1	Fordel.....	6
3.1.1	Underkurs.....	7
3.1.2	Markedsverdi.....	7
3.2	Vunnet ved arbeid.....	13
3.3	Lempningsregel	16
4	EIERPERIODEN	16
4.1	Utgangspunkt.....	16
4.1.1	Uttalelsene fra Skattedirektoratet.....	17
4.2	Unntak	19
4.2.1	Rt. 2009 s. 105 (Enskilda).....	20
4.2.2	Rt. 2010 s. 527 (Boston)	25
4.2.3	Oppsummering.....	28
5	SALG AV AKSJER.....	30
5.1	Utgangspunkt.....	30

5.2	Unntak	31
5.2.1	Ansattes salg av aksjer	32
5.2.2	Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith).....	33
5.2.3	Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans).....	40
5.2.4	Forskjellen mellom de to sakene.....	46
5.2.5	Rettstilstanden etter dommene	46
5.2.6	Earnout	48
5.2.7	Rt. 2008 s. 1307 (Skogli)	49
5.2.8	Rt. 2009 s. 813 (Gaard)	54
5.2.9	Rettstilstanden etter dommene	62
6	OPPSUMMERING	64
7	KILDER	66

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Problemstillingen for denne oppgaven er når inntekt som i utgangspunktet vil være kapitalinntekt, i realiteten skal anses og skattlegges som arbeidsinntekt. Dette betegnes vanligvis som omklassifisering.

Spørsmålet er først og fremst aktuelt i forbindelse med aksjeutbytte og aksjegevinst som har tilknytning til et arbeidsforhold. Oppgaven vil derfor fokusere på de problemstillingene som knytter seg til beskatning av aksjeinntekter. I det følgende benyttes begrepet aksjeinntekt som fellesbetegnelse på utbytte og gevinst.

To eksempler på når problemstillingen oppstår er aksjekjøpsordninger for ansatte og earnout.

Ved aksjekjøpsordninger for ansatte får de ansatte muligheten til å erverve aksjer i arbeidsgiverselskapet. Hensikten er gjerne å motivere til økt innsats ved å gi arbeidstakerne en felles interesse med de øvrige eierne i verdiskapningen i selskapet.¹ I tillegg kan en slik ordning bidra til at de ansatte får en større følelse av lojalitet overfor arbeidsgiver slik at de ønsker å bli værende lenger i selskapet. Ordningen med å tilby aksjer til ansatte kan enten gjennomføres ved at de ansatte får tilbud om å kjøpe aksjer fra selskapets beholdning av egne aksjer, eller ved at det tegnes nye aksjer gjennom en kapitalforhøyelse i selskapet.² De ansatte får inntekt fra aksjene i form av utbytte og gevinst.

Med earnout menes den situasjon at aksjene i en kompetansebedrift selges, og kjøper ønsker at de aktive eierne skal fortsette å arbeide i selskapet etter overdragelsen. En slik ar-

¹ Zimmer (2010) s. 556

² Zimmer (2010) s. 556

beidsforpliktelse er ofte viktig for kjøperen, for at han skal kunne sikre seg den kompetansen som bedriften er avhengig av. Eierne mottar vederlaget som aksjevederlag.

Problemstillingen er om inntekt fra aksjene har slik sammenheng med arbeidsforholdet at aksjeinntektene skal anses «vunnet ved arbeid...» slik at inntekten skal beskattes som arbeidsinntekt etter skatteloven § 5-1.

Grunnen til at problemstillingen er aktuell, er at arbeidsinntekter skattlegges noe høyere enn aksjeinntekter. Dette gjelder særlig når fritaksmetoden kommer til anvendelse, fordi den innebærer at visse aksjeinntekter er tilnærmet fritatt for skatt.³ Når aksjeutbytte eller aksjegevinst innvinnes av et aksjeselskap, kan man gjennom fritaksmetoden oppnå en skattefordel ved at skattleggingen av hele eller deler av aksjeinntekten utskytes.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Det avgrenses mot hvilken betydning omklassifisering av kapitalinntekt til arbeidsinntekt kan få for reglene om fradrag. Tidspunktet for beskatningen vil ikke bli behandlet. De norske skattereglene i forhold til den internasjonale skatteretten vil heller ikke bli behandlet.

1.3 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 sies det litt om bakgrunnen for problemstillingen. Deretter vil jeg vurdere om det får noen spesielle skattemessige konsekvenser når aksjer har sammenheng med et arbeidsforhold. Disposisjonen er lagt opp etter en tidslinje. I kapittel 3 behandles situasjonen ved kjøp/tegning av aksjer. I kapittel 4 behandles eierperioden. I kapittel 5 behandles salg av aksjer. I kapittel 6 gis en oppsummering av oppgaven.

³ Se skatteloven § 2-38

2 Bakgrunnen for problemstillingen

2.1 Skattlegges forskjellig

Fordi aksjeinntekt og arbeidsinntekt skattlegges etter forskjellige regler og forskjellige satser i skatteloven, vil en skattyter skattlegges forskjellig avhengig av om inntekten klassifiseres som aksjeinntekt eller som arbeidsinntekt.

Aksjeinntekter er kapitalinntekt som i utgangspunktet kun skattlegges som alminnelig inntekt etter § 5-1, med en skattesats på 28 %.⁴ I visse tilfeller er aksjeinntekter også tilnærmet fritatt for beskatning.⁵

Arbeidsinntekt skattlegges også som alminnelig inntekt etter § 5-1, men i tillegg skattlegges den som personinntekt etter skatteloven § 12-2 (1) bokstav a. Av personinntekt skal det beregnes toppskatt og trygdeavgift, se skatteloven § 12-1. Toppskatten er progressiv med en maksimal skattesats på 12 %, mens skattesatsen for trygdeavgift normalt er 7.8 %.⁶ Dette innebærer at skatten på arbeidsinntekt kan bli inntil 47.8 %.

I tillegg påløper det arbeidsgiveravgift på arbeidsinntekt med inntil 14.1 %⁷. Arbeidsgiveravgiften er riktignok en kostnad for arbeidsgiver, men denne kostnaden blir ofte veltet over på arbeidstaker i form av lavere lønn.⁸ Det kan derfor være nødvendig å ta med arbeidsgiveravgiften når man skal vurdere skattebelastningen på arbeidsinntekt. På den annen side får arbeidsgiver skattemessig fradrag for både lønnen og arbeidsgiveravgiften, noe som til en viss grad kan bidra til å redusere arbeidsgiveravgiftens betydning i denne sammenheng.

⁴ Se Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2012

⁵ Se skatteloven § 2-38

⁶ Se Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2012 og Sttingsvedtak om avgifter til folketrygden 2012

⁷ Se folketrygdloven § 23-2 og Sttingsvedtak om avgifter til folketrygden 2012

⁸ Zimmer (2009) s. 95

I den rettspraksis som foreligger angående grensdragningen mellom inntektskategoriene, har problemstillingen stort sett handlet om i hvilken grad kapitalinntekt i form av aksjeinntekter skal omklassifiseres til arbeidsinntekt. Hovedgrunnen til dette ligger i de skattefordeler som følger av reglene for skattlegging av aksjeinntekter, og da særlig fritaksmetoden. Tidligere var forskjellene mellom aksjeinntekt og arbeidsinntekt enda større, som nok bidro til at man også under forrige skattereform hadde en del saker om dette.

Fritaksmetoden innebærer i korte trekk at aksjeinntekter som tilfaller selskapsaksjonærer er tilnærmet fritatt for skatt.⁹ Når kapitalinntekter innvinnes av et aksjeselskap i form av utbytte eller aksjegevinst kan man altså gjennom fritaksmetoden oppnå en skattefordel ved at skattleggingen av hele eller deler av aksjeinntekten utskytes.

Et eksempel kan illustrere effekten: I et normalt tilfelle vil AS 3 med overskudd på 100 betale 28 prosent skatt og sitte igjen med 72. Deles disse 72 ut til AS 2 vil utbytte falle under fritaksmetoden og bli skattefritt (med unntak av 3 prosent hvis selskapene ikke er i samme konsern). Det samme vil gjelde dersom AS 2 deler ut sitt overskudd til AS 1. Utbytte vil også her falle inn under fritaksmetoden og bli skattefritt. Så lenge overskuddet beholdes i et AS vil det altså ikke oppstå mer skatt. Det er først når utbytte utdeles til personlig aksjonær at det vil skje ytterligere beskatning.

Denne muligheten for utsatt skattlegging fører til at mange ønsker å organisere seg slik at mest mulig aksjeinntekt innvinnes gjennom et aksjeselskap.

2.2 Forskjellige inntektskategorier

Arbeidsinntekt og kapitalinntekt er to forskjellige inntektskategorier, se skatteloven § 5-1 (1).

⁹ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 52 og skatteloven § 2-38

Arbeidsinntekt er «enhver fordel vunnet ved arbeid ...». ¹⁰ Det følger av forarbeidene at det bare er fysiske personer som kan ha arbeidsinntekt. ¹¹ Basert på ordlyd og praksis kan begrepet arbeid forstås som «en personlig innsats (eller tjeneste) med økonomisk karakter». ¹² Skatteloven § 5-10 har en oppregning av eksempler på hva som skal anses som fordel vunnet ved arbeid. En typisk arbeidsinntekt er lønn, mottatt i eller utenfor tjenesteforhold. Oppregningen er imidlertid ikke uttømmende, jfr. ordlyden «blant annet». I forarbeidene er det også lagt til grunn at eksemplifiseringen ikke danner noen yttergrense for inntektsbegrepet:

«Avgjørende vil være om fordelene kan anses vunnet ved arbeidsforholdet. Dette vilkåret kan være oppfylt også for fordeler som har løsere tilknytning til arbeidsforholdet enn de fordelene som er nevnt eksplisitt i bokstav a annet punktum.» ¹³

Kapitalinntekt er «enhver fordel vunnet ved ... kapital ...». ¹⁴ Skatteloven § 5-20 har en ikke uttømmende oppregning av hva som skal anses som fordel vunnet ved kapital. Begrepet kapital omfatter etter denne bestemmelsen både realgjenstander, finansgjenstander, og immaterielle gjenstander. Aksjer er en finansgjenstand slik at avkastning på aksjer i form av utbytte er omfattet av kapitalregelen. Det følger av ordlyden i § 5-20 at kapitalbegrepet er vidt, men at det ikke omfatter kapitalinntekt i virksomhet. Slik inntekt omfattes av hovedregelen om virksomhetsinntekt i skatteloven § 5-1 (1). ¹⁵

¹⁰ Skatteloven § 5-1 (1)

¹¹ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 47

¹² Zimmer (2009) s. 131

¹³ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 50

¹⁴ Skatteloven § 5-1 (1)

¹⁵ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 50

Skatteloven skiller mellom kapitalinntekter og kapitalgevinster.¹⁶ Hjemmelen for å skattlegge aksjegevinster er skatteloven § 5-1 (2). Dette skillet har imidlertid ikke betydning i denne sammenheng.

2.3 Grensedragningen er et rettsanvendelsesspørsmål

Spørsmålet om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt er først og fremst et rettsanvendelsesspørsmål. Etter ordlyden i skatteloven § 5-1 (1) er en fordel enten «vunnet ved arbeid» eller «vunnet ved... kapital». Problemstillingen er om fordelene har tilknytning til arbeid eller til kapital.

Loven inneholder ingen generelle regler med hensyn til hvordan denne grensen mellom inntektskategoriene skal trekkes. Skillet har først og fremst blitt utviklet gjennom rettspraksis.

3 Kjøp/Tegning av aksjer

Når en ansatt erverver aksjer i arbeidsgiverselskapet, kan det spørres om dette kan få noen skattemessige konsekvenser på ervervstidspunktet. I utgangspunktet får ikke aksjeervert noen skattemessige konsekvenser når den ansatte erverver aksjen til markedspris. Den ansattes aksjeervert likestilles i slike tilfeller med ethvert annet aksjeervert.

Skatteloven § 5-1 (1) oppstiller imidlertid skatteplikt for «enhver fordel vunnet ved arbeid...». Hvis den ansatte har oppnådd en fordel ved aksjeervert, og fordelene er oppnådd på grunn av ansettelsesforholdet vil fordelene kunne anses som skattepliktige inntekter for den ansatte.

3.1 Fordel

For at aksjeervert skal utløse skatteplikt må den ansatte ha fått en fordel i skattelovens forstand, jfr. skatteloven § 5-1 (1).

¹⁶ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 49

Uttrykket «enhver fordel» gjenspeiler at fordelsbegrepet er omfattende. Det omfatter så vel penger som naturalytelser. Det siste fremgår forutsetningsvis av skatteloven § 5-12 (1). Av dette kan det legges til grunn at det ikke spiller noen rolle hva fordelene kalles eller i hvilken form den fremstår. Det nærmere innholdet i fordelsbegrepet er ikke definert i loven, men kjernen i begrepet er at man mottar noe andre må betale for vederlagsfritt eller til underpris.¹⁷ En fordel som ikke har økonomisk verdi, eller som er tilgjengelig for alle er derimot ikke omfattet av skattelovens fordelsbegrep.¹⁸

3.1.1 Underkurs

En fordel vil først og fremst foreligge når den ansatte får erverve aksjen til en pris som er lavere enn markedsverdien. Han kjøper en aksje, men betaler mindre for den enn den er verdt. Det er denne verdidifferansen som kan være en skattepliktig fordel. Verdifferansen mellom markedsverdien og det den ansatte betaler betegnes normalt som underkurs.

Det blir i utgangspunktet avgjørende for hvorvidt aksjeerhvervet utløser skatteplikt om det kan konstateres at det foreligger underkurs.¹⁹ Men som drøftelsen vil vise følger det av rettspraksis at aksjeerhvervet også kan medføre en fordel dersom ervervet finansieres med et gunstig lån fra arbeidsgiver eller dersom de ansatte påtar seg en bindingstid i selskapet.

3.1.2 Markedsverdi

For å fastsette hvorvidt det foreligger en underkurs som kan utløse skatteplikt, er aksjens markedsverdi utgangspunktet for beregningen. Et annet ord for markedsverdi er reell salgsverdi. Her benyttes betegnelsen markedsverdi.

¹⁷ Zimmer (2009) s. 127

¹⁸ Zimmer (2009) s. 127-128

¹⁹ Gjems-Onstad (2012) s. 250

Aksjer kan svinge mye i verdi. På hvilket tidspunkt man skal fastsette markedsverdien kan derfor få stor betydning for fordelsberegningen.

Utgangspunktet er at aksjens markedsverdi skal fastsettes på ervervstidspunktet.²⁰ At dette tidspunktet er avgjørende kan utledes fra kontantprinsippet om arbeidsinntekter i skatteloven § 14-3 (1).²¹ Ervervstidspunktet er når den ansatte får aksjonærrettigheter i selskapet og rådighet over aksjen. Kjøper den ansatte aksjer fra selskapets beholdning av egne aksjer, er ervervstidspunktet når ervervet enten er innført i aksjeeierboken eller når det er meldt og godtgjort, jfr. aksjeloven § 4-2. Dersom det tegnes nye aksjer gjennom en kapitalforhøyelse i selskapet, vil ervervstidspunktet være når kapitalforhøyelsen er registrert og ferdig behandlet i selskapet, jfr. aksjeloven § 10-11.

Hvordan man fastsetter aksjens markedsverdi kan være forskjellig avhengig av om det er snakk om børsnoterte aksjer eller unoterte aksjer. Markedsverdien er den verdi en utenforstående ville vært villig til å betale for aksjen under de samme betingelsene som den ansatte (reell salgsverdi).²²

For børsnoterte aksjer og aksjer notert på meglerliste er det som regel enkelt å fastsette markedsverdien. Omsetningskurs den senere tid anses å reflektere aksjens markedsverdi.²³ Man setter da markedsverdien lik børs- eller listeverdien på ervervstidspunktet.

For unoterte aksjer som ikke står på meglerliste må man legge til grunn markedsverdien, men her kan denne være vanskeligere å fastslå og beregningen må ofte bli skjønnsmessig.²⁴ Dersom det foreligger nylige aksjetransaksjoner i selskapet som ikke har vært mellom nær-

²⁰ Zimmer (2010) s. 560

²¹ Gjems-Onstad (2012) s. 254

²² Zimmer (2010) s. 560

²³ Zimmer (2010) s. 560

²⁴ Gjems-Onstad (2012) s. 253

stående, kan dette gi et utgangspunkt. Det samme gjelder dersom det nylig har vært foretatt en verdsettelse av selskapet, for eksempel i forbindelse med en emisjon.

Hvorvidt omsetningsbegrensninger eller bindingstid på ansatteaksjene kan redusere markedsprisen i denne sammenheng er det uenighet om i teorien. Gjems-Onstad hevder at et salgsforbud på aksjen ikke kan redusere markedsprisen.²⁵ Zimmer hevder derimot at salgstriksjoner kan redusere markedsverdien.²⁶ Begge forfatterne mener å finne støtte for sitt syn i rettspraksis, men Zimmer henviser også til ligningspraksis.

Rimelighetsbetraktninger kan tilsi at man bør legge vekt på salgstriksjoner. Ved et salg på det åpne markedet, må det kunne antas at for eksempel et forbud mot å selge aksjen de første tre årene vil få innvirkning på den prisen en kjøper vil være villig til å betale for aksjen.

Hvis markedsverdien ikke med rimelig sikkerhet kan fastsettes på annen måte, kan den settes lik aksjens andel av selskapets fulle skattemessige formuesverdi, jfr. FSFIN § 5-14-1. Prising etter dette alternativet forutsetter altså at verdien «ikke med rimelig sikkerhet» kan fastsettes på annen måte. Hvor stor usikkerhet som kreves for å kunne benytte skattemessig formuesverdi foreligger det lite praksis og teori på. Ordlyden tyder på at en viss grad av usikkerhet ikke er tilstrekkelig. Zimmer antar at det ikke kreves «*så veldig sterke holdpunkter for at verdien «med rimelig sikkerhet» kan fastslås.»*²⁷. Da kan skattemessig formuesverdi ikke benyttes.

I Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) ble det besluttet at selskapet skulle utvide aksjekapitalen med kr 100 000 ved å gjennomføre en rettet emisjon mot nøkkelpersoner som var ansatt i selskapet. 13 ansatte fikk tilbud om å tegne aksjer for det beløp aksjekapitalen var besluttet

²⁵ Gjems-Onstad (2012) s. 254

²⁶ Zimmer (2010) s. 560

²⁷ Zimmer (2010) s. 560

utvidet med, og alle benyttet seg av tilbudet. I samsvar med tilbudet tegnet de ansatte aksjene til pålydende, kr 10 per aksje. Ved nytegningen økte verdien av selskapet med nytegningsbeløpet, slik at aksjene hadde en beregnet verdi på kr 143 per aksje. Høyesterett la til grunn at verdidifferanse mellom det den ansatte betaler og aksjens verdi er underkurs, og at underkurs i utgangspunktet er en fordel i skattelovens forstand:

*«Dersom en arbeidstaker erverver en aksje fra arbeidsgiver til underkurs, vil differansen mellom aksjens verdi og den pris arbeidstakeren har betalt, være en fordel...».*²⁸

Flertallet i Høyesterett kom imidlertid til at underprisen i dette tilfellet ikke kunne beskattes, fordi det fremgikk av aksjonæravtalen at det ved innløsning av aksjene skulle gjøres fradrag for underkursen. Høyesterett så det altså slik at fordelene aldri var blitt realisert. At det skulle gjøres fradrag for underkursen innebar at de ansatte aldri fikk noen andel av den verdien som lå i selskapet på tegningstidspunktet.

En interessant side av dommen er at Høyesterett likevel mente at det forelå en skattepliktig fordel. Det var bare på grunn av prosessuelle grunner at Høyesterett ikke kunne avsi dom for at denne fordelene skulle skattlegges. Høyesterett så det nemlig slik at de ansatte hadde oppnådd en fordel gjennom at de hadde fått «låne» underkursen gratis fra arbeidsgiveren. Denne rentefordelen burde de ansatte etter Høyesteretts oppfatning ha blitt skattlagt for:

*«Etter mitt syn må verdien av den kreditt som de ankende parter på denne måte har fått stilt til disposisjon, anses som fordel...».*²⁹

I Rt. 2010 s. 999 (First Securities) var det spørsmål om ansatte i et nystiftet foretak hadde fått en fordel ved tegning av aksjer i selskapet ved at de hadde bundet seg til en fremtidig arbeidsinnsats i selskapet. Det hadde nemlig vært samtaler med et annet selskap forut for

²⁸ Rt 2000 758 s. 765

²⁹ Rt 2000 758 s. 768

aksjetegningen om oppkjøp av aksjene til en pris som var mye høyere enn tegningskursen, og en viktig forutsetning for oppkjøpet var at de ansatte hadde plikt til å fortsette å arbeide i selskapet. Endelig avtale om aksjeoppkjøp ble imidlertid ikke inngått før etter aksjetegningen.

Høyesterett tok utgangspunkt i at tegningskursen var aksjenes formelle verdi på tegningstidspunktet. Formelt sett forelå det altså ingen fordel ved aksjetegningen. Det var imidlertid ikke utelukket at de ansattes binding til selskapet i et tilfelle som dette kunne medføre at aksjene likevel hadde en høyere verdi enn tegningskursen, slik at det kunne foreligge en fordel allerede ved aksjetegningen:

«Den fordelten - verdiøkningen - som Riksskattenemnda her har beskattet ved aksjetegningen - er altså begrunnet i et forventet oppkjøp av 51 prosent av aksjene i selskapet fra en strategisk investor som vil legge vekt på de ansattes bindinger til selskapet. En større eller mindre sannsynlighet ved stiftelsen for at et slikt oppkjøp vil finne sted, vil selvsagt ha betydning for verdien av aksjene på dette tidspunkt. Men dette kan - slik jeg ser det - ikke medføre at fordelten allerede da anses innvunnet for aksjonærene. I et tilfelle som det foreliggende vil dette etter mitt syn først skje ved selve salget av aksjene.»³⁰

Fordi avtalen om aksjeoppkjøp først var blitt inngått etter stiftelsen, kom Høyesterett imidlertid i denne saken til at fordelten på tegningstidspunktet var for usikker til at den kunne anses innvunnet.

Førstvoterende reiste spørsmålet om det kunne gjøres et unntak dersom avtalen om aksjekjøp hadde blitt inngått forut for aksjetegningen.³¹ I et slikt tilfelle ville aksjekjøpsavtalen vært et bevis på at de ansattes bindinger til selskapet ga aksjene en høyere verdi enn teg-

³⁰ Rt 2010 999 avsnitt 43

³¹ Rt 2010 999 avsnitt 44

ningskursen allerede på tegningstidspunktet. Verdidifferansen mellom tegningskursen og aksjenes verdi ville da vært en fordel på lik linje med underkurs.

I Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) ble det inngått en aksjonæravtale som besluttet at 37,5 prosent av aksjekapitalen skulle reserveres partnerne. De ansattes aksjeerverv skulle ifølge aksjonæravtalen finansieres med et svært gunstig lån hos den ene hovedaksjonæren i selskapet. I tillegg til dette inneholdt aksjonæravtalen bestemmelser om hvordan salgssummen skulle beregnes når aksjene ble solgt. Saken gjaldt først og fremst om gevinst på aksjene kunne beskattes som arbeidsinntekt, men Høyesterett kom likevel med en generell bemerkning knyttet til skatteplikten ved aksjekjøp for å underbygge at det samme må gjelde ved aksjesalg:

*«På den annen side er det sikker rett at ytelser i arbeidsforholdet i form av friaksjer eller aksjer til underpris utgjør en fordel [...] Det følger av dette at særfordeler som arbeidstakeren får i forbindelse med aksjekjøp, er skattepliktige. Det samme må gjelde for særfordeler ved salg av aksjer...».*³²

Høyesteretts uttalelse om at «særfordeler» i forbindelse med ansattes aksjeerverv er skattepliktige er interessant, fordi den kan tolkes slik at også andre ting enn aksjer til underpris kan være en skattepliktig fordel. Et eksempel er den kredittfordelen de ansatte fikk i Kruse Smith-saken.

Også i Pre Finans fikk de ansatte finansiert aksjeervervet sitt gjennom et svært gunstig lån. Renten på lånet lå betydelig under markedsrenten, og det var avtalt at denne kunne legges til lånebeløpet. Når de ansatte fikk en så lav rente på lånet, kan det argumenteres for at de ansatte fikk en fordel ved ervervet i form av sparte renteutgifter. Hadde de tatt opp lån på ordinære betingelser i en bank, hadde jo renten vært på markedsnivå. De sparte renteutgif-

³² Rt 2000 1739 s. 1748

ter var da en særfordel som den ansatte fikk i forbindelse med aksjeerhvervet. Denne særfordelen burde vært skattepliktig på lik linje med underkurs, jfr. uttalelsen i Kruse Smith ovenfor.

3.2 Vunnet ved arbeid

Selv om det kan konstateres at den ansatte gjennom aksjeerhvervet har fått en fordel i form av underkurs, må også vilkåret om at fordelene er oppnådd «ved arbeid..» være oppfylt, jfr. skatteloven § 5-1 (1). Dette vilkåret omtales ofte som tilknytningskravet.

At fordelene må være «vunnet ved» arbeid for at den skal være skattepliktig innebærer et krav til sammenheng mellom fordelene og arbeidsforholdet. I rettspraksis er det lagt til grunn at dette kravet innebærer at arbeidsforholdet må ha gitt foranledning til ervervet av fordelene.³³ I Rt. 1958 s. 583 var spørsmålet om et stipend som en forfatter hadde fått i forbindelse med forlagets jubileum var skattefritt som gave eller skattepliktig inntekt. Kravet til sammenheng ble formulert på en måte som senere er fulgt opp i rettspraksis:

«Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle 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.»³⁴

Det avgjørende i relasjon til tilknytningskravet er altså hvorvidt den ansatte i kraft av sitt arbeidsforhold får en fordel han ellers ikke ville fått.³⁵

Ved erverv av aksjer til underkurs kan fordelene anses vunnet i kraft av arbeidsforholdet selv om erververen ikke er ansatt på det tidspunktet han får aksjen.³⁶ Har erververen tidli-

³³ Rt 2000 1739 s. 1748

³⁴ Rt 1958 583 s. 585

³⁵ Zimmer (2010) s. 559

gere vært ansatt i selskapet kan det foreligge tilstrekkelig tilknytning dersom det er klart at han får erverve aksjen til underkurs på grunn av hans tidligere arbeidsinnsats i selskapet. Tilknytningen kan også anses tilstrekkelig dersom erververen ikke enda er ansatt, men han får erverve aksjen til underkurs for å sikre hans fremtidige arbeidsinnsats.

Erverves aksjen til underkurs fra arbeidsgiveren, er dette et sterkt og ofte avgjørende argument for at det foreligger tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet.³⁷ Erverves aksjen fra andre enn den formelle arbeidsgiver, som for eksempel morselskapet eller hovedaksjonæren i arbeidsgiverselskapet, vil det foreligge en sterk presumsjon for at det foreligger tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet.³⁸

Hvorvidt det er i kraft av arbeidsforholdet at den ansatte får erverve aksjer til underkurs kan fremgå av avtalen eller omstendighetene rundt aksjeerhvervet.³⁹

Det kan tyde på at fordelene er foranlediget av arbeidsforholdet dersom det kun er ansatte som får tilbud om å erverve aksjer i selskapet til underkurs.

Dersom det foreligger en binding mellom aksjene og ansettelsesforholdet, må tilknytningskravet også normalt anses oppfylt.⁴⁰ En slik binding kan være at det fremgår av avtalen at aksjeerhvervet er betinget av ansettelse i selskapet, eller at aksjene må selges dersom den ansatte slutter i selskapet.

I Kruse Smith-saken som ble omtalt ovenfor la Høyesterett til grunn at underkurs er en fordel som kan beskattes som arbeidsinntekt når arbeidstakeren erverver aksjen fra arbeidsgiver:

³⁶ Zimmer (2010) s. 558

³⁷ Zimmer (2010) s. 559

³⁸ Zimmer (2010) s. 559

³⁹ Zimmer (2010) s. 559

⁴⁰ Zimmer (2010) s. 559

«Dersom en arbeidstaker erverver en aksje fra arbeidsgiver til underkurs, vil differansen mellom aksjens verdi og den pris arbeidstakeren har betalt, være en fordel vunnet ved arbeid som kan beskattes [...]. Begrunnelsen for dette er at den fordel som arbeidstakeren ved erverv av aksjer til underpris får som følge av arbeidsforholdet, er det aksjen ved ervervet måtte være mer verdt enn det han har betalt for den.»⁴¹

At fordelene ved underkurs i dette tilfelle ikke kunne beskattes var ikke fordi det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning. Tvert imot fremgikk det av aksjonæravtalen at de 13 ansatte som tegnet aksjer ble sett på som nøkkelpersoner i selskapet, og at det var som følge av ansettelsesforholdet at de fikk bli aksjonærer.

I Pre Finans bekrefter Høyesterett at når aksjer erverves til underkurs fra arbeidsgiver, foreligger det en skattepliktig fordel vunnet ved arbeid:

«På den annen side er det sikker rett at ytelser i arbeidsforholdet i form av friaksjer eller aksjer til underpris utgjør en fordel som skattlegges som arbeidsinntekt, se beskrivelsen i Ot.prp.nr.72 (1983-1984) side 2.»⁴²

Ut i fra rettspraksis må det etter dette kunne legges til grunn at når aksjer erverves til underkurs fra arbeidsgiver foreligger det tilstrekkelig tilknytning mellom fordelene og arbeidet.

At underkurs på ansatteaksjer skal beskattes som fordel vunnet ved arbeid er også lagt til grunn i juridisk teori.⁴³

⁴¹ Rt 2000 758 s. 765-766

⁴² Rt 2000 1739 s. 1748

⁴³ Se Zimmer (2010) s. 558 og Gjems-Onstad (2012) s. 250

3.3 Lempningsregel

Når det er konstatert at det foreligger en skattepliktig fordel i form av aksjer ervervet til underkurs, oppstiller skatteloven § 5-14 (1) en lempningsregel for beregningen av den skattepliktige fordel. Bestemmelsen kommer imidlertid kun til anvendelse dersom alle de ansatte etter en generell ordning i bedriften har fått tilbud om aksjekjøp, jfr. 1 ledd bokstav c. Jeg går ikke nærmere inn på denne bestemmelsen i oppgaven.

4 Eierperioden

Når den ansatte eier aksjer i selskapet han jobber i og det utdeles utbytte på disse aksjene kan det spørres om dette i enkelte situasjoner får noen spesielle skattemessige konsekvenser for den ansatte utover en vanlig aksjonærbeskatning.

Når man både er aksjonær og ansatt i selskapet kan det oppstå spørsmål om fordelene oppnås i egenskap av å være aksjonær eller i egenskap av å være ansatt. Anses fordelene for å være oppnådd i egenskap av å være ansatt kan det bli aktuelt å klassifisere hele eller deler av utbytte som arbeidsinntekt. Utbytte kan etter omstendighetene måtte anses som «vunnet ved arbeid...», jfr. skatteloven § 5-1 (1).

4.1 Utgangspunkt

Utbytte på aksjer skal som utgangspunkt beskattes etter reglene for kapitalbeskatning. Dette gjelder som hovedregel også der aksjonæren er ansatt i selskapet.⁴⁴

Aksjeutbytte er en typisk kapitalinntekt som faller inn under kapitalregelen i §§ 5-1 (1) og 5-20 (1) bokstav b.

For personlig aksjonær vil de skattemessige konsekvensene av dette bli at utbytte skattlegges som alminnelig inntekt med 28 prosent, jfr. § 10-11 (1). Reglene om skjermingsfradrag

⁴⁴ Zimmer (2010) s. 562

vil imidlertid avdempe skatteplikten noe, se skatteloven § 10-12. Det nærmere innholdet i disse reglene vil ikke bli behandlet nærmere.

For selskapsaksjonær vil de skattemessige konsekvensene bli at utbytte blir tilnærmet fritatt for skatt.⁴⁵ Gjennom fritaksmetoden kan man altså oppnå store skattefordeler ved å eie aksjer gjennom et heleid holdingselskap. Med et aksjeselskap som aksjonær vil utbytte kunne utdeles uten at det påløper mer skatt enn tre prosent, jfr. skatteloven § 2-38. Så lenge midlene beholdes i aksjeselskapet vil det ikke oppstå mer skatt.

4.1.1 Uttalelsene fra Skattedirektoratet

Etter skattereformen forelå det noe uklarhet med hensyn til om skjermingsmetoden medførte endringer i beskatningen av arbeidene eiere i aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. På denne bakgrunn kom Skattedirektoratet i 2009 med to uttalelser om hvordan rettsreglene på dette området skulle forstås.⁴⁶

I forarbeidene var det gitt uttrykk for at gjennomskjæring i utgangspunktet ikke skulle brukes for å bøte på systemsvakheter i form av ulike satsstrukturer på ulike inntektsarter.⁴⁷ Skattedirektoratet la derfor til grunn at arbeidene eiere i utgangspunktet skulle kunne velge om de ville ta ut arbeidsvederlag eller utbytte/utdeling fra selskapet. Skatteetaten skulle ikke omklassifisere til arbeidsinntekt.⁴⁸

Denne holdningen er nok en praktisk konsekvens av at skattereformen medførte høyere utbyttebeskatning slik at det ikke lenger hadde så stor skattemessig betydning om arbeidsvederlag ble tatt ut som lønn eller utbytte. Statens skatteinntekter ville ikke bli vesentlig

⁴⁵ Se skatteloven § 2-38

⁴⁶ Utv. 2009 s. 1284, Utv. 2009 s. 1116

⁴⁷ Ot.prp.nr.92 (2004-2005) s. 29

⁴⁸ Utv. 2009 s. 1284

reduisert, og da så vel heller ikke Skattedirektoratet noen grunn til å bruke mye ressurser på omklassifisering.

Som drøftelsen nedenfor vil vise følger det av Høyesterettspraksis at denne valgfriheten ikke gjelder ubetinget. I enkelte situasjoner har Høyesterett funnet grunn til å omklassifisere utdeling til deltakere i indre selskap til arbeidsinntekt.⁴⁹ Jeg vil komme nærmere inn på hvorfor denne rettspraksisen kan være relevant også for aksjer.

I uttalelsen fra Skattedirektoratet ble det imidlertid tatt et forbehold for riktig tilordning. Forbeholdet ble fulgt opp og utdypet i den andre uttalelsen som kom noen måneder senere. Under overskriften «uakseptable skatteopplegg» ga Skattedirektoratet uttrykk for at arbeidende eiere ikke kunne unngå lønnsbeskatning ved å kanalisere inntekten til et mellomliggende aksjeselskap.⁵⁰ Mange aktive eiere hadde overdratt eierandelene sine til egne heleide aksjeselskaper men fortsatte å jobbe i selskapet. Overskuddet ble fordelt på arbeidsgodtgjørelse til eieren og kapitalavkastning til AS'et. Skattedirektoratet mente at størsteparten av kapitalavkastningen måtte klassifiseres som arbeidsinntekt og skattlegges direkte hos eieren. Det var den aktive eieren og ikke selskapet som etter de reelle forholdene var berettiget til inntekten. Det riktige var derfor å klassifisere inntekten som arbeidsinntekt og skattlegge den aktive eieren direkte.

Foreløpig foreligger det ingen rettspraksis som direkte følger opp denne uttalelsen. Det kan imidlertid ikke ses bort fra at synspunktet kan bli fulgt opp av domstolene. Rt. 2009 s. 813 er interessant i denne sammenheng. Saken gjaldt omklassifisering av aksjegevinst til arbeidsinntekt ved earnout. Dommen er interessant her fordi den ene av skattyterne eide aksjene sine gjennom et heleid holdingselskap. Han anførte at han ikke kunne tilordnes inntekten fordi det var aksjeselskapet som var part i avtalen, men dette ble avvist av Høyeste-

⁴⁹ Rt. 2009 s. 105, Rt. 2010 s. 527

⁵⁰ Utv. 2009 s. 1116

rett.⁵¹ Vederlaget var betaling for fremtidig arbeidsinnsats og en karensklausul, og dette var personlige forpliktelser som selskapet ikke kunne forplikte ham til. Dette synspunktet ligner på Skattedirektoratets oppfatning. Ut fra de reelle forholdene var det betaling for arbeidsinnsats og slik inntekt kunne ikke tilordnes et aksjeselskap. Selv om denne saken gjaldt aksjegevinst er det liten grunn til at løsningen skulle bli annerledes ved aksjeutbytte. Skulle Høyesterett komme til at utbytte til et aksjeselskap reelt sett er vederlag for eiers arbeidsinnsats må det antas at Høyesterett på samme måte som Skattedirektoratet vil komme til at inntekten må skattlegges direkte hos eieren.

4.2 Unntak

I de tilfellene hvor en aksjonær både yter et kapitalinnskudd og en arbeidsinnsats i selskapet kan det stilles spørsmål ved hvilken av disse innsatsfaktorene som skaper avkastningen.

Når en aksjonær også er ansatt i selskapet kan det derfor stilles spørsmål ved om hele eller deler av utbytte egentlig skal anses oppnådd gjennom aksjonærens arbeidsinnsats i selskapet slik at det skal beskattes som arbeidsinntekt jfr. skatteloven § 5-1 (1).

En liknende problemstilling har vært oppe for Høyesterett i forhold til deltakere i indre selskap. Situasjonen har vært at deltakerne både har eid andeler i det indre selskapet og utført arbeid for selskapet. I disse sakene har Høyesterett vurdert om den avkastningen som deltakerne har fått på sine eierandeler egentlig er vunnet gjennom deres arbeidsinnsats i selskapet slik at den skal beskattes som personinntekt etter skatteloven § 12-2 bokstav f.

I utgangspunktet er ikke denne rettspraksisen direkte anvendelig på aksjer i aksjeselskaper. Men når man eier aksjer i et aksjeselskap og samtidig er ansatt står man ovenfor den samme prinsipielle problemstillingen; om avkastningen egentlig er vunnet gjennom arbeidsinnsats. Det må derfor antas at de vurderingene som Høyesterett har gjort i forhold til deltake-

⁵¹ Rt 2009 813 avsnitt 75

re i indre selskaper vil kunne legge føringer for hvordan tilsvarende problemstilling skal løses for arbeidende aksjonærer i aksjeselskaper.

Det foreligger to nyere Høyesterettsdommer som har tatt stilling til hvorvidt avkastning på eierandeler i indre selskap skal anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats. I Rt. 2009 s. 105 kom Høyesterett til at den vesentligste del av avkastningen skulle anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats. I Rt. 2010 s. 527 ble resultatet at all avkastningen skulle anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats.

4.2.1 Rt. 2009 s. 105 (Enskilda)

I denne saken var spørsmålet om utdeling av overskuddsandeler til deltakerne i et indre selskap skulle anses som personinntekt for deltakernes arbeidsinnsats i selskapet, jfr. skatteloven § 12-2 bokstav f. Det indre selskapet bestod av SEB Enskilda AS som hovedmann og en rekke stille deltakere. Etter selskapsavtalen hadde deltakerne arbeidsplikt i selskapet, og videre deltakelse i selskapet var betinget av at arbeidsforholdet ble opprettholdt. Deltakerne var ikke ansatt i selskapet, men de utførte arbeid for selskapet som selvstendig næringsdrivende. Ifølge selskapsavtalen bestod overskuddsutdelingen til deltakerne av tre deler. Den ene delen var et på forhånd fastsatt basisbeløp, den andre delen var en diskresjonær bonus, og den tredje delen var avkastning på deltakernes kapitalinnskudd. Omklassifiseringsspørsmålet knyttet seg til den delen av overskuddet som ble betegnet som avkastning på kapitalinnskudd. Høyesterett kom til at kun 15 prosent kunne anses som avkastning på innskutt kapital. Resten ble ansett som godtgjørelse for arbeidsinnsats og ble beskattet som personinntekt etter skatteloven § 12-2 bokstav f.

Høyesterett la ligningsloven § 8-1 til grunn som hjemmel for omklassifisering. Det følger av denne bestemmelsen at ligningsmyndighetene må *«foreta en selvstendig prøving av de opplysninger skattyteren har gitt og fastsette det faktiske grunnlag for ligningen etter en fri bevisvurdering av alle de foreliggende opplysninger...»*.⁵² I følge annenvoterende (som var

⁵² Rt 2009 105 avsnitt 112

talsmann for flertallet på dette punktet) lå det implisitt i denne bestemmelsen en kompetanse for ligningsmyndighetene til å ta stilling til rettsspørsmål på selvstendig grunnlag.

Spørsmålet for Høyesterett var altså om det deltakerne hadde fått utdelt på bakgrunn av sine kapitalinnskudd likevel skulle anses som «godtgjørelse... for arbeidsinnsats», jfr. skatteloven § 12-2 bokstav f.

I følge Høyesterett måtte dette bero på «*en reell vurdering av de samlede utbetalinger fra selskapet til deltakeren.*»⁵³ Det kunne ikke være avgjørende at deler av utbetalingene var skjedd som andel av en innskuddsavkastning som var fordelt etter eierandel.

Dette innebar at den klassifiseringen som skattyterne hadde foretatt ikke uten videre kunne legges til grunn. Det måtte foretas en nærmere vurdering av om utbetalingene reelt sett var godtgjørelse for arbeidsinnsats.

Ifølge Høyesteretts fremgikk det av forarbeidene at skatteloven § 12-2 bokstav f skulle «*fange opp alle tilfeller hvor fordelingen av overskuddet gjenspeiler godtgjørelse for arbeidsinnsats.*»⁵⁴ Og det var ingen forutsetning for omklassifisering at det var skjedd en skjevdeling av overskuddet.

Høyesterett understreket at «*særlige forhold ved det aktuelle selskapsforholdet gjør at det ikke systematisk sett kan sies å være noen egentlig presumsjon for at bare det som er oppgitt som personinntekt, kan anses som « godtgjørelse for arbeidsinnsats » i skattelovens forstand.*»⁵⁵

⁵³ Rt 2009 105 avsnitt 59

⁵⁴ Rt 2009 105 avsnitt 61

⁵⁵ Rt 2009 105 avsnitt 65

Det som er verdt å merke seg her er at Høyesterett sier «særlige forhold». Det må altså foreligge spesielle trekk ved det aktuelle selskapsforholdet for at det skal bli aktuelt å fravike den arbeidsgodtgjørelsen som partene har fastsatt.

Det var flere særlige forhold ved dette selskapsforholdet som medførte at partenes oppgitte personinntekt ikke kunne anses for å reflektere det som reelt sett var godtgjørelse for arbeidsinnsats.

4.2.1.1 Eierandelene var knyttet opp mot arbeidsforholdet og deltakernes arbeidsinnsats
Høyesterett viste til at deltakernes eierandeler var knyttet opp mot arbeidsforholdet og deltakernes arbeidsinnsats i selskapet.

For det første var arbeidsforholdet en forutsetning for deltakelse i det indre selskapet. Det var bare de som arbeidet i full stilling for selskapet som kunne være deltakere, og eierandelen var en funksjon av hvor viktig deltakerens innsats for selskapet ble ansett å være ved inntreden. Deltakerne måtte tre ut av selskapet dersom ikke arbeidsforholdet ble opprettholdt. Det gjaldt et prinsipp om «naken inn-naken ut». Ved uttreden hadde deltakeren bare krav på sin andel av innskutt kapital. Deltakeren ville ikke få noen innskuddsavkastning eller andel av selskapets reelle verdier.

Det hadde også skjedd hyppige omfordelinger av eierandelene mellom deltakerne underveis. Denne omfordelingen tydet på at størrelsen på eierandelene var bestemt ut i fra deltakernes løpende arbeidsprestasjon i selskapet. Det var etter Høyesteretts oppfatning tale om en «systematisk omfordeling av eierandeler for å påse at « innskuddsavkastningen » i størst mulig grad reflekterer den godtgjørelse som det alternativt ville vært aktuelt å tildele som bonus.»⁵⁶

⁵⁶ Rt 2009 105 avsnitt 77

4.2.1.2 Svært høy kapitalavkastning i forhold til innskuddene

Høyesterett viste også til at deltakerne hadde oppnådd en svært høy kapitalavkastning i forhold til de innskuddene de hadde gjort i selskapet.

Skattyterne hadde begrunnet den høye inntjeningen med at kapitalbehovet var lavt. Selv om indre selskapet normalt har et lavt kapitalbehov, la Høyesterett til grunn at dette ikke var tilfelle for den virksomheten som selskapet drev. Hovedmannen skjøt inn all sin kapital i selskapet, i tillegg til at hovedmannens konsern stilte sine finansielle ressurser til rådighet for selskapet. I denne sammenheng var deltakernes kapitalinnskudd på til sammen 7,1 millioner kroner «ubetydelig».⁵⁷

Fordi selskapets kapitalbehov var dekket av hovedmannen og hovedmannens konsern la Høyesterett til grunn at den eneste funksjonen deltakernes kapitalinnskudd hadde var «å etablere eierposisjoner for Interessentene...» og at størrelsen på innskuddene var «bestemt med det siktemål å unngå at allokeringen av andel av overskuddet til innskuddene skulle være for oppsiktsvekkende...».⁵⁸

4.2.1.3 Mangel på interessemotsetninger

Etter Høyesteretts oppfatning var det fraværet av interessemotsetninger ved overskuddsallokeringen som klarest viste at den oppgitte personinntekten ikke ga uttrykk for hva som var den samlede arbeidsgodtgjørelsen.⁵⁹

Deltakerne hadde ikke noe incitament til å forhandle seg til høyest mulig lønn fordi fordelingen av overskuddet skjedde uavhengig av hva som ble fastsatt som arbeidsgodtgjørelse. Begge partene hadde sammenfallende interesse i at mest mulig av overskuddet ble klassifi-

⁵⁷ Rt 2009 105 avsnitt 70

⁵⁸ Rt 2009 105 avsnitt 70

⁵⁹ Rt 2009 105 avsnitt 73

sert som inntekt fra virksomhet og ikke godtgjørelse for arbeid. Selskapet ville spare arbeidsgiveravgift, og deltakerne ville unngå toppskatt og trygdeavgift.

Det ser ut til at Høyesterett ser det slik at fraværet av interessemotsetninger alene kan være nok til at man ikke kan legge til grunn den klassifiseringen som skattyter har foretatt, og at det i slike tilfeller er en presumsjon for at arbeidsgodtgjørelsen i realiteten er høyere enn det oppgitte. Det kan ikke være tilfelle i alle situasjoner. Selv om fraværet av interesse-motsetninger legger til rette for tilpasninger, er det ikke sikkert at slike tilpasninger alltid blir foretatt.

4.2.1.4 Systemverdiene direkte knyttet til hovedmannen

Skattyterne hadde anført at en vesentlig del av avkastningen til deltakerne måtte anses som avkastning på systemverdier.

Høyesterett ga uttrykk for at et slikt synspunkt «*i andre sammenhenger utvilsomt kan ha mye for seg...*»⁶⁰, men i denne saken kunne det ikke få særlig vekt. Grunnen til dette var at systemverdiene var direkte knyttet til hovedmannen. Deltakerne og deres kapitalinnskudd var derfor ikke med på å skape systemverdiene. Avkastningen til deltakerne kunne derfor ikke anses som avkastning på systemverdier.

Det må antas at Høyesterett så det slik at den innsatsfaktoren som da stod igjen var deltakerens arbeidsinnsats.

Mot dette synspunktet kan det anføres at systemverdier i en kompetansebedrift ofte vil være et resultat av sentrale ansattes arbeidsinnsats over tid. I slike bedrifter vil jo de ansatte være med på å bygge opp bedriften. Deler av systemverdiene bør i slike tilfeller tilordnes de ansatte.

⁶⁰ Rt 2009 105 avsnitt 92

Ved den konkrete personinntektsberegningen tok Høyesterett utgangspunkt i hva som kunne anses som avkastning på den innskutte kapital.

Høyesterett konkluderte med at kun 15 prosent av avkastningen skulle anses som kapitalavkastning. Resten måtte derfor anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats og beskattes som personinntekt, jfr. skatteloven § 12-2 bokstav f.

Denne dommen viser at det kan foreligge situasjoner hvor den klassifiseringen som skattyter har foretatt ikke uten videre kan legges til grunn. Det avgjørende er om avkastningen i realiteten er godtgjørelse for arbeidsinnsats. Dette må avgjøres ut i fra de reelle forholdene i saken. Når en eier både har skutt inn kapital i selskapet og ytt en arbeidsinnsats må det vurderes nærmere hvilken av disse innsatsfaktorene som gir grunnlag for utbetalingene. I denne saken var den sentrale innsatsfaktoren arbeidsinnsats. All avkastningen kunne derfor ikke anses som avkastning på kapitalinnskuddet. Kapitalinnskuddet hadde hatt så liten betydning for opparbeidelsen av overskuddet at kun en liten andel av overskuddet ble ansett som kapitalavkastning. Resten hadde sitt grunnlag i deltakernes arbeidsinnsats og måtte derfor anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats og beskattes som personinntekt.

4.2.2 Rt. 2010 s. 527 (Boston)

Denne saken gjaldt i likhet med Rt. 2009 s. 105 spørsmålet om utdeling av overskuddsandeler til deltakerne i et indre selskap skulle anses som personinntekt for deltakernes arbeidsinnsats i selskapet, jfr. skatteloven § 12-2 bokstav f. Det indre selskapet The Boston Consulting Group IS bestod av en hovedmann og tre stille deltakere. Deltakerne hadde arbeidsplikt. De var fulltids ansatte i selskapet, og de skulle bare arbeide for dette. Deltakernes ansvarskapital utgjorde til sammen 19,5 millioner kroner, men den var ikke innbetalt. For sitt arbeid i selskapet fikk deltakerne utbetalt ordinær lønn, men de fikk også utbetalt overskudd på sine eierandeler. Høyesterett kom til at overskuddsutbetalingen i sin helhet skulle anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats og beskattes som personinntekt etter skatteloven § 12-2 bokstav f.

Høyesteretts drøftelser i denne saken er langt på vei de samme som ble gjort i Rt. 2009 s. 105. Forholdene i denne saken skilte seg heller ikke så mye fra det som var situasjonen i Enskilda saken. Det som var forskjellig var at deltakerne i denne saken var direkte ansatt, og de hadde ikke innbetalt ansvarskapitalen. Men ansvarskapitalen var høyere.

Høyesterett tok det samme utgangspunktet som førstvoterende hadde gjort i Rt. 2009 s. 105. Det avgjørende var om utbetalingene fra selskapet til deltakerne i realiteten var godtgjørelse for arbeidsinnsats som i så fall skulle klassifiseres som personinntekt, jfr. skatteloven § 12-2 bokstav f.⁶¹ Dette måtte bero på «*en reell vurdering av de samlede faktiske forhold.*»⁶²

Høyesterett viste til det som var blitt sagt i Rt. 2009 s. 105 om den mangel på interesse-motsetninger som foreligger i selskapsforhold av denne typen. Disse hensynene tilsa at det måtte foretas en nærmere vurdering av om utbetalingene i realiteten var godtgjørelse for arbeidsinnsats.

På samme måte som i Enskilda saken var det en rekke forhold som talte for at utbetalingene skulle anses som arbeidsgodtgjørelse.

For det første var eierandelene knyttet opp mot arbeidsforholdet. Deltakerne hadde plikt til å arbeide i selskapet, godtgjørelsen var knyttet til arbeidsforholdet og det gjaldt et prinsipp om «naken inn-naken ut». Ved fratreden kunne deltakerne ikke kreve noen andel av selskapets overskudd. Etter Høyesteretts oppfatning var godtgjørelsen derfor «*uløselig knyttet til arbeidet.*»⁶³

⁶¹ Rt 2010 527 avsnitt 33

⁶² Rt 2010 527 avsnitt 35

⁶³ Rt 2010 527 avsnitt 39

For det andre hadde ikke deltakerne mottatt markedsmessig lønn for det arbeidet de gjorde for selskapet. En sammenlikning med et gjennomsnittlig lønnsnivå var lite relevant fordi disse deltakerne hadde en særlig høy kompetanse og var på toppnivå i bransjen.

For det tredje hadde deltakernes ansvarskapital liten betydning for verdiskapningen i selskapet. Det var hovedmannen som hadde bidratt med samtlige øvrige innsatsfaktorer. Systemverdiene var knyttet til hovedmannen. Også alle virksomhetens eiendeler tilhørte hovedmannen og ikke deltakerne. Når deltakernes eierandeler var av midlertidig art og knyttet opp mot deltakernes arbeidsinnsats kom deltakernes ansvarskapital «*helt i bakgrunnen.*»⁶⁴

Når deltakernes ansvarskapital i liten grad hadde vært med på å skape overskuddet var den kapitalavkastningen som deltakerne hadde oppnådd påfallende høy. Det ene året hadde den vært så høy som 191 prosent. Dette gjaldt spesielt i en situasjon hvor vederlaget for hovedmannens innsatsfaktorer hadde vært ubetydelig og hovedmannen fremfor å kreve ansvarskapitalen innbetalt i stedet hadde økt sitt eget innskudd utover det han var forpliktet til.

På denne bakgrunn la Høyesterett til grunn at det ikke var deltakernes ansvarskapital som hadde foranlediget utbetalingene, og at det derfor klart var grunnlag for omklassifisering.⁶⁵

I motsetning til i Enskilda saken konkluderte Høyesterett med at utbetalingene fra selskapet i sin helhet skulle anses som godtgjørelse for arbeid.

Forskjellen fra Enskilda saken var at deltakerne ikke hadde innbetalt ansvarskapitalen. Høyesterett så imidlertid ikke bort fra at ikke innbetalt ansvarskapital i andre tilfeller kan gi grunnlag for kapitalavkastning. Men i denne saken hadde ikke ansvarskapitalen hatt noen

⁶⁴ Rt 2010 527 avsnitt 42

⁶⁵ Rt 2010 527 avsnitt 46

særlig verdi for selskapet, og det måtte da legges til grunn at det heller ikke var betalt noe særlig for den.

I begge disse dommene la Høyesterett til grunn at spørsmålet om avkastningen kunne anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats måtte avgjøres ut i fra de reelle forholdene. Dette innebærer at den klassifiseringen som skattyteren har foretatt ikke uten videre kan legges til grunn. Når en eier både har skutt inn kapital i selskapet og ytt en arbeidsinnsats må det vurderes nærmere hvilken av disse innsatsfaktorene som gir grunnlag for utbetalingene. Momenter som får betydning i en slik vurdering er om eierandelene er knyttet til arbeidsforholdet, fravær av interessemotsetninger, om kapitalavkastningen er høy i forholdt til innskuddet, og om systemverdiene er knyttet til deltakeren eller hovedmannen.

4.2.3 Oppsummering

Rettspraksis oppsummerte noen avgjørende momenter som fører til omklassifisering av overskuddsandeler der selskapskonstruksjonen er et IS. Spørsmålet er om de samme momenter får avgjørende betydning der selskapsstrukturen er et AS. Man kan tenke seg et liknende saksforhold hvor deltakeren isteden eier aksjer i et aksjeselskap. Aksjonæren arbeider i selskapet og får utbetalt lønn samtidig som han får utbytte på aksjene. Som i IS-sakene foreligger det her to innsatsfaktorer, kapital og arbeid.

Hvis hovedtrekkene i IS sakene som medførte omklassifisering også er de reelle forholdene i et AS mener jeg at man kan anta at utbytte på ansatteaksjer blir vurdert på samme måte. Det er ingen grunn til at forskjellen i selskapsform skal få noen betydning. Høyesterett ser uansett på hvilken skattemessig klassifisering som er riktig etter de bakenforliggende reelle forholdene.

De reelle forholdene må bli avgjørende også der konstruksjonen er at aksjene eies gjennom et personlig holdingselskap slik at utbytte utdeles til holdingselskapet skattefritt. I Rt. 2009 s. 813 var det uten betydning at holdingselskapet var berettiget til aksjevederlaget når de reelle forholdene viste at vederlaget var betaling for fremtidig arbeidsinnsats. Inntekten ble tilordnet eieren. Det er ingen grunn til at løsningen skal bli en annen for aksjeutbytte som er

oppnådd gjennom arbeidsinnsats. Arbeidsinntekt kan ikke tilordnes et aksjeselskap, men skal tilordnes den som har utført arbeidet.⁶⁶ Inntekten må derfor skattlegges direkte hos den ansatte.

Det sentrale spørsmålet er om utbytte i realiteten er «vunnet ved arbeid...» slik at det skal beskattes som arbeidsinntekt etter § 5-1 (1). Dette vilkåret vil være oppfylt dersom utbytte er foranlediget av aksjonærens arbeidsinnsats i selskapet.⁶⁷ Det må altså være aksjonærens arbeidsinnsats og ikke aksjeinnskuddet som gir grunnlag for utbytteutdelingen.

På bakgrunn av IS-sakene må det antas at omklassifisering kan skje dersom visse vilkår er oppfylt.

Det må foreligge et fravær av interessemotsetninger. At selskapet og aksjonæren har sammenfallende interesser i at mest mulig inntekt klassifiseres som utbytte fremfor lønn gir ut fra IS-sakene selvstendig grunn til å vurdere om arbeidsgodtgjørelsen i realiteten er høyere enn det oppgitte.

Det må foreligge en kobling mellom aksjene og arbeidsforholdet. Det kan være vilkår om at holdingselskapet må eies 100 prosent av den ansatte, man må være ansatt for å være aksjonær og aksjene må selges til hovedaksjonæren dersom man slutter. Arbeidsforholdet må være en forutsetning for eierskapet.

Arbeidsinnsatsen må være en vesentlig faktor i verdiskapningen i selskapet. Det må være tale om en kunnskapsbedrift hvor overskuddet i stor grad er generert av arbeidsinnsats.

Deler av overskuddet kan imidlertid stamme fra systemverdier i selskapet som i motsetning til i IS-sakene delvis skal tilordnes de ansatte som eiere. Avkastning av systemverdier må

⁶⁶ Zimmer (2009) s. 152

⁶⁷ Rt 2000 1739 s. 1748

anses som kapitalavkastning, slik at hele avkastningen i så fall neppe kan omklassifiseres til arbeidsinntekt som i Boston-saken.

Aksjeinnskuddet må være beskjedent i forhold til selskapets kapitalbase. Det må i vesentlig grad være andre midler enn ansattes kapitalinnskudd som stilles til rådighet for selskapet. I IS-sakene ble det fremhevet at selskapet ikke hadde et finansielt behov for å få tilført midlene.

Avkastningen må være svært høy i forhold til aksjeinnskuddet. Som eksempel kan nevnes de ansatte i Kruse Smith-saken som fikk erverve aksjer til kr 10 per aksje. I et slikt tilfelle skal det ikke mye utbytte til før avkastningen blir vesentlig høyere enn innskuddet.

Det taler for omklassifisering at den ansatte har fått lønn under markedsnivå, men det er ikke et nødvendig vilkår. I Enskilda-saken ble resultatet omklassifisering til tross for at deltakerne fikk høy arbeidsgodtgjørelse.

Samlet sett må det foreligge et misforhold mellom kapitalavkastningen og den betydningen aksjeinnskuddet har hatt for opparbeidingen av selskapets overskudd. Det må være aksjonærenes arbeidsinnsats som er den sentrale innsatsfaktoren og ikke kapitalinnskuddet. Da er det grunnlag for å anse hele eller deler av utbytte som vunnet ved arbeid slik at det skal omklassifiseres til arbeidsinntekt, jfr. skatteloven § 5-1 (1).

5 Salg av aksjer

Når en ansatt selger aksjer med gevinst kan det spørres om dette skal beskattes som aksjegevinst eller som arbeidsinntekt.

5.1 Utgangspunkt

Lovens utgangspunkt er at gevinst ved salg av aksjer skal beskattes etter reglene for kapitalbeskatning.

Skatteloven har en egen bestemmelse om beskatning av kapitalgevinster i § 5-1 (2). Det følger av denne bestemmelsen at kapitalgevinster er forutsatt å falle utenfor regelen om fordel vunnet ved arbeid i § 5-1 (1). At kapitalgevinster i utgangspunktet ikke kan beskattes som arbeidsinntekt er også lagt til grunn i forarbeidene og rettspraksis.⁶⁸

For personlig aksjonær blir den skattemessige konsekvensen at aksjegevinsten (utover skjermingsfradraget) beskattes som alminnelig inntekt med 28 prosent, jfr. skatteloven § 5-1 (2) og § 10-31 (1). Et eventuelt tap vil være fradragsberettiget i annen alminnelig inntekt etter § 6-2 (1).

Dersom aksjene eies gjennom et personlig holdingselskap blir den skattemessige konsekvensen at gevinsten blir skattefri gjennom fritaksmetoden, jfr. skatteloven § 2-38 (2) a. Et eventuelt tap på aksjene vil etter samme bestemmelse ikke være fradragsberettiget. Personlig aksjonær vil først bli skattlagt når han tar ut utbytte fra holdingselskapet, jfr. skatteloven § 5-1 (1) og § 10-11 (1).

5.2 Unntak

Gjennom rettspraksis er det lagt til grunn at det kan foreligge spesielle situasjoner hvor man kan gjøre unntak fra utgangspunktet om at aksjegevinster ikke kan beskattes etter arbeidsregelen i § 5-1 (1).

Den ene situasjonen er når ansatte selger aksjer som de har ervervet i arbeidsgiverselskapet. Når de i kraft av arbeidsforholdet har fått erverve aksjer i arbeidsgiverselskapet foreligger det en faktisk sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidsforholdet.

Den skatterettslige problemstillingen som da oppstår er om aksjegevinsten i realiteten er vederlag for den arbeidsinnsatsen som den ansatte har utført i selskapet slik at gevinsten skal beskattes som arbeidsinntekt.

⁶⁸ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 49, Rt 2000 758 s. 766

Den andre situasjonen er earnout tilfellene. Ved virksomhetsoverdragelse med overføring av alle aksjene i et selskap ønsker kjøper at selger skal binde seg til å jobbe i selskapet en periode etter overdragelsen.

Den skatterettslige problemstillingen som oppstår her er om hele eller deler av aksjevederlaget i realiteten er vederlag for selgers fremtidig arbeidsinnsats slik at det skal beskattes som arbeidsinntekt.

5.2.1 Ansattes salg av aksjer

På begynnelsen av 1900-tallet fant Høyesterett ikke grunnlag for å omklassifisere aksjegevinst på ansatteaksjer til arbeidsinntekt.

Rt. 1922 s. 523 gjaldt en mann som tegnet aksjer i et aksjeselskap for å få jobben som skipsfører på selskapets skip. Rett etter at han tegnet aksjene fikk han jobben, og et år etterpå solgte han aksjene med gevinst. Den gangen var aksjegevinster skattefrie, og spørsmålet i saken var om aksjene kunne beskattes som arbeidsinntekt. Høyesterett konkluderte med at gevinsten ikke kunne beskattes som arbeidsinntekt. Tilknytningen til arbeidsforholdet var uten interesse.

Dommen har blitt kritisert av Aarbakke.⁶⁹ Han mener at det ikke kan inntas som et generelt synspunkt at tilknytningen til arbeidsforholdet aldri kan være relevant:

«Hvis det er en forutsetning for å få arbeidet at arbeidstakeren tegner eller kjøper en aksje i det arbeidsgivende selskap, og han så avhender aksjen kort tid etter, synes en eventuell gevinst å måtte anses som en fordel vunnet ved arbeid. Og hvis det er en forutsetning ikke bare for å få, men også for å få opprettholde arbeidsforholdet at arbeidstakeren blir sittende

⁶⁹ Aarbakke (1990)

de med aksjen, kan resultatet neppe bli som i 1922-dommen (som ikke gjaldt et slikt tilfelle), og det må gjelde selv om det går lang tid fra erverv til avhendelse.»⁷⁰

I de senere år har spørsmålet om omklassifisering av gevinst på ansatteaksjer igjen blitt aktuelt. Det er særlig to Høyesterettsdommer som er av interesse. I den første dommen, som ble avsagt under sterk dissens, kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for å beskattede aksjegevinsten som arbeidsinntekt. I den andre dommen, som var enstemmig, ble resultatet at aksjegevinsten skulle beskattet som arbeidsinntekt.

5.2.2 Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith)

Saken gjaldt 13 ansatte som hadde fått tegne aksjer i arbeidsgiverselskapet Kruse Smith Stavanger AS. De ansatte hadde fått tegne aksjene til betydelig underpris. Det fremgikk av aksjonæravtalen at de ansatte ble sett på som nøkkelpersoner i selskapet, og at det var på bakgrunn av arbeidsforholdet at de hadde fått bli aksjonærer. De ansatte hadde plikt til å selge aksjene dersom de sluttet i selskapet. Ved frivillig avhendelse hadde de tidligere aksjonærene forkjøpsrett til aksjene. Aksjene ble innløst av arbeidsgiver med betydelig gevinst i 1991. Spørsmålet i saken var om aksjegevinsten skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid. Flertallet på tre dommere konkluderte med at aksjegevinsten skulle skattlegges som kapitalinntekt, mens mindretallet på to dommere kom til at aksjegevinsten skulle skattlegges som arbeidsinntekt.

Både flertallet og mindretallet tok utgangspunkt i den rettsstilstanden som ble etablert i Rt. 1922 s. 523 og som også var lagt til grunn i forarbeidene.⁷¹ Det var således enighet blant dommerne om at kapitalgevinster i utgangspunktet ikke er omfattet av arbeidsalternativet. Flertallet begrunnet dette med at verdistigning på en aksje ikke er knyttet til arbeidsforholdet, men til eiendomsretten til aksjen.⁷²

⁷⁰ Aarbakke (1990) s. 34

⁷¹ Se Ot.prp.nr.72 (1983-1984) s. 2 og Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 47

⁷² Rt 2000 758 s. 766

Flertallet presiserte problemstillingen som et spørsmål om hvorvidt det var grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om kapitalbeskatning. Flertallet henviste til Aarbakke og de unntakssituasjoner som ifølge han kunne være aktuelle, og uttalte at disse kunne ha «*gode grunner for seg.*»⁷³ Men da disse ikke var aktuelle var spørsmålet om det på annet grunnlag kunne gjøres unntak fra hovedregelen om kapitalbeskatning.

Mindretallet formulerte problemstillingen på en litt annen måte. Det var etter mindretallets oppfatning ikke et spørsmål om det kunne gjøres unntak fra hovedregelen, men heller et spørsmål om under hvilke betingelser en aksjegevinst kan sies å være vunnet ved arbeid.⁷⁴

Formuleringen kan tyde på at mindretallet så det slik at arbeidsregelen i visse situasjoner kunne omfatte aksjegevinster, uten at det var nødvendig å gjøre noe unntak fra hovedregelen. Det avgjørende var etter mindretallets oppfatning om det forelå tilstrekkelig kvalifisert tilknytning mellom arbeidsforholdet og aksjegevinsten. Dette måtte løses ut fra en konkret vurdering hvor det avgjørende var «*om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon.*»⁷⁵

Det kan spørres om de forskjellige utgangspunktene til mindretallet og flertallet var en av årsakene til at de kom frem til forskjellige resultater. Flertallet foretok vurderingen ut i fra om det fantes grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen. Det kan tyde på at flertallet inntok en holdning om at det som utgangspunkt skal en del til før man kan omklassifisere aksjegevinst til arbeidsinntekt. Mindretallets problemstilling om hvordan det var mest naturlig å bedømme forholdet, kan tyde på at mindretallet i utgangspunktet var mer tilbøyelige til å anse en aksjegevinst som arbeidsinntekt.

⁷³ Rt 2000 758 s. 766

⁷⁴ Rt 2000 758 s. 770

⁷⁵ Rt 2000 758 s. 770

Når det gjaldt Aarbakkes synspunkter var imidlertid flertallet mer tilbøyelige enn mindretallet til å akseptere disse. Flertallet så det slik at Aarbakke hadde oppstilt enkelte unntakssituasjoner, og uttalte at disse kunne ha gode grunner for seg. Mindretallet tok derimot ikke stilling til om det i de situasjonene Aarbakke oppstilte kunne være grunnlag for å beskatte gevinsten som arbeidsinntekt, men tolket Aarbakke slik at han oppstilte eksempler på situasjoner der tilknytningen etter hans mening var av tilstrekkelig kvalifisert art.

Mindretallets avventende holdning til Aarbakkes synspunkter kan tyde på at mindretallet var av den oppfatning at man i alle tilfeller må foreta en konkret vurdering av avtaleforholdet, og at det kan være aktuelt å ta i betraktning flere momenter enn bare de Aarbakke hadde nevnt. På denne bakgrunn kan det tenkes at mindretallet allikevel ikke hadde et annerledes utgangspunkt enn flertallet, og at mindretallet også så det slik at det skal noe til før man kan omklassifisere aksjegevinst til arbeidsinntekt.

Staten hadde fire forskjellige anførsler som begrunnelse for at aksjegevinsten kunne beskattes som arbeidsinntekt. Førstvoterende diskuterte alle argumentene, men kom til at de hverken enkeltvis eller samlet kunne gi grunnlag for å beskatte gevinsten som arbeidsinntekt.

5.2.2.1 For lav tapsrisiko

Den første anførselen var at aksjonærene ikke hadde utsatt seg for den risiko som er normalt for aksjonærer.

Flertallet så det slik at de ansatte betalte for å få delta i den fremtidige verdiutviklingen i selskapet. Fordi det skulle gjøres fradrag for underprisen ved innløsning fikk de ansatte ikke noen andel av de verdier som allerede lå i selskapet på tegningstidspunktet. Det sentrale var derfor hvilken risiko som lå på det beløpet de ansatte faktisk hadde innbetalt. Og for dette beløpet hadde de ansatte etter flertallets syn utsatt seg for den risiko som er normalt for aksjonærer:

«For de beløp som de ankende parter innbetalte til selskapet ved aksjetegningen, utsatte de seg for den samme risiko som aksjonærer flest.»⁷⁶

Mindretallet var ikke enig med flertallet i at man skulle vurdere risikoen isolert på det beløpet som ble innbetalt. Mindretallet så risikoen i en videre sammenheng, og i denne sammenhengen hadde ikke de ansatte den risikoen som er normalt for aksjonærer:

«Avtalen medførte at arbeidstakerne i det alt vesentlige var stilt gevinst i utsikt, mens tapsrisikoen var begrenset til en ubetydelig del av aksjenes verdi på ervervstidspunktet. Aksjeervervet mangler således vesentlige elementer som karakteriserer en normal aksjonærposisjon.»⁷⁷

Uttalelsene viser at det forelå sterk uenighet mellom flertallet og mindretallet på spørsmålet om hvor mye risiko aksjonærene tok sammenlignet med normale aksjonærer.

5.2.2.2 Ulike aksjonærrettigheter

Den andre anførselen fra statens side var at det måtte legges vekt på at aksjonærrettighetene var forskjellige for de ansatte aksjonærene og de øvrige aksjonærene.

Ifølge aksjonæravtalen hadde de øvrige aksjonærene ved salg av de ansattes aksjer forkjøpsrett til pålydende. De ansatte hadde på sin side ingen tilsvarende forkjøpsrett ved salg av de øvrige aksjonærenes aksjer.

Flertallet var enig i at aksjonærrettighetene var forskjellige til ugunst for de ansatte, men mente at dette ikke var noe relevant moment i vurderingen av om gevinsten kunne beskattes som arbeidsinntekt.⁷⁸

⁷⁶ Rt 2000 758 s. 767

⁷⁷ Rt 2000 758 s. 771

⁷⁸ Rt 2000 758 s. 767

Mindretallet kommenterte ikke denne anførselen fra staten. Dette kan tyde på at også mindretallet så det slik at denne forskjellen i aksjonærrettigheter ikke hadde betydning i vurderingen.

5.2.2.3 Fikk erverve aksjene til underpris

Den tredje anførselen til staten knyttet seg til at de ansatte hadde ervervet aksjene til betydelig underpris, og at de ansatte ved salg av aksjene skulle få de innløst til matematisk verdi og ikke bare til pålydende.

Flertallet var enig i at det forelå erverv til underpris. Men fordi verdien av underkursen skulle komme til fradrag ved innløsning av aksjene så flertallet det slik at verdien av underkursen aldri hadde blitt realisert, og derfor ikke kunne være gjenstand for beskatning.⁷⁹

Flertallet så det derimot slik at aksjeerhvervet hadde ført til en annen fordel for de ansatte. De ansatte hadde fått utøve aksjonærrettigheter over aksjer som var mer verdt enn det de hadde betalt for dem, som i realiteten innebar at de ansatte hadde fått «låne» verdien av underkursen. Dette var et lån uten renter, som ga de ansatte en fordel i form av sparte renteutgifter. Denne kredittfordelen anså flertallet som en fordel vunnet ved arbeid.⁸⁰ Det var kun prosessuelle grunner som gjorde at den ikke kunne beskattes.

Det kan se ut til at også mindretallet fulgte denne tankegangen. Mindretallet så på verdien av underkursen som en form for rentefri kreditt som først forfalt ved avslutningen av arbeidsforholdet.

Høyesterett så altså en annen konsekvens av underkursen enn det staten hadde anført. Det er interessant at Høyesterett trekker dette frem da det ikke fikk noen betydning for resulta-

⁷⁹ Rt 2000 758 s. 768

⁸⁰ Rt 2000 758 s. 768

tet. Det er rett og slett et forvarsel om hvordan et slikt arrangement vil bli bedømt dersom spørsmålet skulle komme opp i en senere sak.

Når det gjaldt det forhold at de ansatte skulle få aksjene innløst til matematisk verdi, mente flertallet at dette bare var et naturlig motstykke til at de ansatte hadde salgsplicht ved opphør av arbeidsforholdet. Det kunne ikke begrunne at aksjegevinsten skulle beskattes som arbeidsinntekt.

5.2.2.4 Måtte være ansatt for å få være aksjonær

Den fjerde anførselen til staten var at det måtte få betydning at de ansatte bare hadde rett til å være aksjonær så lenge de var ansatt.

Flertallet la til grunn at dette ikke kunne ha betydning fordi verdiutviklingen i selskapet uavhengig av et slikt vilkår ville være knyttet til den økonomiske utviklingen i selskapet og ikke til arbeidsforholdet.

Det kan se ut til at mindretallet la større vekt enn flertallet på at de ansatte måtte selge aksjene dersom de sluttet. Etter mindretallets oppfatning var dette et moment som bidro til at aksjonærposisjonen måtte anses som nært knyttet til arbeidsforholdet og ikke som en normal aksjonærposisjon.

5.2.2.5 Forskjellen mellom flertallet og mindretallet

Flertallet og mindretallet hadde først og fremst forskjellig syn på betydningen av at det forelå en lav tapsrisiko på aksjene.

Flertallet la avgjørende vekt på at de ansatte faktisk hadde en tapsrisiko på aksjene. For det beløp som ble innbetalt hadde de ansatte den samme tapsrisikoen som alle andre aksjonærer, og dette måtte være avgjørende. Flertallet la i motsetning til mindretallet ikke vekt på at tapsrisikoen på aksjene var lav i forhold til aksjens verdi på ervervstidspunktet. Den risikoen som de ansatte hadde tatt var tilstrekkelig til å anse aksjegevinsten som kapitalinntekt.

Mindretallet så det slik at tapsrisikoen på aksjene var begrenset til en ubetydelig del av aksjenes verdi på ervervstidspunktet. Tapsrisiko var ifølge mindretallet et vesentlig element i en normal aksjonærposisjon. Når tapsrisikoen var begrenset på denne måten mistet aksjeervertvet karakteren av å være en normal aksjonærposisjon, og derfor konkluderte mindretallet med at aksjegevinsten skulle beskattes som arbeidsinntekt.

Kruse Smith dommen har blitt kritisert i teorien, først og fremst for å ha godtatt en såpass lav tapsrisiko. Gjems-Onstad er den som har vært klarest i sin kritikk av dommen:

«Det kan stilles spørsmål ved dommens konklusjon. I andre saker har Høyesterett gått langt i å klassifisere et saksforhold i forhold til skattereglene ut fra økonomiske realiteter og ikke formelle betegnelser [...] Uansett burde Høyesterett ha tatt mer hensyn til at tapsrisikoen praktisk talt var eliminert. Når førstvoterende i dommen fremhevet at ikke all tapsrisiko var fjernet, kan det mer anses som et teoretisk synspunkt nokså langt fra de mer realistiske betraktninger som har vært typisk for Høyesterett i omgåelsessaker.»⁸¹

Zimmer stiller seg også kritisk til konklusjonen i Kruse Smith dommen. Han mener at *«det er lite tilfredsstillende at et tapspotensiale av den beskjedne grad, neppe større enn en ordinær opsjonspremie, som i Kruse Smithsaken, skal «redde» situasjonen.»⁸²*

En normal aksjeinvestering har både en oppside og en nedside. Man kan oppnå gevinst dersom aksjen stiger i verdi, og som motstykke til dette påtar man seg en tilsvarende risiko for at aksjen synker i verdi. Balansen mellom tapsrisiko og gevinstmulighet er nettopp det som kjennetegner en reell aksjeinvestering. Når arbeidsgiver har minimert nedside slik at den ansattes oppside er vesentlig større enn nedside er det derfor ikke mye som minner om en normal aksjeinvestering. I slike tilfeller kan det argumenteres for at mindretallets innfallsvinkel er den som gir mest mening. Ligner forholdet lite på en normal aksjeinveste-

⁸¹ Gjems-Onstad (2012) s. 251

⁸² Zimmer (2001) s. 287

ring blir det heller ikke naturlig at gevinsten skal beskattes på samme måte som andre aksjegevinster. Når det er arbeidsforholdet som er grunnen til at det ikke foreligger en normal aksjeinvestering fremstår beskatning etter arbeidsregelen som det mest nærliggende.

5.2.3 Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans)

Pre Finans ble opprettet i 1987 av Realkreditt og Kommunal Landspensjonskasse (KLP). Ved opprettelsen ble det besluttet at de ansatte skulle få anledning til å kjøpe 37,5 prosent av aksjene i selskapet. Det ble inngått en aksjonæravtale som regulerte forholdene i detalj. De ansattes aksjeerverv skulle i sin helhet finansieres med lån i Realkreditt. Renten på lånet lå betydelig under markedsrenten, og denne rentedifferansen skulle hovedaksjonærene Realkreditt og KLP dekke. Rentene på de ansattes lån kunne legges til lånebeløpet. De ansatte kunne når som helst selge aksjene tilbake til hovedaksjonærene, og Realkreditt og KLP hadde da plikt til å kjøpe dem. Dersom arbeidsforholdet opphørte hadde de ansatte plikt til å selge aksjene til hovedaksjonærene. Aksjonæravtalen hadde detaljerte regler om hvordan salgssummen skulle beregnes dersom aksjene ble solgt. De første tre årene skulle oppgjøret gjennomføres ved at de ansatte leverte aksjene tilbake mot at all gjeld og påløpte renter ble slettet. I disse årene var det da verken noen gevinst eller tapsmulighet på aksjene. I de følgende årene skulle vederlaget settes til aksjens substansverdi med et tillegg som økte for hvert år. Dette innebar at de ansatte ville få høyere uttelling jo lenger de satt med aksjene. I 1989 ble det inngått en ny avtale om at Realkreditt skulle overta de ansattes aksjer innen utgangen av 1990. Ved denne avtalen bortfalt gjeldsslettingsklausulen. Isteden ble det inngått en avtale om at de ansatte kunne refinansiere lånet dersom salgssummen ikke var tilstrekkelig til å dekke gjelden i Realkreditt. En av de ansatte som hadde vært med på ordningen fra starten av innløste aksjene sine 31. desember med betydelig gevinst. Spørsmålet i saken var om gevinsten skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid.

Høyesterett tok utgangspunkt i hovedregelen i skatteloven om at en fordel må være vunnet ved arbeid for å kunne bli skattepliktig som arbeidsinntekt. Hvorvidt det forelå en «fordel» var ikke omtvistet.

Tvilsspørsmålet i saken gjaldt vilkåret om at fordelene må være «vunnet ved arbeid». Høyesterett henviste til tidligere rettspraksis⁸³ om forståelsen av dette begrepet:

«Dette har vært forstått slik at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordelene...»⁸⁴

Høyesterett formulerte så utgangspunktet og hovedregelen ut i fra tidligere rettspraksis om spørsmålet:

«I utgangspunktet faller kapitalgevinster ikke inn under fordelsbegrepet, slik dette er knyttet til «arbeide», selv om det er en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet, se Egelandsdal-dommen Rt-2000-758 med videre henvisninger. Dette vil si at gevinst ved ordinært eierskap av aksjer i arbeidsgiverbedriften i utgangspunktet ikke skal skattlegges som arbeidsinntekt, og det selv om ansettelsen er en viktig forutsetning for aksjeinnehavet, jf. Rt-1922-523.»⁸⁵

Men det gis her uttrykk for en viktig forutsetning. Hovedregelen gjelder bare der det foreligger et «ordinært eierskap» av aksjer i arbeidsgiverselskapet.

Ut i fra forutsetningen om at det må foreligge et ordinært eierskap formulerte Høyesterett problemstillingen:

«Om det i vår sak foreligger en slik regulering av partnernes anskaffelses- og avhendelsesvilkår for aksjene, at aksjegevinsten i sin helhet må anses som arbeidsinntekt etter § 42 første ledd, avhenger av en nærmere vurdering av avtaleforholdene.»⁸⁶

⁸³ Rt 1958 583

⁸⁴ Rt 2000 1739 s. 1748

⁸⁵ Rt 2000 1739 s. 1748

⁸⁶ Rt 2000 1739 s. 1748

Med dette gir Høyesterett uttrykk for to ting. For det første at det er anskaffelses- og avhendelsesvilkårene som er avgjørende for hvorvidt det foreligger et ordinært eierskap. For det andre at aksjegevinsten må anses som arbeidsinntekt dersom disse vilkårene innebærer at det ikke foreligger et ordinært eierskap til aksjene.

Når Høyesterett her legger til grunn at det sentrale vurderingstema er hvorvidt det foreligger en ordinær aksjonærposisjon eller ikke, kan det se ut til at Høyesterett bygger videre på den innfallsvinkelen til problemet som mindretallet hadde brukt i Kruse Smith. Mindretallet i Kruse Smith bygget sitt standpunkt nettopp på en vurdering av om de ansatte hadde en normal aksjonærposisjon eller ikke:

«Dette er samtidig et spørsmål om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon.»⁸⁷

I og med at førstvoterende i Pre Finans var en av de dommerne som hørte til mindretallet i Kruse Smith ville ikke dette være så unaturlig. En nærmere vurdering av om Pre Finans innskrenker eller tilsidesetter Kruse Smith vil jeg komme tilbake til når jeg senere skal vurdere de to Høyesterettsdommene opp mot hverandre.

I den nærmere vurderingen av anskaffelses- og avhendelsesvilkårene begynte Høyesterett med den avtalen som ble inngått i 1987 da de ansatte ervervet aksjene.

Høyesterett begynner med å trekke frem at avtalen inneholdt et sikkerhetsnett mot tap. At avtalen medførte at de ansatte var sikret mot tap var ganske åpenbart. Gjennom gjeldslet-

⁸⁷ Rt 2000 758 s. 770

tingsklausulen var det ingen mulighet for tap overhode, fordi de ansatte kunne levere tilbake aksjen og slette gjelden uansett om aksjen siden ervervet hadde sunket i verdi.

I tillegg til at de ansatte var sikret mot tap la Høyesterett vekt på at avtalen inkluderte full lånefinansiering. Dette gjorde i følge Høyesterett at de ansatte ikke fikk noe krav til økonomisk egeninnsats. Gjelden, inkludert renter, kunne slettes når som helst de ansatte måtte ønske det. I tilknytning til disse to forhold uttaler Høyesterett:

*«Det er mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene for aksjene alene er tilstrekkelig til å frata aksjeinnehavet sin normale karakter, med den konsekvens at senere salgsgjævinst i sin helhet skal beskattes som fordel ved arbeid...».*⁸⁸

Når Høyesterett sier «en slik regulering» er det uklart om det siktes til både det forhold at de ansatte var sikret mot tap på aksjene og det at de ikke hadde noe krav til økonomisk egeninnsats. Men når Høyesterett like etterpå kommer inn på at de ansattes aksjeerverv i Kruse Smith saken ikke var helt uten risiko, kan det tyde på at det sentrale for Høyesterett var mangelen på tapsrisiko. Legges dette til grunn, innebærer uttalelsen at Høyesterett åpner for at en manglende tapsrisiko alene kan være tilstrekkelig til at aksjegevinsten skal beskattes som arbeidsinntekt.

Høyesterett behøvde imidlertid ikke til å ta uttrykkelig stilling til dette, idet det også ble lagt vekt på at selve salget av aksjene var regulert. Høyesterett anså dette som et ytterligere argument for at aksjeinnehavet ikke hadde en normal karakter. Dette er naturlig ettersom det er svært sjeldent at normale aksjekjøpsavtaler regulerer hva salgsprisen skal være.

⁸⁸ Rt 2000 1739 s. 1748

De ansatte kunne bare selge til hovedaksjonærene, og de måtte selge hvis de avsluttet arbeidsforholdet i selskapet. Selv om Høyesterett ikke sa det uttrykkelig må det antas at Høyesterett så det slik at dette skapte en binding til ansettelsesforholdet.

Ifølge Høyesterett var den måten salgssummen ble fastlagt på i avtalen annerledes enn det som ville vært en sannsynlig markedsutvikling:

«En tilsvarende utvikling av markedskursen er ikke umulig, men lite trolig og iallfall helt umulig å forutsi idet selskapet stiftes våren 1987.»⁸⁹

På denne bakgrunn kom Høyesterett til en foreløpig konklusjon på avtalereguleringen fra 1987:

«Etter dette trekker altså så vel betingelsene for erverv av aksjen som de fremtidige salgsbetingelsene bort fra markedsmessig kjøp og salg av aksjen og i retning av en prising knyttet til ansettelsesforholdet.»⁹⁰

Høyesterett gikk så inn på om den nye avtalen som ble inngått i 1989 innebar noen endringer av betydning for det inntrykket som fremgikk av 1987 avtalen. Det sentrale var om det forhold at gjeldsslettingsklausulen var bortfalt innebar at aksjeinnehavet hadde fått en mer normal karakter ved at det nå forelå en tapsrisiko på aksjene.

I følge Høyesterett fremstod risikoen etter den nye avtalen som *«nokså teoretisk»*.⁹¹ Grunnen til dette var at de ansatte når som helst kunne kreve aksjene sine innløst, og at de ansatte da kun hadde risiko for kursfall i en 14 dagers oppsigelsesperiode etter dette. Fordi de

⁸⁹ Rt 2000 1739 s. 1749

⁹⁰ Rt 2000 1739 s. 1749

⁹¹ Rt 2000 1739 s. 1749

ansatte hadde en sentral plassering i selskapet og dermed god oversikt over selskapets utvikling fremstod risikoen for Høyesterett som marginal.

I denne sammenheng trakk Høyesterett fram at den nye avtalen inneholdt en bestemmelse om refinansiering. Etter Høyesteretts mening innebar dette at det var uklart hvilken økonomisk belastning som egentlig hvilte på de ansatte. Dersom aksjenes verdi ikke var nok til å dekke den gjelden som de ansatte hadde, fikk de ansatte krav på et nytt lån med både lang avdragsfrihet og lav rente.

Ved å trekke inn bestemmelsene om refinansiering, må det antas at Høyesterett så det slik at den marginale risikoen som forelå under den nye aksjonæravtalen uansett ble veltet over igjen på Realkreditt.

I forhold til beregningen av salgssummen etter den nye avtalen, så Høyesterett det slik at denne hadde beveget seg enda lenger bort fra markedstilpasning. Prisingen var urealistisk sett i forhold til en normal markedsprisutvikling.

Høyesterett konkluderte med at *«så vel fraværet av risiko ved kjøpet som avtalenes salgsvilkår, representerer et markert avvik fra de markedsmessige vilkår.»*⁹² Dette innebar at aksjegevinsten måtte ses som en fordel vunnet ved arbeid som skulle beskattes som arbeidsinntekt.

Zimmer stiller spørsmål ved om dommen innebærer at det er en forutsetning for å skattlegge gevinsten som arbeidsinntekt at det både foreligger mangel på tapsrisiko og en beregning av salgssummen som er helt løsrevet fra markedsverdien. Han peker på at Høyesterett holder muligheten åpen for at en manglende tapsrisiko kan være tilstrekkelig og uttaler:

⁹² Rt 2000 1739 s. 1749

«Dette synes å ha adskillig for seg; et aksjeerverv uten tapspotensiale må anses som svært atypisk.»⁹³

5.2.4 Forskjellen mellom de to sakene

Den mest fremtredende forskjellen mellom de to sakene er at de ansatte i Kruse Smith saken hadde en begrenset tapsrisiko på aksjene, mens dette ikke var tilfellet for de ansatte i Pre Finans saken. En annen forskjell gjelder den måten salgssummen skulle beregnes på.

Når det gjelder tapsrisikoen så hadde de ansatte i Kruse Smith et tapspotensiale, selv om det kun beløp seg til kr 10 per aksje. I Pre Finans saken hadde ikke de ansatte noe tapspotensiale overhode. Gjennom gjeldsslettingsklausulen kunne de ansatte levere aksjen tilbake og få gjelden slettet uansett hvilken verdi aksjen da hadde. Det var således Realkreditt som egentlig satt med risikoen for kursfall.

Når det gjelder beregningen av salgssummen fikk de ansatte i Pre Finans et påslag i tillegg til substansverdien. De var garantert å få en høyere gevinst jo lenger de satt med aksjen. Høyesterett så det slik at en tilsvarende utvikling av markedsprisen var urealistisk. I Kruse Smith saken skulle salgssummen beregnes til matematisk verdi, men de ansatte fikk ikke noe påslag utover dette. Det er mulig at beregningen av salgssummen i Pre Finans gjorde at Høyesterett i denne saken mente at gevinsten hadde en enda mindre tilknytning til markedsverdien enn gevinsten hadde i Kruse Smith saken.

5.2.5 Rettstilstanden etter dommene

Det har blitt diskutert i teorien om Kruse Smith dommen må anses fraveket gjennom Pre Finans.

Gjems-Onstad ser det som mest realistisk at Høyesterett i Pre Finans saken tilsidesatte eller sterkt innskrenket virkningene av Kruse Smith saken:

⁹³ Zimmer (2001) s. 287

«I en sak nokså tilsvarende Kruse Smith, kan det kanskje bli opprettholdt at arbeidstagerne ikke skattlegges for underprisen for de tildelte aksjer. Ved andre konstruksjoner kan et mer realistisk betraktning på linje med Pre Finans-saken bli lagt til grunn.»⁹⁴

Zimmer stiller seg noe mer åpen til om Kruse Smith dommen må anses fraveket:

*«En mulighet er å anse Kruse Smith-dommen fraveket ved Pre Finansdommen. Premisse-
negir riktignok ikke noen holdepunkter for dette; tvert om synes førstvoterende i Pre Fi-
nansdommen å legge opp til å «distinguish» Pre Finanssaken fra Kruse Smithsaken (selv
om han tilhører mindretallet i denne). Men i lys av at premissene i Kruse Smithdommen på
flere sentrale punkter er mindre overbevisende, er en slik konklusjon likevel fristende...»⁹⁵*

I Zimmers Lærebok i Skatterett 6. utgave 2009 omtaler Zimmer Kruse Smith dommen som «et utpreget grensetilfelle».⁹⁶ Om dette må bety at Zimmer likevel er av den oppfatning at man må skille mellom de to sakene slik at Kruse Smith fremdeles har gyldighet, eller om uttalelsen betyr at han anser Pre Finans som den dommen som har generell gyldighet er uklart.

Etter de to dommene må det i hvert fall legges til grunn at utgangspunktet og hovedregelen fremdeles at aksjegevinster skal beskattes som kapitalgevinst. Dette gjelder selv om det er en sammenheng med arbeidsforholdet, og arbeidet er en viktig forutsetning for å få aksjene. På dette punktet var det ingen forskjell mellom Kruse Smith og Pre Finans. Men som Pre Finans saken (og for så vidt også Kruse Smith) viser må det i enkelte spesielle tilfeller foretas en nærmere vurdering av om det kan gjøres unntak.

⁹⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 216

⁹⁵ Zimmer (2001) s. 288

⁹⁶ Zimmer (2009) s. 365

Hvor grensen skal trekkes er det vanskelig å si noe helt sikkert om. Men etter Pre Finans blir det sentralt å vurdere de ansattes vilkår for erverv og eierskap opp mot de vilkår som normalt gjelder for en aksjonærposisjon. Dersom disse vilkårene er avvikende, kan opplegget stå i faresonen. I Pre Finans konkluderte Høyesterett med at det forelå «*et markert avvik fra de markedsmessige vilkår.*»⁹⁷ Det forelå ingen tapsrisiko, de ansatte behøvde ikke å investere med sine egne penger, og de var tilnærmet garantert en gevinst på aksjene. Ut i fra dette kan det legges til grunn at avgjørende momenter er tapspotensialet og om man har foretatt en reell investering.

5.2.6 Earnout

Ved earnout har man den situasjon at aksjene i en kompetansebedrift selges, og kjøper ønsker at de aktive eierne skal fortsette å arbeide i selskapet etter overdragelsen. En slik arbeidsforpliktelse er ofte viktig for kjøperen, for at han skal kunne sikre seg den kompetansen som bedriften er avhengig av for å kunne videreføre inntjeningen.

Ofte kombineres arbeidsforpliktelsen med et konkurranseforbud en periode etter overdragelsen. Kjøperen vil sikre seg mot at de tidligere eierne starter opp konkurrerende virksomhet. Både arbeidsforpliktelsen og konkurranseforbudet kan være en viktig forutsetning for at avtale skal komme i stand, og for vederlaget størrelse.

Den skatterettslige problemstillingen i earnout situasjonen er om deler av vederlaget i realiteten er vederlag for en fremtidig arbeidsinnsats eller kompensasjon for bortfall av arbeidsinntekt, slik at det skal beskattes som arbeidsinntekt. Spørsmålet er hvorvidt vederlaget reflekterer aksjenes verdi eller verdien av selgers fremtidige arbeidsforpliktelse.

Skattemyndighetene satte fokus på problemstillingen etter at Finansdepartementet i 1998 kom med en uttalelse hvor det ble stilt spørsmål ved om deler av vederlaget i slike tilfeller

⁹⁷ Rt 2000 1739 s. 1749

skulle klassifiseres som arbeidsinntekt.⁹⁸ Det ble oppstilt tre momenter som etter Finansdepartementets oppfatning kunne gi grunnlag for å anse deler av aksjevederlaget som forskuddsbetaling av lønn;

- et høyere aksjevederlag enn det selskapets verdier kan forklare, hvis man ser bort fra selgernes fremtidige aktivitet i selskapet,
- selgerne binder seg til en lengre arbeidsperiode i selskapet, eventuelt kombinert med et konkurranseforbud,
- selgerne mottar lønn adskillig under markedsnivå i bindingsperioden

I etterkant av uttalelsen har det kommet flere Høyesterettsavgjørelser som har behandlet hvordan salgssummen skal fordeles mellom kapital- og arbeidsinntekt når selgeren av en virksomhet fortsetter å jobbe i virksomheten. Det følger av denne Høyesterettspraksisen at momentene i Finansdepartementets uttalelse ikke kan oppstilles som nødvendige vilkår for omklassifisering. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor. Det har således vært en rettsutvikling i forhold til earnout situasjonen de siste årene.

Det foreligger to nyere dommer som direkte gjelder den skatterettslige klassifiseringen ved earnout. Rt. 2008 s. 1307 (Skogli) gjaldt salg av et enkeltmannsforetak, mens Rt. 2009 s. 813 (Gaard) gjaldt salg av alle aksjene i et aksjeselskap. Som det fremgår av drøftelsen nedenfor fikk avgjørelsen i Skogli saken betydning for Høyesteretts bedømmelse av Gaard saken.

5.2.7 Rt. 2008 s. 1307 (Skogli)

Saken gjaldt en malermester (Skogli) som solgte sitt enkeltmannsforetak til Alvdal Bygg AS. Rett etter overdragelsen av malervirksomheten ble Skogli ansatt i full stilling hos Alvdal Bygg AS. Årslønnen ble satt til 360 000 kr uten kompensasjon for overtid. Arbeidsavtalen inneholdt en bestemmelse om at Skogli forpliktet seg til å arbeide i selskapet frem til oppnådd pensjonsalder. I følge kjøpsavtalen skulle kjøperen ha rett til å bruke selgers fir-

⁹⁸ Utv. 1999 s. 225

manavn i markedsføring og rett til å bruke kjedenavnet «Mesterfarve». Selgeren skulle bistå med innkjøp av varer, slik at kjøperen skulle kunne utnytte hans innkjøpsrabatter. Det totale vederlaget for virksomheten var 2 millioner kroner. Av dette utgjorde 1,6 millioner forretningsverdi. Spørsmålet i saken var om deler av beløpet som hadde blitt klassifisert som forretningsverdi skulle bedømmes som forskuddsbetaling av lønn. En enstemmig Høyesterett kom til at 1,3 millioner kroner skulle bedømmes som forskuddsbetaling av lønn, og omklassifiserte dette til arbeidsinntekt.

Høyesterett presiserte at saken gjaldt omklassifisering og ikke skatterettslig gjennomskjæring. Med omklassifisering siktet førstvoterende til «*at avtalepartenes betegnelse må vike for en riktig skatterettslig bedømmelse.*»⁹⁹

Når det gjaldt hjemmelsgrunnlag for omklassifisering la Høyesterett til grunn ligningsloven § 8-1 som riktig hjemmel. I tidligere vedtak hadde det blitt vist til gjennomskjæringsregelen ved interessefellesskap i skatteloven § 13-1, men Høyesterett avviste at denne var riktig hjemmel.

Ut i fra beviskravet i ligningsloven § 8-1 la Høyesterett til grunn at omklassifisering kunne skje «*dersom det fremstod som mest sannsynlig at deler av vederlaget for virksomheten var godtgjøring foranlediget av Skoglis arbeid for Alvdal Bygg etter overdragelsen.*»¹⁰⁰

Det Høyesterett gjør her er å gi uttrykk for den tilknytningen til arbeidsforholdet som kreves for at en fordel skal kunne skattlegges som arbeidsinntekt etter skatteloven § 5-1 (1). Dette er i samsvar med tidligere rettspraksis hvor vilkåret om at fordelene må være «vunnet ved arbeid» har blitt forstått slik at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordelene.¹⁰¹

⁹⁹ Rt 2008 1307 avsnitt 23

¹⁰⁰ Rt 2008 1307 avsnitt 25

¹⁰¹ Rt 2000 1739 s. 1748

Ettersom det var prisingen av forretningsverdien som stod sentralt i saken, foretok Høyesterett en generell vurdering av hva som inngår i det skatterettslige begrepet forretningsverdi.

Det sentrale spørsmålet var om personavhengig forretningsverdi er omfattet av det skatterettslige begrepet forretningsverdi, eller om den har slik sammenheng med selgerens fremtidige arbeidsinnsats at vederlaget for den må karakteriseres som fordel vunnet ved arbeid.

Innholdet i det skatterettslige begrepet forretningsverdi hadde blitt behandlet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 772 og Rt. 2001 s. 640. Ifølge disse dommene var personavhengig forretningsverdi ikke omfattet av det skatterettslige begrepet forretningsverdi. «*Forretningsverdien skal fastsettes som om selgeren tenkes borte.*»¹⁰²

Selv om det i disse sakene hadde det foreligget interessefellesskap mellom partene var det etter Høyesteretts oppfatning ingen grunn til at løsningen skulle bli annerledes fordi partene i denne saken var uavhengige. Også uavhengige parter kunne ha sammenfallende interesser i den skatterettslige bedømmelsen.

Når Høyesterett sier den skatterettslige bedømmelsen så må det antas at det siktes til fordelingen av salgssummen på poster som skal beskattes som henholdsvis kapital- og arbeidsinntekt. Begge parter vil ha interesse av at mest mulig av vederlaget klassifiseres som forretningsverdi slik at det beskattes som kapitalinntekt. Selger vil unngå toppskatt og trygdeavgift, og kjøper vil slippe arbeidsgiveravgift.

«Jeg legger etter dette til grunn mer generelt at den såkalte personavhengige forretningsverdien knyttet til selger skal holdes utenfor forretningsverdien. Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen for-

¹⁰² Rt 2008 1307 avsnitt 32

del foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt.»¹⁰³

Man skal altså ved verdsettelsen av virksomheten trekke ut den merverdien som er knyttet til at selger fortsetter å jobbe i selskapet. Dersom vederlaget for virksomheten er høyere enn de verdiene som er relatert til selve virksomheten, og dette mervederlaget er foranlediget av selgerens senere arbeidsinnsats skal det beskattes som arbeidsinntekt.

Skatteyteren hadde imidlertid anført at omklassifisering bare kunne skje dersom ytterligere kriterier var oppfylt. Det ble vist til Finansdepartementets uttalelse fra 1998 hvor det var oppstilt flere momenter. Disse momentene hadde også Lignings-ABC-en vist til.

Denne anførselen ble avvist av Høyesterett. Høyesterett fant uttalelsen noe uklar, men tok ikke stilling til rekkevidden av den fordi den etter Høyesteretts oppfatning *«uansett ikke kan snevre inn adgangen til omklassifisering i forhold til det som følger av loven og Høyesteretts praksis.»¹⁰⁴*

Dette standpunktet er ikke overraskende, i og med at Høyesterett normalt tillegger administrative uttalelser og uttalelser i Lignings-ABC-en liten rettskildemessig vekt i forhold til loven og rettspraksis.¹⁰⁵

Ut i fra den generelle lovforståelsen, foretok Høyesterett en konkret vurdering av avtaleforholdet i saken. Det sentrale spørsmålet var om vederlaget for forretningsverdien i realiteten var vederlag for at selgeren skulle fortsette å jobbe i virksomheten.

¹⁰³ Rt 2008 1307 avsnitt 35

¹⁰⁴ Rt 2008 1307 avsnitt 37

¹⁰⁵ Se for eksempel Rt 2005 577

På bakgrunn av kjøpsavtalens beskrivelse av hva som var forretningsverdien la Høyesterett til grunn at denne var sterkt knyttet til selgerens person og hans fortsatte innsats i virksomheten. Dersom selgeren ble tenkt ut av virksomheten ville verdiene bare i begrenset grad være i behold. En stor del av forretningsverdien var derfor i realiteten personavhengig forretningsverdi.

Både kjøpsavtalen og arbeidsavtalen bygget etter Høyesteretts oppfatning på en klar forutsetning om at selgeren skulle bli med videre i virksomheten.

Sentralt var at de rettighetene som etter kjøpsavtalen skulle overføres til kjøper ville bli verdiløse dersom ikke selgeren skulle fortsette i virksomheten. Hvis ikke selgeren skulle fortsette i virksomheten ville ikke kjøperen kunne nyttiggjøre seg av retten til å bruke selgers firmanavn i reklame og markedsføring.

Høyesteretts argumentasjon her er logisk. En kjøper vil naturligvis sørge for at de rettigheter som blir overført ved virksomhetsoverdragelsen og som det betales vederlag for ikke bortfaller eller blir verdiløse etter overdragelsen.

Skattyteren hadde anført at partene ikke hadde hatt til hensikt å avtale bindingstid fordi klausulen om bindingstid var tatt ut av arbeidsavtalen.

Høyesterett fant ikke grunn til å ta stilling til om avtalen om bindingstid var reell eller ikke. På bakgrunn av de bevis som hadde blitt fremlagt la Høyesterett til grunn at det uansett var en forutsetning for avtalen at selger skulle ta ansettelse hos kjøper. Da var det ikke avgjørende at dette ikke fremgikk direkte av arbeidsavtalen.

Skattyter hadde også anført at det talte mot omklassifisering at selgeren skulle få god lønn for sitt arbeid i kjøpers virksomhet.

Dette fikk han ikke medhold i. Etter Høyesteretts oppfatning kunne lønn på markedsnivå bare få betydning dersom det talte mot at det forelå en sammenheng mellom vederlaget og selgers fremtidige arbeidsinnsats. Men det kunne ikke få noe særlig betydning når det på annet grunnlag var brakt på det rene at det forelå en sammenheng mellom vederlaget og fremtidig arbeidsinnsats.

Da det etter Høyesteretts oppfatning forelå en direkte kobling mellom ansettelsen og verdien av virksomheten på kjøpers hånd, kom Høyesterett til at deler av vederlaget for forretningsverdien var direkte foranlediget av selgers fremtidige arbeidsinnsats. 1,3 millioner av vederlaget skulle derfor skattlegges som arbeidsinntekt.

Dommen viser at man ved prisingen av en virksomhet må holde utenfor den verdien som knytter seg til at selgeren skal fortsette å jobbe i virksomheten. Betales det et høyere vederlag enn det virksomhetens verdier kan begrunne og dette er foranlediget av selgerens senere arbeidsinnsats for kjøper må merverdien anses som fordel vunnet ved arbeid. Det er uten betydning hvordan partene har klassifisert vederlaget.

Det er ikke nødvendig for omklassifisering at alle momentene oppstilt i Finansdepartementets uttalelse foreligger. At selger mottar markedslønn for sitt arbeid har ikke betydning dersom det på annet grunnlag kan legges til grunn at det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom vederlaget og den senere arbeidsinnsatsen i virksomheten.

Det er uten betydning om selgeren har påtatt seg en avtalerettslig forpliktelse til å jobbe i virksomheten dersom de øvrige bevisene viser at dette er en forutsetning for avtalen.

5.2.8 Rt. 2009 s. 813 (Gaard)

Saken gjaldt tre gründere som i 1998 solgte alle aksjene i selskapet sitt til Hitec ASA. Det totale aksjevederlaget på 12 millioner kroner ble delt i tre deler. Ved avtaleinngåelsen skulle kjøper overta 91 prosent av aksjene til 5 millioner kroner. Resten av aksjene skulle overføres i to like store deler, henholdsvis 1. januar 2000 og 1. januar 2001. Hver av disse utbetalingene skulle være på 3,5 millioner kroner. Forutsetningen for de to siste utbetalingene

var at selgerne var ansatt i kjøperselskapet på utbetalingstidspunktene. I tillegg forpliktet selgerne seg til ikke å drive konkurrerende virksomhet i ansettelsesperioden, men uansett frem til utgangen av år 2000 som var tidspunktet for siste utbetaling. Forutsetningene for utbetalingene ble oppfylt og hele restvederlaget ble utbetalt i henhold til avtalen. Spørsmålet i saken var om restvederlaget skulle beskattes som arbeidsinntekt. En enstemmig Høyesterett kom til at hele restvederlaget skulle beskattes som arbeidsinntekt.

Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden i skatteloven §§ 5-1 (1) og 5-10 bokstav a. Om oppregningen i § 5-10 bokstav a ble det vist til forarbeidene hvor det fremgår at inntektsbegrepet ikke er begrenset til det som fremgår direkte av loven. Tilknytningskravet kan være oppfylt *«også for fordeler som har løsere tilknytning til arbeidsforholdet enn de fordelene som er nevnt eksplisitt i bokstav a annet punktum.»*¹⁰⁶

Selv om ikke Høyesterett sier det direkte må det antas at poenget er å få frem at lovens ordlyd i seg selv gir liten veiledning, men at forarbeidene viser at det er tilknytningen til arbeidsforholdet som avgjør om en fordel skal beskattes som arbeidsinntekt.

Førstvoterende viste til at Høyesterett tidligere hadde behandlet fordelingen av salgssummen på kapital- og arbeidsinntekt når selgeren av et foretak fortsetter å arbeide i foretaket etter overdragelsen. Det ble henvist til Rt. 2008 s. 1307 hvor det var lagt til grunn at man ved verdsettelsen av en virksomhet skal trekke ut den merverdien som er knyttet til at selger fortsetter å jobbe i selskapet. Dersom det ved virksomhetsoverdragelse ytes vederlag som er foranlediget av selgers senere arbeidsinnsats for kjøper skal dette beskattes som arbeidsinntekt.

Etter Høyesteretts oppfatning hadde denne dommen relevans også i denne saken selv om Rt. 2008 s. 1307 gjaldt salg av et enkeltmannsforetak:

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 50

«De rettslige kriteriene [...] vil imidlertid være de samme.»¹⁰⁷

Det må etter dette legges til grunn at rettspraksis er den rettskilden det må tas utgangspunkt i når man skal avgjøre om en inntekt skal beskattes som kapital- eller arbeidsinntekt.

De rettslige kriteriene som Høyesterett refererer til knytter seg til vilkåret i skatteloven § 5-1 (1) om at fordelene må være «vunnet ved arbeid». Høyesterett bekrefter at dette vilkåret er oppfylt dersom arbeidsforholdet har vært foranledning til innvinning av fordelene.

I likhet med Rt. 2008 s. 1307 viste Høyesterett til ligningsloven § 8-1 som hjemmel for omklassifisering. På denne bakgrunn må det legges til grunn at spørsmålet for Høyesterett var om det fremstod som mest sannsynlig at restvederlaget var foranlediget av at selgerne påtok seg en arbeidsplikt og karensklausul.

Ved den skatterettslige bedømmelsen tok førstvoterende utgangspunkt i et sitat fra annenvoterende i Rt. 1994 s. 1064 der det blant annet het at «*de skattemessige virkninger av en disposisjon, eller en transaksjon, beror på det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuesrettslige regler.*»¹⁰⁸ Avgjørelsen berodde ifølge Høyesterett på hva partene hadde avtalt.

I juridisk teori er det gitt uttrykk for at man ut i fra dette kan legge til grunn at «*det i utgangspunktet skal mye til for å fravike det som følger av avtalen mellom partene.*»¹⁰⁹ Dette må innebære at i de tilfellene hvor partene i avtalen har klassifisert et vederlag som vederlag for aksjer må dette i utgangspunktet legges til grunn for den skatterettslige bedømmel-

¹⁰⁷ Rt 2009 813 avsnitt 52

¹⁰⁸ Rt 1994 1064 s. 1071

¹⁰⁹ Zimmer (2010) s. 573

sen. Det må foreligge spesielle omstendigheter for at man skal kunne omklassifisere en aksjegevinst til arbeidsinntekt.

Det sentrale spørsmålet var etter dette om restvederlaget kunne anses som betaling for aksjene eller om det måtte anses som vederlag for arbeidsplikten og karensklausulen. Det må antas at Høyesterett så det slik at dersom det fremgikk av avtalen at restvederlaget bare ville bli utbetalt dersom arbeidsplikten og karensklausulen ble etterlevet ville det være tilstrekkelig til å konstatere at restvederlaget var foranlediget av senere arbeidsinnsats.

For å besvare spørsmålet tok Høyesterett utgangspunkt i den konkrete salgavtalen.

Ved å gå inn i den konkrete avtalen mellom partene viser Høyesterett at omklassifiserings-spørsmålet må løses på grunnlag av en konkret vurdering hvor salgavtalen danner utgangspunktet.

Etter Høyesteretts oppfatning viste både avtalen og omstendighetene rundt denne at kjøper hadde lagt stor vekt på den fremtidige arbeidsforpliktelsen og karensklausulen.

At kjøper la vekt på den fremtidige arbeidsforpliktelsen fremgikk allerede av korrespondansen forut for avtaleinngåelsen. En arbeidsplikt for sentrale personer i selskapet hadde blitt fremhevet som et av hovedelementene i avtalen. Dette ble underbygget av at kjøper hadde bedt om informasjon om det var flere nøkkelpersoner i tillegg til aksjonærene.

Høyesterett avviste at klausulen som fastslo at det var en forutsetning for utbetaling at selgerne var ansatt på utbetalingstidspunktene ikke kunne forstås etter sin ordlyd. Avtalebestemmelsene lest i sammenheng viste at arbeidsplikten og karensklausulen var svært viktig for kjøper. Avtalen regulerte ansettelsesforholdet i detalj, og karensklausulen var tilnærmet

vanntett. Høyesterett fant det derfor «klart at Hitec la stor vekt på arbeidsplikten og karensklausulen.»¹¹⁰

Også selgerne hadde gjennom sin opptreden vist at de oppfattet arbeidsplikten og karensklausulen som reell. Begge skattyterne hadde etterlevd arbeidsplikten. Gaard ble ansatt i kjøperselskapet etter overdragelsen og sluttet rett etter at den treårige arbeidsforpliktelsen opphørte. Ved utløpet av bindingstiden jobbet Liseth i morselskapet til Hitec, som også var i samsvar med salgsavtalen.

Høyesterett må altså ha lagt til grunn at de to skattyterne ville ha opptrådt annerledes dersom det ikke hadde vært for arbeidsforpliktelsen, og at skattyterne så det slik at etterlevelse av denne var en forutsetning for å få utbetalt restvederlaget.

Skattyterne hadde flere motargumenter mot at restvederlaget var betinget av at selgerne etterlevde arbeidsplikten og karensklausulen, men Høyesterett avviste alle.

Anførselen om at det talte mot omklassifisering at skattyterne mottok markedslønn avviste Høyesterett under henvisning til Rt. 2008 s. 1307. I denne dommen hadde Høyesterett uttalt at selgers lønn hos den nye eieren var uten særlig betydning når det på annet grunnlag var brakt på det rene at det forelå en sammenheng mellom vederlaget og senere arbeid.

Dette vilkåret mente Høyesterett var klart oppfylt i denne saken. Høyesterett viste særlig til den treårige karensklausulen og uttalte at det var «åpenbart at han måtte tilbys noe mer enn markedslønn.»¹¹¹

Det kan se ut til at Høyesterett så det slik at markedslønnen heller var et moment for at restvederlaget var betaling for karensklausulen. Når det var inngått en karensklausul var det en

¹¹⁰ Rt 2009 813 avsnitt 60

¹¹¹ Rt 2009 813 avsnitt 66

selvfølge at selgerne måtte kompenseres for dette med noe mer enn markedslønn for sitt senere arbeid. Det kan spørres om Høyesterett ville vurdert dette annerledes dersom lønnen hadde vært høyere enn markedslønn. Da kunne det blitt argumentert med at karensklausulen var blitt kompensert for gjennom en ekstra høy lønn.

Fordi det var tale om en gründerbedrift som hadde vokst seg stor på kort tid, la Høyesterett til grunn at en betydelig del av restvederlaget måtte ha vært betaling for karensklausulen. Gründerne kunne på kort tid gjenta suksessen og starte et konkurrerende selskap dersom de hadde stått fritt til å gjøre det de ville etter salget. Det fremstod som *«åpenbart at man måtte gardere seg mot denne muligheten, og at det var nødvendig å betale selgerne for å avstå fra i en treårsperiode å etablere en konkurrerende virksomhet.»*¹¹²

Det kan spørres om ikke Høyesterett burde ha lagt større vekt på at det var tale om en stor produksjonsbedrift med mange ansatte. Høyesteretts argumentasjon om at selgerne måtte betales godt for ikke å starte opp konkurrerende virksomhet forutsetter at de var de eneste som var «verdt» noe i bedriften.

Skattyternes anførsel om at de ikke kunne anses som nøkkelpersoner ble avvist under henvisning til at begge skattyterne i forbindelse med avtaleinngåelsen og i intensjonsavtalen hadde betegnet seg selv som nøkkelpersoner. Selv om det ikke sies direkte må det legges til grunn at Høyesterett så det slik at det var viktig for kjøper at nettopp disse skulle fortsette å jobbe i virksomheten.

Skattyterne hadde anført at det talte mot statens tolking at restvederlaget skulle fordeles etter aksjonærforholdene. At en slik fordeling taler mot omklassifisering var Høyesterett i utgangspunktet enig i. Imidlertid kunne fordelingen etter Høyesteretts oppfatning begrunnes med at en vesentlig del av vederlaget var betaling for karensklausulen:

¹¹² Rt 2009 813 avsnitt 67

«Og da MIS var stiftet av Liseth og Gaard, var det ikke unaturlig at deres andel tilsvarte deres eierandeler i selskapet.»¹¹³

At betalingen for karensklausulen korresponderte nøyaktig med aksjonærforholdet er svakt begrunnet. Selv om de to stifterne hadde den høyeste aksjeandelen er det ikke lett å forstå hvorfor de skulle få betalt en tilsvarende høy andel for karensklausulen.

Skattyterne hadde anført at en etterfølgende verdivurdering viste at selskapet hadde en markedsverdi på minst 12 millioner kroner uavhengig av om selgerne fortsatte å jobbe i selskapet, men dette ble avvist av Høyesterett. Verdivurderingen var for usikker fordi den bare hadde basert seg på ett årsresultat, den var basert på at selgerne skulle fortsette å jobbe i selskapet og det var bare lagt vekt på risikoen for at selgerne skulle slutte. Det som etter Høyesteretts oppfatning ga riktig uttrykk for markedsverdien var det vederlaget som kjøper hadde betalt for selskapet. Det hadde «*formodningen for seg at selskapet ble solgt til den kjøperen som kom med det beste tilbudet.*»¹¹⁴

Hvorvidt dette innebærer at en uavhengig verdsettelse aldri kan brukes som bevis for at man ville oppnådd samme pris ved salg til andre uavhengig av selgernes fremtidige arbeidsplikt er uklart. Ifølge Zimmer kan en slik verdsettelse tale mot omklassifisering.¹¹⁵ Gjems-Onstad mener uttalelsen innebærer at verdsettelse er til liten hjelp for skattyter.¹¹⁶

Da det var på det rene at restvederlaget var betinget av at selgerne etterlevde arbeidsplikten og karensklausulen konkluderte Høyesterett med at deler av restvederlaget skulle regnes som fordel vunnet ved arbeid.

¹¹³ Rt 2009 813 avsnitt 69

¹¹⁴ Rt 2009 813 avsnitt 71

¹¹⁵ Zimmer (2010) s. 574-575

¹¹⁶ Gjems-Onstad (2012) s. 1109

Skattyterne hadde en subsidiær anførsel om at i hvert fall deler av vederlaget måtte anses som vederlag for aksjer. De resterende 9 prosent av aksjene ble overført i forbindelse med utbetalingen av restvederlaget.

Også denne anførselen ble avvist. Høyesterett tok utgangspunkt i at alle aksjene var verdt det samme. De resterende aksjene kunne ikke ha en høyere verdi enn de aksjene som ble overført på kjøpstidspunktet. Dette innebar at den delen av restvederlaget som i tilfelle ville vært vederlag for aksjer utgjorde mindre enn 10 prosent av det totale restvederlaget. At en så liten andel av restvederlaget skulle være betaling for aksjer hadde «*i seg selv formodningen mot seg.*»¹¹⁷

I tillegg gjaldt det ingen klausul om reduksjon i restvederlaget slik det hadde gjort for vederlaget for de første 91 prosent av aksjene. Mangelen på en tilsvarende klausul for restvederlaget underbygget at partene ikke hadde forutsatt at noen del av restvederlaget skulle være vederlag for aksjer.

Høyesterett konkluderte derfor med at hele restvederlaget måtte anses som fordel vunnet ved arbeid.

Høyesteretts begrunnelse for ikke å godta deler av restvederlaget som vederlag for aksjer er ikke lett å forstå. Det er ikke opplagt hvorfor det hadde formodningen mot seg at en mindre del av restvederlaget var aksjevederlag. Høyesteretts resonnement viser jo egentlig det motsatte.

¹¹⁷ Rt 2009 813 avsnitt 72

Den ene skattyteren eide aksjene sine gjennom et heleid aksjeselskap. Han anførte derfor at restvederlaget ikke kunne tilordnes ham som personinntekt fordi det var hans aksjeselskap som var part i avtalen.

Høyesterett avviste dette under henvisning til at både karensklausulen og arbeidsplikten var personlige forpliktelser som hans selskap ikke kunne forplikte ham til. Inntekten måtte derfor tilordnes ham personlig.

5.2.9 Rettstilstanden etter dommene

Skogli- og Gaard-dommen har avklart en del sentrale spørsmål knyttet til earnout situasjonen.

For å kunne omklassifisere aksjegevinst til arbeidsinntekt må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at hele eller deler av vederlaget knytter seg til selgers fremtidige arbeidsinnsats.

Hvorvidt hele eller deler av vederlaget knytter seg til selgers fremtidige arbeidsinnsats må avgjøres på bakgrunn av den konkrete salgavtalen. I tillegg til det som fremgår direkte av avtalen kan det legges vekt på partenes forutsetninger og omstendighetene rundt avtaleforholdet. Det er ikke et vilkår at arbeidsplikten fremgår direkte av salgavtalen. I Skogli-dommen la Høyesterett til grunn at når arbeidsplikten var en forutsetning for salgavtalen var det ikke avgjørende om selgeren oppfattet bindingsklausulen som reell eller ikke.¹¹⁸ I Gaard-dommen fremgikk arbeidsplikten direkte av salgavtalen, i tillegg til at selgerne gjennom sin opptreden hadde vist at de oppfattet bindingsklausulen som reell.¹¹⁹

Dersom det kan legges til grunn at selgerne har forpliktet seg til en fremtidig arbeidsinnsats i selskapet er det en presumsjon for at det også er betalt for det. I Gaard-dommen la Høyesterett

¹¹⁸ Rt 2008 1307 avsnitt 49

¹¹⁹ Rt 2009 813 avsnitt 62

terett til grunn at det var åpenbart at selgeren måtte tilbys noe mer enn markedslønn når han hadde påtatt seg en treårig konkurranseklausul.¹²⁰

Momentene i Finansdepartementets uttalelse kan ikke oppstilles som nødvendige betingelser for omklassifisering av aksjegevinsten til arbeidsinntekt. Dette kom klarest til uttrykk i Skogli-dommen, hvor Høyesterett la til grunn at uttalelsen ikke kan snevre inn adgangen til omklassifisering i forhold til det som følger av loven og Høyesteretts praksis.¹²¹ I Gaard-dommen ble ikke uttalelsen kommentert direkte, men Høyesterett tok utgangspunkt i de rettslige kriteriene som ble oppstilt i Skogli dommen.¹²² Det må derfor antas at Høyesterett i Gaard-dommen sluttet seg til den rettsoppfatningen som hadde kommet til uttrykk i Skogli-dommen.

I juridisk teori er det gitt uttrykk for at det ikke kan utelukkes at momentene likevel «*kan eller skal tillegges vekt ved grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst.*»¹²³

På bakgrunn av rettspraksis må det imidlertid legges til grunn at det kan skje omklassifisering selv om selgerne mottar markedslønn. I verken Skogli eller Gaard dommen ble det lagt vekt på at selgerne mottok markedslønn. Det ble imidlertid ikke tillagt vekt fordi det allerede var bevist at det forelå en sammenheng mellom vederlaget og senere arbeidsinnsats. I Skogli dommen åpnet Høyesterett for at markedslønn kan få betydning dersom det «*bevismessig kan tale mot at det er en kobling mellom vederlag for virksomheten og tidligere eiers arbeid for den nye eier.*»¹²⁴ Dette må innebære at markedslønn bare kan få betydning i vurderingen dersom det er uklart om det foreligger en sammenheng mellom vederlaget og senere arbeidsinnsats.

¹²⁰ Rt 2009 813 avsnitt 66

¹²¹ Rt 2008 1307 avsnitt 37

¹²² Rt 2009 813 avsnitt 52

¹²³ Zimmer (2010) s. 573

¹²⁴ Rt 2008 1307 avsnitt 51

På bakgrunn av Gaard dommen kan det se ut til at Høyesterett har akseptert at en fordeling av vederlaget som tilsvarer aksjonærforholdet er et moment som taler mot omklassifisering.

Høyesterett har ikke behandlet en earnout situasjon hvor det både foreligger aktive og passive aksjonærer. I både Skogli og Gaard dommen var selgerne aktive. I juridisk teori er det gitt uttrykk for at det i en situasjon hvor det både er aktive og passive eiere kan det tale mot omklassifisering at disse mottar like høyt vederlag.¹²⁵ I slike tilfeller kan det argumenteres for at det ikke foreligger noe mervederlag som er relatert til de aktive selgernes fremtidige arbeidsinnsats i selskapet.

6 Oppsummering

Høyesterettspraksis har vist at det kan få spesielle skattemessige konsekvenser når aksjer har sammenheng med et arbeidsforhold. Det kan oppstå spørsmål om beskatning etter arbeidsregelen både ved aksjeervertet, i eierperioden og ved salg av aksjene.

Det avgjørende er om det er arbeidsforholdet som har gitt foranledning til innvinning av fordelen. Dette må løses ut fra en konkret helhetsvurdering. Det er de reelle forholdene som er avgjørende, og ikke partenes klassifisering av inntekten.

Ved aksjeervertet skal det skje beskatning etter arbeidsreglen dersom den ansatte erverver aksjene til underkurs fra arbeidsgiver. Verdidifferansen mellom markedsprisen og det den ansatte betaler er en fordel, og når aksjene erverves fra arbeidsgiver foreligger det tilstrekkelig tilknytning mellom fordelen og arbeidet. Finansieres aksjeervertet gjennom et gunstig lån fra arbeidsgiver vil sparte renteutgifter være en skattepliktig fordel.

I eierperioden mener jeg det i visse situasjoner kan være grunnlag for å omklassifisere hele eller deler av utbytte på ansatteaksjer til arbeidsinntekt ut fra de vurderingene som Høyesterett har gjort i IS-sakene. Det er ingen grunn til at forskjellen i selskapsform skal få betyd-

¹²⁵ Zimmer (2010) s. 574

ning da Høyesterett ser på de reelle forholdene. Viss vilkår må være oppfylt. Avgjørende vil være om de reelle forholdene viser at det er aksjonærens arbeidsinnsats og ikke aksjeinnskuddet som er den sentrale innsatsfaktoren i opparbeidingen av selskapets overskudd.

Ved salg av aksjer oppstår det spørsmål om omklassifisering av aksjegevinsten både i de tilfellene der ansatte selger aksjer de har ervervet i arbeidsgiverselskapet, og når aksjer selges i forbindelse med virksomhetsoverdragelse og selgeren skal fortsette å jobbe i virksomheten etter overdragelsen (earnout).

I utgangspunktet er vurderingen knyttet til forskjellige tidspunkter i handlingsrekkefølgen. Når det er snakk om ansatteaksjer fokuseres det på de vilkårene som gjaldt for erverv og eierskap til aksjene. Grunnen til dette er at det er spørsmål om aksjegevinsten har sammenheng med den arbeidsinnsatsen som de ansatte har gjort i selskapet. Fokuset er altså bakover i tid. Ved earnout fokuseres det på vilkårene for salg av aksjene. Dette er fordi spørsmålet er om aksjegevinsten har sammenheng med selgerens fremtidige arbeidsinnsats eventuelt avståelse fra senere arbeidsinnsats. Fokuset er fremover i tid.

Både rettspraksis knyttet til ansatteaksjer og rettspraksis knyttet til earnout tar utgangspunkt i at det skal noe til før man kan omklassifisere aksjegevinst til arbeidsinntekt. I Pre Finans dommen ble det lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig for omklassifisering at det foreligger en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet.¹²⁶ Det kreves noe mer. I Gaard dommen legger Høyesterett til grunn at de skattemessige virkningene av en disposisjon som et utgangspunkt beror på det innholdet partene selv har gitt disposisjonen.¹²⁷ Det skal altså en del til for å fravike den klassifiseringen som partene har avtalt.

¹²⁶ Rt 2000 1739 s. 1748

¹²⁷ Rt 2009 813 avsnitt 54

Det er imidlertid enkelt fellestrekk ved de momentene som kan få betydning i en omklassifiseringsvurdering. Felles for momentene er at de skaper en tilknytning til arbeidsinnsatsen, enten det er en fremtidig eller tidligere arbeidsinnsats.

Vilkåret om at man må være ansatt for å være aksjonær kan sammenliknes med bindingsklausulene i earnout. Når det avtales at selger er forpliktet til å jobbe i selskapet etter overdragelsen, knyttes aksjevederlaget til selgerens fremtidige arbeidsinnsats. Når det er et vilkår at man må være ansatt for å være aksjonær knyttes aksjegevinsten til den ansattes arbeidsinnsats mens han var aksjonær.

At aktive og passive aksjonærer behandles forskjellig kan være et moment som får betydning i begge situasjonene. Ved ansatteaksjer er situasjonen ofte at de ansatte ikke har de samme aksjonærrettighetene som de øvrige aksjonærene. Dette gir en indikasjon på at de ansatte har en særlig aksjonærposisjon på grunn av arbeidsforholdet. Ved earnout kan det være slik at aksjevederlaget ikke er det samme for aktive og passive selgere. Dersom de aktive selgerne får et høyere aksjevederlag enn de passive kan mye tyde på at mervederlaget er begrunnet i de aktive selgernes fremtidige arbeidsinnsats. På den annen side kan det tale mot omklassifisering at både aktive og passive selgere får like høyt aksjevederlag. Da er det ingen indikasjon på at de aktive selgerne har fått ekstra betalt for at de skal fortsette å jobbe i selskapet.

I begge tilfellene er verdivurderingen av aksjene sentralt. Ved salg av ansatteaksjer er det et moment i omklassifiseringsvurderingen om salgssummen er regulert på en slik måte at den avviker fra det man ville fått ved et markedsmessig salg. Ved earnout legges det vekt på om aksjevederlaget gjenspeiler aksjenes verdi.

7 Kilder

Lover:

1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august nr. 8

1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni nr. 24

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar nr. 19

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni nr. 44

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars nr. 14

Forskrifter:

Forskrift 19.11.1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSFIN)

Stortingets skattevedtak:

Storingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2012

Storingsvedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden for 2012

Forarbeider:

Ot.prp.nr.26 (1980-1981) Lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.

Ot.prp.nr.72 (1983-1984) Beskatning av ansattes kjøp av aksjer til underkurs

Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov

Ot.prp.nr.1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer

Ot.prp.nr.92 (2004-2005) Skatte- og avgiftslovgivingen mv.

Dommer:

Rt. 1922 s. 523

Rt. 1958 s. 583 Hagerup

Rt. 1994 s. 1064 Bye

Rt. 2000 s. 758 Kruse Smith

Rt. 2000 s. 772 Paulsen

Rt. 2000 s. 1739 Pre Finans

Rt. 2001 s. 640 Alst

Rt. 2005 s. 577

Rt. 2008 s. 1307 Skogli

Rt. 2009 s. 105 Enskilda
Rt. 2009 s. 813 Gaard
Rt. 2010 s. 527 Boston
Rt. 2010 s. 999 First Securities

Uttalelser:

Utv. 1999 s. 225 *Bruttoskatteplikt mv ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler ("earn outs")* (FIN)
Utv. 2009 s. 1284 *Om lønnsbeskatning av eiere av AS/DLS etter skattereformen 2004-2006* (SKD)
Utv. 2009 s. 1116 *Indre selskaper og uakseptable skatteopplegg* (SKD)

Bøker:

Aarbakke, Magnus. *Skatt på inntekt*. 4. utg. Oslo, 1990
Zimmer, Fredrik. *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009
Zimmer, Fredrik, i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utg. Oslo, 2010
Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008
Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 8. utg. Oslo, 2012

Artikler:

Zimmer, Fredrik. *Høyesterettsdommer i skattesaker 2000*. Tidsskrift for skatt og avgift. Årgang 2001, s. 276 flg.

