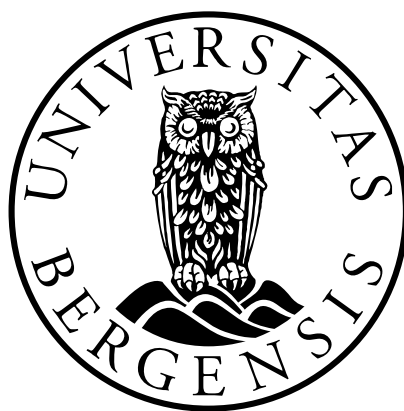


Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i skatteloven § 5-1

Med fokus på beskatningen av aksjeinntekter og aksjer i arbeidsforhold

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 37258



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

25. juni 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	6
1.1	<i>Emne og problemstilling</i>	6
1.2	<i>Avgrensninger</i>	8
1.3	<i>Videre opplegg</i>	10
2	Metodiske betraktninger	11
2.1	<i>Rettskildebildet</i>	11
2.2	<i>Metode</i>	12
2.3	<i>Klassifisering og omklassifisering; presisering av terminologi</i>	13
2.4	<i>Legalitetsprinsippets betydning ved grensedragningen</i>	16
2.5	<i>Noen refleksjoner om tosatssystemet og relevansen av systemsvakheter ved grensedragningen</i>	18
3	Hensyn som aktualiseres ved grensedragningen	20
3.1	<i>Innledning</i>	20
3.2	<i>Hensynet til å unngå kapitalflukt</i>	20
3.3	<i>Hensynet til enkelhet, forutsigbarhet og koherens</i>	21
3.4	<i>Hensynet til likhet</i>	22
3.5	<i>Hensynet til nøytralitet</i>	23
4	Kravet til tilknytning mellom inntekt og inntektskategori	24
4.1	<i>Innledning</i>	24
4.2	<i>Kort om øvrige vilkår for skatteplikt</i>	25
4.3	<i>Fordelen må ikke være for fjern og avledet. Tilknytningskravet for skatteplikt</i>	26
4.4	<i>Utviklingstrekk for inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier</i>	28
4.4.1	<i>Tidligere rettskilder om inntekter med blandet tilknytning</i>	28
4.4.2	<i>Nyere rettskilder om blandet tilknytning</i>	33
4.5	<i>Momenter ved grensedragningen mellom arbeid og kapital</i>	34
4.5.1	<i>Innledning</i>	34
4.5.2	<i>Årsakssammenheng mellom inntekt og inntektskategori</i>	36
4.5.3	<i>Inntektens nærhet til inntektskategorien</i>	38
4.5.4	<i>Inntektens likhetstrekk med inntektskategoriens typiske kjennetegn</i>	40
4.5.5	<i>Subjektet inntekten stammer fra</i>	43
4.5.6	<i>Særlig om at tilknytningen til inntektskategorien må være «naturlig»</i>	45

4.6	<i>Når skal inntekten deles opp?</i>	47
5	Er inntekten som helhet arbeidsinntekt eller kapitalinntekt?	50
5.1	<i>Innledning</i>	50
5.2	<i>Erverv av aksje som betingelse for å få eller inneha et arbeidsforhold</i>	51
5.2.1	<i>Innledning</i>	51
5.2.2	<i>Erverv av aksje for å få en stilling</i>	52
5.2.3	<i>Erverv av aksje for å opprettholde en stilling</i>	55
5.2.4	<i>Konklusjon</i>	56
5.3	<i>Aksjeerverv til underkurs</i>	58
5.3.1	<i>Innledning</i>	58
5.3.2	<i>Betydningen av innskrenkinger i aksjeeiet</i>	59
5.3.3	<i>Underkursen må ha tilknytning til arbeid</i>	62
5.3.3.1	<i>Innledning</i>	62
5.3.3.2	<i>Partenes forhandlingssituasjon</i>	62
5.3.3.3	<i>Selgers økonomiske situasjon</i>	63
5.3.3.4	<i>Ervervets forretningsmessige verdi</i>	64
5.4	<i>Aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger. Særlig om risiko</i>	66
5.4.1	<i>Innledning</i>	66
5.4.2	<i>Når må aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger klassifiseres som arbeidsinntekt?</i>	67
5.4.3	<i>Nærmere om innholdet i kravet til ervervets risiko</i>	72
5.4.4	<i>Noen avsluttende synspunkter</i>	74
5.5	<i>Inntekter som følge av oppfinnerrettigheter i arbeidsforhold (arbeidstakeroppfinnelsesloven)</i>	76
5.5.1	<i>Innledning</i>	76
5.5.2	<i>Beskatning av inntekter etter innløsning av oppfinnerrettigheter i arbeidsforhold</i>	77
5.5.3	<i>Er alle former for vederlag fra innløsning etter arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 første ledd arbeidsinntekt?</i>	79
6	Hvis inntekten kan oppdeles: Hvor mye skal klassifiseres som arbeidsinntekt og kapitalinntekt? ...	83
6.1	<i>Innledning: En toleddet vurdering</i>	83
6.2	<i>Utbetaling til aktiv eier – hvor mye er arbeidsinntekt og utbytte?</i>	85
6.2.1	<i>Innledning</i>	85
6.2.2	<i>Har utbetalingen tilknytning til arbeid eller kapital?</i>	87
6.2.2.1	<i>Innledning</i>	87
6.2.2.2	<i>Manglende forholdsmessighet mellom arbeid og lønn</i>	87
6.2.2.3	<i>Skjevdeling av utbytte</i>	89
6.2.2.4	<i>Utbyttet henger sammen med arbeidsprestasjoner</i>	90
6.2.3	<i>Klassifiseringens størrelse</i>	92

6.3	<i>Aksjesalg med earn out-klausuler – hvor mye er arbeidsinntekt og aksjevederlag?</i>	95
6.3.1	Innledning	95
6.3.2	Nærmere om vurderingstema	97
6.3.3	Tilknytning gjennom manglende kompensering for binding	99
6.3.3.1	Foreligger det en binding til arbeidet?	99
6.3.3.2	Er bindingen rimelig kompensert?	102
6.3.4	Tilknytning som følge av andre omstendigheter	104
6.3.4.1	Ulik behandling av aktive og passive aksjonærer	104
6.3.4.2	Selgers lønn i arbeidsperioden	106
6.3.4.3	Sammenhengen mellom tilleggsvederlaget og selgerens arbeidsprestasjoner	107
6.3.4.4	Partenes formål med og forståelse av transaksjonen.....	109
6.3.4.5	Det totale aksjevederlagets størrelse	110
6.3.5	Klassifiseringens størrelse	112
7	Avslutning	114
	Kildeliste	116
	<i>Litteraturliste</i>	<i>116</i>
	<i>Domsregister</i>	<i>125</i>
	<i>Lovgivning og forskrifter</i>	<i>127</i>
	<i>Forarbeider</i>	<i>128</i>
	<i>Administrative anbefalinger, uttalelser, bindende forhåndsuttalelser og vedtak</i>	<i>130</i>

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Emnet for denne fremstillingen er grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt etter skatteloven¹ § 5-1. Bestemmelsens første og andre ledd lyder som følger:

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

(2) Som skattepliktig inntekt anses gevinst ved realisasjon av formuesobjekt utenfor virksomhet, sml. § 5-30. Ved realisasjon av formuesobjekt gjelder særregler i kapittel 9, herunder om begrensning av skatteplikten etter forrige punktum.

I normaltillfellene er grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt uproblematisk. Lønn fra arbeidsgiver er arbeidsinntekt, utbytte fra et aksjeselskap er kapitalavkastning, og gevinst ved salg av aksjer er kapitalgevinst. Satt på spissen ville grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt bydd på mindre tvil dersom skattyteren levde to forskjellige liv, hvor det ene gikk ut på å arbeide, mens det andre gikk ut på aksjespekulering og boligutleie. De tvilsomme grensetilfellene oppstår gjerne når slike aktiviteter blandes sammen.

For eksempel har samfunnsutviklingen gjort det vanligere at ansatte har eierinteresser i selskapet de arbeider i. I mange tilfeller er det da vanskelig å avgjøre hva som er inntekt fra arbeid og hva som er inntekt fra kapital. Hvilke vilkår kan avtales for at aksjeinntekter ikke skal skatlegges som arbeidsinntekt? På hvilken måte kan arbeidsgiver binde den ansatte gjennom rettighetene til aksjene uten at det innebærer en klassifisering av aksjeinntekter som arbeidsinntekt? Kan skattyter nyte godt av avkastning på aksjer som erverves utelukkende for å stifte eller opprettholde en arbeidsstilling? Hvor store deler av et salgsvederlag er arbeidsinntekt når selger blir ansatt hos kjøper etter overdragelsen? Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt oppstår altså i en rekke sammenhenger.

¹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven/sktl).

Klassifiseringen har stor betydning for skattesatsen. Kapitalinntekt og -gevinst skattlegges proporsjonalt med en sats på 22 prosent.² Inntekter fra aksjer, som behandles flere steder i oppgaven, skal ved beregningen av skattepliktig inntekt oppjusteres med 1,44 etter at det er gjort fradrag for ubenyttet skjerming.³ Etter oppjustering gir dette en effektiv beskatning på 31,68 prosent.⁴ Hvis aksjeinntekter innvinnes av et aksjeselskap, er inntekten i utgangspunktet skattefri under fritaksmetoden, jf. § 2-38.⁵

Problemstillingen oppstår fordi fordeler «vunnet ved arbeid» inngår i beregningen av personinntekt med høyere skattesats, jf. sktl. § 12-2 bokstav a). Personinntekt beskattes progressivt med en skattesats opp til 46,4 prosent. Ut fra klassifiseringen kan altså inntekten skattlegges med en sats fra 0 til 46,4 prosent. Dersom inntekten klassifiseres som arbeidsinntekt, plikter arbeidsgiver normalt å betale arbeidsgiveravgift etter folketrygdloven⁶ § 23-2 tredje ledd og foreta forskuddstrekk etter skattebetalingsloven⁷ § 5-6 første ledd bokstav a). Ofte vil også utgiftene som arbeidsinntekt være fradragberettiget på selskapets hånd etter sktl. § 6-1, og for skattyter omfattes inntektene av minstefradraget.⁸ Klassifiseringen har også betydning for tidfestingen. Arbeidsinntekt periodiseres etter kontantprinsippet, jf. sktl. § 14-2. Kapitalinntekter periodiseres etter realisasjonsprinsippet, jf. sktl. § 14-3.

Lovteksten er skjønnsmessig, majoriteten av kildetilfanget er avgjørelser fra rettspraksis og klassifiseringen har stor økonomisk betydning for skattyter. Grensedragningen er utviklet og presisert gjennom rettspraksis, og til tross for at forskjellen i skattesats skulle gjort grensedragningen særlig aktuell, har problemstillingen ikke vært grundig behandlet i juridisk teori.⁹ Det er altså et sterkt behov for avklaring.

² Stortingsvedtak 15. desember 2020 nr. 2878 om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2021.

³ Sktl. § 10-31.

⁴ Sktl. § 10-11.

⁵ Formålet med oppjusteringen er å skattlegge aksjeinntekter på samme nivå som høye arbeidsinntekter, se Zimmer mfl. (2019) s. 42.

⁶ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven).

⁸ Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven/skftvl).

⁹ Problemstillingen er behandlet kortfattet i Zimmers standardverk *Lærebok i skatterett* (2018) s. 397–400.

Enkelte problemstillinger behandles noe grundigere i Zimmer mfl. *Bedrift, selskap og skatt* (2019) kap. 24 om personinntekt, men likevel slik at fremstillingen ikke analyserer sammenhengen mellom de ulike problemstillingene. I annen litteratur er samme trend tilbakevendende: Enkelte grensedragninger behandles, men ikke på et omfang som har resultert i en helhet fremstilling om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt.

I oppgaven skal jeg trekke grensen for vilkårene «fordel vunnet ved arbeid» i skatteloven § 5-1 første ledd, jf. § 5-10 bokstav a), jf. § 12-2 bokstav a) på den ene siden og «fordel vunnet ved [...] kapital» i § 5-1 første ledd, jf. § 5-20, samt «gevinst ved realisasjon av formuesobjekt», jf. § 5-1 andre ledd på den andre siden.¹⁰ Når jeg senere bruker formuleringen «grensedragningen», må dette forstås som en henvisning til grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i *vid* forstand. Med kapitalinntekt menes både kapitalavkastning og kapitalgevinst.¹¹

Konkret kommer jeg til å analysere grensedragningen gjennom to hovedproblemstillinger. Disse har mye til felles, men også enkelte nyanser:

1. Er inntekten som helhet vunnet ved arbeid eller kapital?
2. Hvis inntekten kan deles opp, hvor mye er vunnet ved arbeid og hvor mye er vunnet ved kapital?

1.2 Avgrensninger

Problemstillingene som er skissert ovenfor gjør det ikke nødvendig med de store avgrensningene. Enkelte presiseringer kan likevel være på sin plass. Skatteloven § 5-1 første og andre ledd oppstiller flere vilkår for skatteplikt. Jeg kommer ikke til å foreta inngående drøftelser om hva som utgjør en skatterettslig «fordel», eller hva som skal regnes som en «realisasjon» av formuesobjekt.

Videre forutsetter jeg at skattyter er bosatt i Norge etter § 2-1, eller har begrenset skatteplikt hit etter § 2-3. Dersom grensedragningen får særlig aktualitet over landegrensene vil dette bli

¹⁰ Alle inntektskategoriene har ikke-uttømmende opplister på hva som utgjør arbeidsinntekt, kapitalinntekt og kapitalgevinst i sktl. §§ 5-10 flg., 5-20 flg. og § 9-2 andre ledd flg. De opplistede eksemplene gir imidlertid lite veiledning for inntekt med tilknytning til flere inntektskategorier. Jeg kommer derfor til å konsentrere meg om hovedreglene i § 5-1.

¹¹ Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.4.1, har Høyesterett lagt til grunn at arbeidsinntektens yttergrense trekkes likt mot kapitalgevinster og kapitalavkastning. Det har altså ingen betydning om en fordel i utgangspunktet har karakter av å være kapitalavkastning eller kapitalgevinst; i begge tilfeller trekkes grensen mot arbeidsinntekter likt. Jeg vil likevel presisere om det er kapitalgevinst eller kapitalavkastning som aktualiseres ved behandlingen av de ulike typetilfellene.

presisert underveis.¹² Jeg avgrenser også mot behandlingen av kapitalinntekt og arbeidsinntekt etter internasjonale skatteavtaler, herunder OECDs mønsteravtale.¹³

Når en aktiv eier unnlater å ta ut midler fra selskapet til tross for utførelse av arbeid, har spørsmålet om såkalt «tvangslønn» etter § 13-1 enkelte ganger kommet på spissen. Dette behandles ikke i denne fremstillingen.¹⁴

I praksis forekommer det ofte at skattyter som ledd i arbeidsutførelsen foretar investeringer gjennom eget holdingsselskap. Spørsmål som da oppstår kan typisk være om skattyter skal tilordnes inntekten i egenskap av å være ansatt eller aksjonær (ofte omtalt som lønsmottakerselskaper).¹⁵ Slike spørsmål får en viss betydning i tilknytningsvurderingen, men behandles ikke inngående i denne fremstillingen.¹⁶

Fordi grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt i hovedsak er et spørsmål om skatteplikt, behandles ikke spørsmål om tidfesting på et dypere nivå.

Heller ikke omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 får en særlig plass i grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Etter hva jeg kjenner til, finnes det ingen høyesterettssaker om omgåelsesnormen som angår denne grensdragningen. Typisk for mange omgåelsestilfeller er at en privatrettslig form er utnyttet for at skattyter skal oppnå skattefordeler som er i strid med skattelovens formål. Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt beror på sin side ikke direkte på privatrettslige former, men egne skatterettslige termer hvor det kan være større rom til å ramme tilpasninger ved vanlig tolkning av de ordinære regler. Dersom skattyter forsøker å unngå skatteplikt som arbeidsinntekt ved å maskere lønn som vederlag for en aksje, kan man ofte oppnå beskatning som arbeidsinntekt ut fra vanlig lovtolkning, fordi vederlaget må forstås som «vunnet ved arbeid».

¹² Se punkt 6.2 om grensen mellom utbytte og lønn.

¹³ Se nærmere om disse emnene i Zimmer (2017) s. 231–253 for kapitalinntekter og 255–274 for lønnsinntekter.

¹⁴ Temaet er behandlet i Folkvord (2012) s. 200–209 og Gjems-Onstad (2008) s. 273–290.

¹⁵ For en dypere behandling av denne problemstillingen, se Bøyum-Folkeseth (2017) s. 87–95.

¹⁶ Se punkt 4.5.5.

1.3 Videre opplegg

Oppgaven har syv punkter. I punkt 2 behandler jeg rettskildebildet, valg av metode, terminologi og andre metodiske spørsmål som betydningen av legalitetsprinsippet og systemsvakheter ved tosatssystemet. Punkt 3 inneholder en kort introduksjon til de relevante hensyn som aktualiseres ved grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Fordi grensedragningen oppstår fordi det stilles krav til tilknytning mellom inntekt og inntektskategori, behandler jeg kravet til tilknytning utførlig i punkt 4. Her oppstiller jeg også momenter som jeg anvender senere i oppgaven. I punkt 5 undersøker jeg om inntekten er vunnet ved arbeid eller kapital når inntekten ikke er oppdelbar. Dette er et spørsmål om *hele* inntekten er vunnet ved inntektskategorien. I punkt 6 analyserer jeg hvor mye av inntekten som relaterer seg til arbeidet og kapitalen. I avslutningen, punkt 7, reflekterer jeg kort over relevante funn.

2 Metodiske betraktninger

2.1 Rettskildebildet

Oppgaven omhandler sktl. § 5-1 første ledd og § 5-1 andre ledd. Fremstillingen er derfor en lovtolkingsoppgave.¹⁷ Skatteloven § 5-1 viderefører den tidligere hovedbestemmelsen om inntekt i skatteloven 1911¹⁸ § 42 uten noen tilsiktet realitetsendring.¹⁹ Lovteksten er fortsatt utformet kort og i generelle formuleringer, der den nærmere fastleggelsen av innholdet i siste instans overlates til domstolene og Høyesterett.²⁰ Grensedragningens nærmere innhold er utviklet og presisert primært gjennom høyesterettspraksis. Ikke overraskende er dette derfor fremstillingens mest sentrale rettskilde. Undersøkelsen av Høyesteretts avgjørelser har som formål å kartlegge *generelle* resonnementer. Tanken er blant annet at Høyesterett ved behandlingen av nye saker i fremtiden vil følge samme fremgangsmåte.²¹

Flere steder behandler jeg praksis fra lavere instanser, med bevissthet om avgjørelsens begrensede rettskildemessige vekt. Andre steder trekker jeg inn administrativ praksis, bindende forhåndsuttalelser og avgjørelser fra Skatteklagenemnda. Til tross for at Høyesterett har vist tilbakeholdenhet med å tillegge disse kildene særlig rettskildemessig vekt, er de godt egnet til å få frem nyanser og forskjeller, for eksempel der det øvrige kildematerialet gir begrenset veiledning.²²

Andre nordiske lands løsning av tilsvarende grensespørsmål nevnes enkelte steder. Dette gjør jeg fordi oppgavens aktualitet for alvor oppstod etter innføringen av tosattssystemet.²³ Systemet trekker et hovedskille mellom alminnelig inntekt og personinntekt, og ble i løpet av perioden 1989 til 1993 innført i alle de nordiske landene.²⁴ Formålet er ikke å gjøre et komparativt dypdykk, men å få frem nyanser og forskjeller der nasjonale rettskilder ikke gir veiledning. I tillegg kommer det moment at norsk rettskildelære ikke stenger for bruk av andre lands

¹⁷ Nygaard (2004) s. 177.

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

¹⁹ Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 49.

²⁰ Zimmer (2016b) s. 589.

²¹ Skar (2017) s. 10.

²² Se f.eks. Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 37 og Zimmer (2018) s. 58.

²³ Gjems-Onstad (2001) s. 81.

²⁴ Kukkonen (2008) s. 13–19.

argumenter ved behandlingen av rettsspørsmål: Reelle hensyn følger ingen landegrenser.²⁵ Høyesterett har dessuten vist velvillighet til å vektlegge praksis fra andre nordiske lands ved behandlingen av parallelle skattemessige spørsmål i norsk rett.²⁶

2.2 Metode

Fremstillingen er en rettsdogmatisk analyse hvor grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt analyseres med utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Med rettsdogmatisk analyse mener jeg en systematisk fremstilling av gjeldende rett. Systematiseringen skjer gjennom analyse og evaluering av de rettskildene som ligger til grunn for grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt.²⁷ Det som skiller en rettsdogmatisk analyse fra ordinær juridisk metode, er at den tar sikte på å gå enda grundigere til verks når det gjelder etablering av forståelse på en solid, dyp og begrunnet måte.²⁸

I oppgaven kommer jeg til å rette søkelys mot praksis og typetilfeller. Dette gjør jeg fordi arbeids- og kapitalbegrepene ikke er abstrakte, men må forstås i lys av den inntektsskapende aktivitet i hver enkelt sak.²⁹ Hovedproblemstillingen kan derfor ikke besvares uten å analysere typetilfeller. Dessuten er tilknytningskravet presisert og utviklet gjennom praksis, hvilket særlig legitimerer slutninger fra disse kildene. En mulig svakhet med denne tilnærmingen er at valget av undersøkelsesobjekt kan fremstå fragmentert og tilfeldig. Gjennom analyse av typetilfeller risikerer man også å miste av syne at undersøkelsen inngår i et større hele. Gjennomgående vil derfor fremstillingen ha som formål å kartlegge generelle resonnementer.

For å besvare problemstillingene kommer jeg også til å oppstille momenter for grensedragningen. Formålet er at disse kan brukes dersom nye grensespørsmål oppstår i fremtiden, og på denne måten bidra til at grensedragningen blir mer forutsigbar.

Som fremstillingens tittel illustrerer, kommer jeg til å ha fokus på beskatningen av aksjeinntekter og aksjer i arbeidsforhold. Den omfattende behandlingen av aksjer er primært praktisk begrunnet. Aksjer skiller seg ikke mye fra andre formuesobjekter, men et aksjeinnehav

²⁵ Nygaard (2004) s. 220.

²⁶ Se Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 61 hvor Høyesterett viser til Kammarrättens avgjørelse av 19. desember 2013 (Nordic Capital).

²⁷ Mæhle (2004) s. 329.

²⁸ Graver (2011) s. 243.

²⁹ Jeg kommer tilbake til dette i punkt 4.5.

skjer ofte i tilknytning til eller i kombinasjon med et arbeidsforhold og utgjør derfor et velegnet undersøkelsesobjekt for analyse av grensedragningen. De fleste resonnementene er imidlertid generelle og gjelder for alle typer formuesobjekter. Redegjørelsene vil derfor ha overføringsverdi til andre formuesobjekter enn aksjer, noe jeg også kommer tilbake til underveis.

2.3 Klassifisering og omklassifisering; presisering av terminologi

Når skattemyndighetene endrer skattyters påstand om beskatning, kalles dette undertiden *omklassifisering*.³⁰ Begrepet omklassifisering er ikke definert i skatteloven eller forarbeider. I Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) uttaler førstvoterende: «Med omklassifisering sikter jeg til at avtalepartenes betegnelse må vike for en riktig skatterettslig bedømmelse» (avsnitt 23). Henvisningen til avtaleparter indikerer at Høyesterett mener at omklassifisering forutsetter (minst) to ulike parter. Uttalelsen synes derfor å avgrense mot tilfeller der skattemyndighetene endrer en skattefastsettelse som ikke består mellom flere parter, noe som vanskelig kan være riktig. I Skatte-ABC benyttes begrepet «tilsidesettelse» som en fellesbetegnelse på alle rettsgrunnlag som brukes for å fravike skattyters påstand om beskatning.³¹ Pedagogisk kan en slik forenkling ha sine fordeler, men jeg finner det mer presist å holde omklassifisering adskilt fra de øvrige tilsidesettelsesformene.

Etter skatteforvaltningsloven § 12-1 første ledd kan skattemyndighetene endre en «uriktig» skattefastsetting. Hvorvidt en fastsetting er «uriktig», beror på om skattereglene er anvendt korrekt på faktum.³² Begrepet «omklassifisering» kan altså forstås som en merkelapp på resultatet etter at skattemyndighetene har endret skattyters påstand om skattlegging. Omklassifisering kommer derfor bare på tale når skattereglene er anvendt på en «uriktig» måte, jf. sktfvl. § 12-1 første ledd.³³

³⁰ Se blant annet. Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 23, Zimmer (2010a) s. 1073, Folkvord (2016) s. 135 og Kaarbø/Banoun (2014) s. 52.

³¹ Skatte-ABC 2020 3. utgave s. 1269.

³² Prop. 38 L (2015–2016) s. 257.

³³ I motsatt retning tolker jeg Zimmer, som synes å forutsette at aksjegevinster som har så nær tilknytning til arbeid at den må regnes som arbeidsinntekt ikke omklassifiseres. I en kommentar til Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal)

Uttalelsen fra Alvdal-dommen ovenfor minner intuitivt om pro forma-betraktninger.³⁴ Henvisningen til «riktig skatterettslig bedømmelse» antyder at skattyter har gjort feil med bevissthet. Grensen mellom pro forma og omklassifisering er normalt uproblematisk, men kan enkelte ganger være vanskelig å trekke. Hansen og Lundgren omtaler omklassifisering «som et spørsmål om at kalde tingene ved deres rette navn.»³⁵ Ravnaas definerer omklassifisering som «at [skattemyndighetene] ikke helt tror på faktum.»³⁶ Etter mitt syn er forskjellen mellom pro forma og omklassifisering at sistnevnte ikke må å ha et illojalt og planmessig element i seg; det favner *videre*. Omklassifisering kan vel så gjerne forklares i at skattyter har misforstått faktum, rettsregler eller kanskje begge. Men en omklassifisering kan også skje på bakgrunn av illojale og strukturerte disposisjoner.

Den materielle hjemmelen for omklassifisering i fremstillingen er sktl. § 5-1 første og andre ledd. Dersom skattyter har klassifisert en fordel som kapitalinntekt eller kapitalgevinst i skattemeldingen, men inntekten egentlig er «vunnet ved arbeid», jf. sktl. § 5-1 første ledd, kan skattemyndighetene omklassifisere inntekten til arbeidsinntekt.³⁷ Når begrepet omklassifisering brukes på denne måten, siktes det altså ikke til anvendelse av reglene om omgåelse eller internprising i sktl. §§ 13-2 og 13-1.³⁸

Bruken av begrepet «omklassifisering» er kritisert av Zimmer.³⁹ Han forbeholder begrepet til tilfeller der omgåelsesregelen blir anvendt, og peker på at «omklassifisering» språklig gir uttrykk for den skatterettslige virkningen etter at omgåelsesnormen er anvendt.⁴⁰ Tidligere var det betydelig uenighet om skillet mellom faktumfastsettelse og omgåelse, og en bevisst begrepsbruk var da godt egnet for å holde kategoriene adskilt.⁴¹ Diskusjonen er imidlertid forlatt i dag.

uttaler han «[o]gså [Pre Finans-dommen] gjelder riktignok rekkevidden av arbeidsinntektsregelen overfor regler om kapitalgevinst, men noen forretningsverdi var ikke inne i bildet og problemstillingen har overhodet få paralleller; det var ikke tale om å *omklassifisere kapitalgevinst til arbeidsinntekt*, men om en inntektspost som hadde formen av en kapitalgevinst, hadde så nær tilknytning til arbeidsforholdet at den skulle følge reglene for disse» (min utheving), se Zimmer (2009a) s. 322. Skattereglene er også anvendt «uriktig» hvis aksjegevinster må omklassifiseres til arbeidsinntekt.

³⁴ I samme retning, se Rt. 2009 s. 813 (Gaard) avsnitt 47 hvor selgerne hadde «gitt forklaringer som avviker fra hva en naturlig tolking av avtalens ordlyd synes å tilsi.»

³⁵ Hansen/Lundgren (2014) s. 306.

³⁶ Ravnaas (2008) s. 60.

³⁷ Det er i utgangspunktet ingenting i veien for å omklassifisere en arbeidsinntekt til kapitalgevinst dersom vilkårene i § 5-1 andre ledd er oppfylt. Mest nærliggende er likevel at omklassifisering skjer fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt, fordi beskatningen da (normalt) blir lavere enn ved klassifisering som kapitalinntekt.

³⁸ Se også Folkvord (2016) s. 135 som bruker begrepet «omklassifisering» på samme måte.

³⁹ Zimmer (2011) s. 320

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Se Rt. 1993 s. 173 hvor Høyesterett uttalte «[o]m man vil anse dette for å følge direkte av selve loven eller om man vil se det slik at lovreglene her må suppleres med skatterettslige omgåelses- og

Nedenfor velger jeg derfor å benytte meg av formuleringene «klassifisere til» og «omklassifisere» når skattemyndighetene klassifiserer inntekten annerledes enn skattyter, men likevel slik at reglene om omgåelse og internprising faller utenfor. Dette gjør jeg som nevnt fordi omgåelsessaker ikke drøftes eller aktualiseres i grensedragningen. Dessuten synes omklassifiseringsbegrepet å være benyttet på samme måte i rettspraksis.⁴²

Før vedtakelsen av skatteforvaltningsloven i 2016 var skattemyndighetenes omklassifiseringshjemmel omdiskutert. Skattemyndighetene og Høyesterett ga enkelte ganger uttrykk for at den tidligere ligningsloven⁴³ § 8-1 hjemlet omklassifisering.⁴⁴ Den tidligere ligningsloven § 8-1 første ledd fastsatte at «[l]igningsmyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen». I juridisk teori ble dette standpunktet avvist, med den begrunnelse at bestemmelsen kun var en bevisregel.⁴⁵ I forarbeidene til den nye skatteforvaltningsloven fremhevet departementet at «bestemmelsene [i ligningsloven §§ 8-1 og 8-2] ikke gir uttrykk for mer enn det som allerede følger av alminnelige ulovfestede bevisregler.»⁴⁶ Fordi faktum og juss ofte henger sammen, kan det tenkes at ligningsmyndighetene henviste til § 8-1 ved endring av skattefastsettelse for å «legitimere» endringen i en konkret lovbestemmelse; en tilsvarende bestemmelse som sktfvl. § 12-1 fantes nemlig ikke i den tidligere skatteloven. Forskjellen er imidlertid at § 8-1 bare angir nærmere regler om hvilket faktisk forhold skattereglene skal anvendes på.⁴⁷ Dette står i kontrast til sktfvl. § 12-1 første ledd som gir skattemyndighetene hjemmel til å endre en uriktig ligning.⁴⁸ Plikten til å endre uriktige ligninger var ikke kodifisert i den tidligere ligningsloven, men det var forutsatt at denne var så selvsagt at den ikke trengte lovgrunnlag.⁴⁹

gjennomskjæringssynspunkter, kan vel nærmest være en smakssak.» I nyere teori er dette standpunktet avvist, se blant annet Banoun (2003) s. 291 flg. og Skar (2017) s. 25.

⁴² Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 23.

⁴³ Lov 13. juni 1980 nr. 25 om ligningsforvaltning (ligningsloven).

⁴⁴ Se Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 25, Rt. 2010 s. 527 (BCG) og Grindalen mfl. (2010) s. 46.

⁴⁵ Zimmer (2010a) s. 1074.

⁴⁶ Prop. 38 L (2015–2016) s. 169.

⁴⁷ Bullen (2014) s. 140.

⁴⁸ Slik også Backer-Grøndahl (2010) s. 48.

⁴⁹ Zimmer (2009a) s. 321.

2.4 Legalitetsprinsippets betydning ved grensedragningen

Skattlegging av innbyggerne er et inngrep etter Grunnloven § 113.⁵⁰ Grunnlovsbestemmelsen – som kodifiserer det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp – har to sider: Et hjemmelskrav og et klarhetskrav.⁵¹ Legalitetsprinsippets hjemmelskrav vil aldri aktualiseres i fremstillingen, fordi grensedragningen springer ut av lovtekst.⁵²

Et mer interessant spørsmål er hvilken betydning legalitetsprinsippets klarhetskrav får for grensedragningen. Ordlyden i § 5-1 første ledd fanger opp nær sagt alle tenkelige fordeler. Som nevnt vil imidlertid klassifiseringen ofte gi store utslag i beskatningens størrelse. En klassifisering som arbeidsinntekt med høyere skattesats synes altså umiddelbart å utgjøre et større inngrep enn hvis inntekten klassifiseres som kapitalinntekt.

Det er alminnelig antatt at legalitetsprinsippets krav til hjemmel varierer ut fra inngrepets styrke og karakter.⁵³ Eckhoff/Smith har for eksempel lagt til grunn at vage inngrepshjemler kan tolkes på den minst inngripende måten hvis lovteksten er uklar.⁵⁴ I vurderingen av om den mest inngripende hjemmelen skal tolkes innskrenkende, er det nærliggende å ta utgangspunkt i formuleringen fra Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks). I saken uttalte Høyesterett at kravet til hjemmel må nyanseres «blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes» (side 539).

I skatte- og avgiftsretten har Høyesterett gjennomgående inntatt en avvisende holdning for å tillegge klarhetskravet vekt i tvilstilfeller.⁵⁵ I Rt. 2014 s. 1281 (Byggmester) forkastet domstolen en lignende anførsel under henvisning til at «[e]t prinsipp om at tolkningstvil i en sak skal løses i borgernes favør, vil lett kunne slå ut motsatt for andre avgiftspliktige i andre sammenhenger» (avsnitt 48).

⁵⁰ Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814.

⁵¹ Graver (2019) s. 79.

⁵² *Ibid* s. 80. Se f.eks. LB-2008-129897 hvor skattyter anførte at ligningskontoret påberopte anvendelse av en sjablonmessig beregningsmetode krevde lovhemmel. Lagmannsretten tok ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet, men det er klart hjemmel for å skattlegge arbeidsinntekt i sktl. § 5-1 første ledd og 12-2 bokstav a). Anførselen er antakelig inspirert av Ravnaas (2008) s. 133 flg.

⁵³ Eckhoff/Smith (2018) s. 372 og Graver (2019) s. 85.

⁵⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 372.

⁵⁵ Zimmer (2018) s. 50.

For grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt er det riktignok enkelte rettskilder som indikerer at klarhetskravet taler for å tolke arbeidsbegrepet innskrenkende. Høyesterett har for eksempel gitt uttrykk for at legalitetsprinsippet står sterkere ved spørsmål om skatteplikt enn periodisering.⁵⁶ Erkjennelsen om at prinsippet har betydning ved spørsmål om skatteplikt, kan indikere at også klarhetskravet får en plass ved grensedragningen – som er et spørsmål om skattepliktens *størrelse*. Også kodifiseringen av den tidligere ulovfestede omgåelsesnormen i sktl. § 13-2 gir uttrykk for en styrking av legalitetsprinsippet på skatterettens område.⁵⁷ Presiseringene av legalitetsprinsippet i det øvrige rettsstoffet kunne i utgangspunktet tilsi at tolkningstvil bør løses i lys av å velge den minst inngripende klassifiseringen. For eksempel kunne man falt ned på en klassifisering som kapitalavkastning dersom man er tvil om en fordel er vunnet ved arbeid eller kapital.

Selv om klassifiseringen påvirker skattesatsen, må det imidlertid tas høyde for at skattesatsene varierer med tiden. Legalitetsprinsippet skal primært ivareta hensynet til forutberegnelighet.⁵⁸ Forutberegnelighetshensynet tilsier at grensen mellom inntektskategoriene må ligge fast og følge et logisk og koherent mønster. På denne måten vil grensedragningen være lik i fremtiden, selv om satsene endres.⁵⁹ I noen tilfeller kan det være mer gunstig for skattyter å få en inntekt klassifisert som arbeidsinntekt enn utbytte, mens i andre kan det være motsatt. Det synes i det hele tatt å være retsteknisk krevende å la grensedragningen påvirkes av hva som i det konkrete tilfelle utgjør en gunstig klassifisering for skattyter. Det er altså viktigere at grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt trekkes *konsekvent* enn at den trekkes på den minst inngripende måten i det konkrete tilfellet. Som jeg kommer tilbake til i punkt 2.5 og 3.2, er den ulike satsen dessuten begrunnet i legitimt anerkjente hensyn og vedtatt av en folkevalgt nasjonalforsamling.

Hvis det aksepteres at grensedragningen påvirkes av klarhetskravet og varierer ut fra inngrepets karakter, oppstår spørsmålet om det skal skilles ut fra *typen* kapitalinntekt. Ved beregningen av skattepliktig inntekt skal

⁵⁶ Rt. 2005 s. 577 avsnitt 34. Mer negativ, se Zimmer (2006) s. 288–289.

⁵⁷ Selv om normen er kodifisert overlater bestemmelsen et betydelig rom for skjønn til skattemyndighetene og domstolene. Etter min oppfatning må kodifiseringen iallfall tas til inntekt for et *ønske* om å bringe omgåelsesnormen bedre i tråd med legalitetsprinsippet, noe som innebærer en erkjennelse av legalitetsprinsippets betydning på skatterettens område. Dette synes også å være Finansdepartementets hovedformål med kodifiseringen, se Prop. 98 L (2018–2019) s. 16.

⁵⁸ Eckhoff//Smith (2018) s. 62.

⁵⁹ I motsatt retning, se Krohnstad (1999) s. 7–8: «Allerede mangelen på et særskilt lovfestet delingsinstitutt for aksjetransaksjoner, betyr at legalitetsprinsippets krav til lovhjemmel kan anføres til støtte for at kapitalgevinstregelen skal anvendes. Fraværet av et særskilt lovfestet delingsinstitutt for aksjetransaksjoner kan således anføres å være til hinder for at ligningsmyndigheten faller ned på den mest inngripende beskatningshjemmelen».

aksjeinntekter oppjusteres med 1,44 etter at det er gjort fradrag for ubenyttet skjerming, noe som gir en effektiv beskatning på 31 prosent for gevinster og 46,7 for utbytte. Skattleggingen av aksjeinntekter er derfor gjennomgående mer «inngripende» enn skattlegging av andre kapitalinntekter, som f.eks. inntekter fra immaterielle rettigheter. I tillegg er aksjer gjenstand for formuesbeskatning på aksjonærenes hånd. Dette står i kontrast til de fleste immaterielle rettigheter og eiendeler som etter sktl. § 4-2 første ledd bokstav e) er fritatt formuesbeskatning. Fritaket henger sammen med at det er vanskelig å fastslå verdien av slike rettigheter presist.⁶⁰ Ulike nyanser gjør altså at den totale beskatningen – og de krav til klarhet som relativiseres ut fra beskatningens størrelse (inngrepet) – vil variere ut fra typen kapitalinntekt. Hvis mindre justeringer får betydning ved grensedragningen, vil den nærmere grensen definitivt bli sprikende, vilkårlig og skjønnsmessig.

2.5 Noen refleksjoner om tosattssystemet og relevansen av systemsvakheter ved grensedragningen

Som fremhevet i punkt 2.1 oppstod problemstillingens aktualitet for alvor etter innføringen av tosattssystemet med skattereformen av 1992. Med reformen ble det trukket et hovedskille mellom alminnelig inntekt og personinntekt.⁶¹ Arbeidsinntekt inngår i beregningen av personinntekt og skattlegges gjennomgående vesentlig høyere enn kapitalinntekter. Lovgiver pekte på tre forhold som legitimerte den ulike skattesatsen: At pensjonspoeng opptjenes av personinntekt, at formuesskatten bare treffer inntektskategorien for kapitalinntekt og at inntektskilden for kapitalinntekt blir undergravd av inflasjonen over tid.⁶²

Ut fra typen formuesobjekt treffer imidlertid disse begrunnelsene ganske ulikt, og Zimmer har flere ganger kritisert tosattssystemet.⁶³ Han peker på at systemet ikke er omfordelende, og at de anførte argumenter som skulle motvirke forskjellene ikke er tilstrekkelig for å avhjelpe de negative virkningene. Kritikken går ut på at utenlandske investorer normalt kun skattlegges i hjemstaten, at høy arbeidsinntekt medfører høy arbeidsgiveravgift som virker hemmende for investorer, og at formuesskatten har innvirkning på utenlandsk investeringsaktivitet. Den ulike behandlingen av inntektskategoriene strider dessuten med en grunnleggende tanke om at «alle inntekter skal skattlegges likt.»⁶⁴ Fordi fremstillingens aktualitet oppstår som en konsekvens av

⁶⁰ Aarbakke/Brudvik (2009) s. 90.

⁶¹ Gjems-Onstad (2001) s. 81.

⁶² NOU: 1989: 14 *Bedrifts- og kapitalbeskatning* s. 110. Mer utførlig, se Zimmer (2018) s. 389–390.

⁶³ Zimmer (2001a) s. 386–387 og Zimmer (2008) s. 218–219.

⁶⁴ Knuutinen (2018) s. 78.

et system som har vært gjenstand for kritikk, oppstår et viktig spørsmål: Hvilken betydning får kritikken for grensedragningen?

At skattereglene skal ha en omfordelende virkning er ikke tvilsomt.⁶⁵ I hvilken grad skattereglene skal være omfordelene og hvordan dette skal realiseres, er imidlertid fullt ut et politisk og samfunnsøkonomisk spørsmål. Hvorvidt reglene faktisk er egnet til å realisere slike målsettinger er vanskelig å besvare uten samfunnsøkonomiske og empiriske analyser. Til tross for at Zimmer har kritisert systemet, er systemet et politisk anliggende, og uten empirisk grunnlag for annet må rettsvitenskapen forutsette at en anvendelse av reglene realiserer sentrale skatterettslige målsettinger. Poenget er uansett klart: Med fremstillingens siktemål om å trekke grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, er det vanskelig å tillegge systemsvakheter i tosatssystemet noen særlig vekt. Jeg nevner imidlertid at skatterettslitteraturen i andre nordiske land anser systemet som relativt vellykket.⁶⁶

INOU 2018: 5 *Kapital i omstillingens tid* drøfter utvalget beskatning av kapitalinntekter. Utvalget problematiserer ikke den ulike skattesatsen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. De virker tvert imot villig og innstilt på å senke selskapsskatten – og da skatten for kapitalinntekter – hvis den internasjonale trenden skulle tilsi det.⁶⁷

⁶⁵ Prop. 1 LS (2020–2021) s. 44.

⁶⁶ Se omtalen av Finland i Knuutinen (2018) s. 79: «the model as a whole may not deserve an excellent rating, but in my opinion, it is worthy of a satisfactory or even good rating, all in all». Om Sverige har Lodin (2008) s. 215 fremhevet at «the Swedish tax system today is both fairer and more equitable than in 1990.»

⁶⁷ NOU 2018: 5 s. 139.

3 Hensyn som aktualiseres ved grensedragningen

3.1 Innledning

Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt aktualiserer flere hensyn. Hvilke hensyn kan best besvares gjennom en analyse av typetilfeller der grensen har kommet på spissen. Fordi oppgavens hoveddel først behandler typetilfeller senere, gir jeg under dette punktet en kort introduksjon til de viktigste hensynene som aktualiseres i fremstillingen. Hvilke hensyn som får gjennomslagskraft i hvert enkelt tilfelle beror på en avveining, og ofte slik at resultatet blir et kompromiss mellom flere.⁶⁸ Ivaretagelse av alle hensyn til enhver tid er derimot en umulighet, og målsettingen for grensedragningen er at hensynene balanseres på en tilfredsstillende måte.⁶⁹

3.2 Hensynet til å unngå kapitalflukt

I 1989 la Aarbakke-utvalget frem NOU 1989: 14 *Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform*. Reformen var en bedrifts- og kapitalreform, og trakk et hovedskille mellom alminnelig inntekt og personinntekt. Skillet mellom alminnelig inntekt og personinntekt medførte at det oppstod et særlig behov for å trekke grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, fordi det bare er arbeidsinntekt som inngår i beregningen av personinntekt (med høyere skattesats).⁷⁰ I 1992 ble det nye systemet vedtatt på Stortinget, og med enkelte justeringer står grunnstrukturen fortsatt i dag.⁷¹

Hensynet til å unngå kapitalflukt var den viktigste årsaken til innføringen av tosattssystemet.⁷² Gjennom internasjonalisering og etter hvert EU- og EØS-rettens regler om fri flyt av kapital,

⁶⁸ Sml. resonnementet i NOU 1981: 48 *Skattlegging av naturalytelser* s. 129 flg.

⁶⁹ Zimmer (2016b) s. 589.

⁷⁰ Også før reformen var arbeidsinntekt skattlagt noe høyere enn kapitalinntekt, ved at arbeidsinntekt inngikk i skattegrunnlaget for pensjonsgivende inntekt, jf. NOU 2003: 9 *Skatteutvalget* s. 226.

⁷¹ Innføringen av aksjonærmodellen og avviklingen av delingsmodellen kan likevel nevnes som viktige endringer.

⁷² Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 17 og s. 44.

ble det i løpet av siste halvdel på 1900-tallet enklere å investere på tvers av landegrenser.⁷³ Den internasjonale konkurransen om kapital førte til at flere nasjoner satte ned skattesatsen på kapitalinntekter for å gjøre nasjonale investeringsobjekter mer attraktive.⁷⁴ Inntekter som er utslag av kapitalinnsats er mer sårbare for flukt til utlandet enn inntekter som er utslag av arbeidsinnsats.⁷⁵ For grensedragningen innebærer dette at i den grad en inntekt skapes gjennom kapitalinnsats, kan det være større grunn til å skattlegge den etter lavere satser, fordi risikoen da er større for kapitalflukt.

3.3 Hensynet til enkelhet, forutsigbarhet og koherens

Innføringen av tosatssystemet gjorde det også mulig å oppheve flere kompliserte regler om skattleggingen av kapitalgevinster.⁷⁶ Skatteloven av 1911 hadde flere krevende og uforutsigbare grensedragninger.⁷⁷ Ulike oppfatninger om inntektsbegrepet førte i løpet av 1900-tallet til hyppige endringer i skattereglene.⁷⁸ Resultatet var et pragmatisk skattesystem uten forankring i grunnleggende skatterettslige verdier.⁷⁹ Dette ønsket man å ta konsekvensene av i reformen – gjennom implementeringen av enkle, forutsigbare og koherente regler.⁸⁰

Enkle og praktiserbare regler gir forståelse hos skattyterne.⁸¹ Forståelse bygger tillit, som igjen reduserer skatteomgåelse og -unndragelse.⁸² Forståelse skapes imidlertid uten kompliserte grensedragninger og skjønsmessige vurderinger.⁸³ Et grunnleggende hensyn er derfor at grensedragningen er forutsigbar, slik at disposisjoner kan struktureres uten risiko for hel eller delvis omklassifisering.⁸⁴ Enkelthet og koherens er dessuten nært knyttet opp mot

⁷³ Zimmer (2001c) s. 297.

⁷⁴ Internasjonalisering brukes ofte som argument for å redusere selskapsskatten, se Meld. St. 4 (2015–2016) s. 11.

⁷⁵ Tilsvarende problem skisseres i NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi* s. 16–17. Mer kritisk, se Zimmer (2008) s. 217–225.

⁷⁶ Slagordet «lavere skattesatser, bredere skattefundament» har vært en grunntanke i norsk skatterett siden reformen, se Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 20.

⁷⁷ Se f.eks. Innst.S. nr. 5 (1990–1991) s. 55.

⁷⁸ Zimmer (1982) s. 30–32 og 49–52.

⁷⁹ NOU 2003: 9 s. 57–58.

⁸⁰ Om dette var vellykket er imidlertid omdiskutert, se Folkvord mfl. (2018) s. 56.

⁸¹ Forståelse for regelverket utgjorde et sentralt premiss for den nye skatteforvaltningsloven fra 2016, jf. Prop. 38 L (2015–2016) s. 18.

⁸² *Ibid.*

⁸³ NOU 2003: 9 særlig s. 150.

⁸⁴ Knudtzon (2012) s. 72.

forutsigbarhet, og vanskelige grensedragninger øker risikoen for feil hos skattyter og skattemyndighetene.

Etter sktfvl. § 6-1 første ledd kan skattepliktige anmode skattemyndighetene om å gi bindende forhåndsuttalelse om de skatterettslige virkningene av planlagte transaksjoner. At myndighetenes bistand er nødvendig for en tilfredsstillende forståelse av skattereglene, er etter mitt syn utilstrekkelig; målet må være at rettstilstanden *i seg selv* er forutsigbar.⁸⁵ Dessuten er det ingen garanti for at skattemyndighetenes forståelse av rettsspørsmålene er korrekt.⁸⁶

3.4 Hensynet til likhet

Likhet er sentralt i skatteretten. Det følger av Grunnloven § 98 andre ledd at «ingen må utsettes for usaklig forskjellsbehandling.» Likhetsprinsippet utgjør både en skranke og et tolkningsprinsipp for all rettsanvendelse.⁸⁷ Prinsippet kan sies å ha en side til skatterettens legitimitet: Forskjellsbehandling skal være rasjonelt og saklig begrunnet,⁸⁸ like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller skal behandles ulikt.⁸⁹

Når lovgiver har valgt et system som favoriserer kapitalinntekter gjennom en lavere skattesats, får likhetsprinsippet en sentral plass.⁹⁰ For grensedragningens del er det for eksempel viktig at ordinære lønnsutbetalinger ikke maskeres som kapitalinntekt. Argumentasjon på bakgrunn av inntektskategorienes generelle trekk får derfor en sentral plass i fremstillingen.⁹¹ Det er også sentralt at grensen trekkes ut fra lignende momenter på tvers av ulike typetilfeller, slik at grensen ikke blir sprikende ut fra typen fordel og innvinningsmåte, men følger et koherent og sammenhengende mønster over tid.

⁸⁵ Om forutsigbarhet og lovgivningsteknikk i skatteretten, se Zimmer (2016b) s. 587–598.

⁸⁶ Det blir derfor litt «Goddag mann økseskaft»-stil når tidligere Finansminister Sigbjørn Johansens blir konfrontert med usikkerheten vedrørende beskatningen av earn out-saker, og besvarer det med at skattyter uansett har adgang til å be om veiledende uttalelser, se Dokument nr. 15:148 (2009–2010).

⁸⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 144.

⁸⁸ Eckhoff/Smith (2018) s. 65–66 og Skar (2017) s. 41–42.

⁸⁹ Zimmer (2020a) s. 746.

⁹⁰ En viktig årsak til avviklingen av delingsmodellen var fordi den ikke klarte å opprettholde en likebehandling mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, se NOU 2003: 9 s. 240.

⁹¹ Punkt 4.5.4.

3.5 Hensynet til nøytralitet

Hensynet til nøytralitet er begrunnet i at skattereglene ikke skal påvirke skattyternes atferd.⁹² Samfunnet blir mest økonomisk effektivt dersom atferd ikke styres av skatteregler.⁹³ Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt må derfor trekkes på en måte som i størst mulig grad er nøytral.⁹⁴ Dersom arbeidsgiver kan avlønnere arbeidstaker med inntekter som beskattes som kapitalinntekt, kan det skje vridninger i retning av denne typen avlønningsformer eller ved at flere vil arbeide for arbeidsgivere som har denne muligheten til ulempe for produktiviteten og konkurransen i samfunnet.⁹⁵ En annen side av nøytralitetshensynet er at en uklar rettstilstand kan virke omsetningshemmende. Hvis usikkerheten i rettstilstanden gjør at ulike disposisjoner ikke foretas eller tilpasses for å unngå uønskede skattevirkning, kan dette gi et samfunnsøkonomisk tap.⁹⁶ Poenget må likevel ikke overdrives, fordi også skatteplanlegging i kan være samfunnsøkonomisk gunstig hvis det fører til at man gjennomfører transaksjoner man ellers ikke ville ha foretatt. Nøytralitetshensynet tilsier altså at grensedragningen må trekkes slik at den i minst mulig grad påvirker skattyters atferd.

⁹² Ot.prp. nr. 50 (2001–2002) s. 9.

⁹³ Folkvord (2006) s. 55–56.

⁹⁴ Folkvord mfl. (2018) s. 58–59.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) s. 32.

⁹⁶ Folkvord (2006) s. 55–56.

4 Kravet til tilknytning mellom inntekt og inntektskategori

4.1 Innledning

At skattyter har mottatt en fordel er ikke tilstrekkelig for skatteplikt. Fordelen må i tillegg være vunnet ved arbeid eller kapital, jf. sktl. § 5-1 første ledd. For kapitalgevinster må gevinsten være en konsekvens av realisasjon, jf. § 5-1 andre ledd. For begge inntektskategoriene gjelder altså et krav om tilknytning for skatteplikt; det er ikke hjemmel for beskatning dersom fordelene eller gevinsten ikke har tilknytning til den inntektsskapende aktiviteten.⁹⁷ Ofte har derimot en inntekt tilknytning til flere av inntektskategoriene. Eksempler kan være aksjevederlag kombinert med en arbeidsforpliktelse, oppfinnergodtgjørelse i arbeidsforhold, aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger eller syntetiske aksjer i arbeidsforhold.⁹⁸ Lovteksten gir lite veiledning for hvordan man skal avgjøre spørsmålet om tilknytning til for inntekter som har tilknytning til flere inntektskategorier.

Til tross for at lovteksten synes å oppstille ulike krav til tilknytning for kapitalgevinster enn for arbeidsinntekter og kapitalavkastning, har rettspraksis lagt til grunn at grensen mellom inntektskategoriene trekkes på bakgrunn av en *nærhetsvurdering*. Tradisjonelt har nærhetsvurderingen blitt benyttet for å trekke grensen mellom skattefri og skattepliktig inntekt. Nyere rettspraksis har imidlertid lagt til grunn at nærhetsvurderingen gjelder som «uttrykk for mer alminnelige utgangspunkter».⁹⁹ Fordi tilknytningskravet er utviklet gjennom rettspraksis om grensen mot skattefrihet, finner jeg grunn til å redegjøre for dette under punkt 4.3. Formålet er at undersøkelsen kan gi avklaringer for hvordan grensen *mellom* inntektskategorier skal trekkes.

For å gi økt forståelse om kravet til tilknytning mellom inntektskategorier, er fokus i punkt 4.4 utviklingstrekk for inntekter med blandet tilknytning. Deretter oppstiller jeg momenter ved

⁹⁷ Se imidlertid sktl. § 5-50 første ledd om skatteplikt for tilfeldige inntekter.

⁹⁸ Se BFU-2018-11 hvor Skattedirektoratet holder åpent for at syntetiske aksjer kan skattlegges som kapitalinntekt. Se også Fagerhaug/Sandli (2013) s. 52–55 som tar til orde for at inntekter fra syntetiske aksjer bør skattlegges som kapitalinntekt.

⁹⁹ HR-2018-2433-A (Yara) avsnitt 42.

grensedragningen mellom arbeid og kapital i punkt 4.5. I punkt 4.6 drøfter jeg om inntekter med blandet tilknytning skal oppdeles i en del som arbeidsinntekt og en del som kapitalinntekt, eller om hele inntekten skal regnes som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Før grensedragningen i det hele tatt aktualiseres må imidlertid øvrige vilkår for skatteplikt være oppfylt: Det må foreligge en fordel, eller en gevinst ved realisasjon. Disse emnene behandles i punkt 4.2.

4.2 Kort om øvrige vilkår for skatteplikt

For at det skal oppstå skatteplikt etter sktl. § 5-1 første ledd, må skattyter motta en «fordel». Fordelsbegrepet er ikke definert i skatteloven, men det er alminnelig antatt at formuleringen omfatter alt som har en nytteverdi i økonomisk forstand.¹⁰⁰ Fordelen kan eksempelvis innebære å erverve aksjer eller andre finansobjekter til underkurs.¹⁰¹ Det avgjørende er at fordelene har økonomisk karakter, men det er likevel ikke et vilkår at den må kunne omsettes økonomisk.¹⁰² For oppgavens del reiser fordelsbegrepet sjelden problemer.

Gevinst ved realisasjon av formuesobjekt er skattepliktig inntekt, jf. sktl. § 5-1 andre ledd. Med formuesobjekt menes alt som også regnes som kapital etter bestemmelsens første ledd. Det er sikker rett at kapitalgevinster utenfor virksomhet er nærmere regulert i § 5-1 andre ledd.¹⁰³ Realisasjonsreglene er i utgangspunktet en henvisning til privatrettslige regler om stifting og opphør av eiendomsrett til et formuesobjekt, jf. § 9-2 andre ledd. Et spørsmål som oppstår i fremstillingen, er om en gevinst skal regnes som vunnet ved arbeid, selv om den oppnådd i forbindelse med overdragelse av en kapitalgjenstand.¹⁰⁴

Høyesterett har forutsatt at grensen trekkes likt mellom arbeidsinntekt på den ene siden, og kapitalavkastning og kapitalgevinst på den andre.¹⁰⁵ Det er derfor av underordnet betydning om en fordel har karakter av å være kapitalavkastning eller må regnes som kapitalgevinst; i begge tilfeller trekkes grensen likt mot fordeler «vunnet ved arbeid».

¹⁰⁰ Zimmer (2018) s. 139

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Sml. engelsk rett hvor ytelsen eller gjenstanden må kunne omsettes for å være skattepliktig, jf. *Tennant v. Smith* (1892).

¹⁰³ Dette ble først slått fast i Rt. 1932 s. 233 (Løvenskiold).

¹⁰⁴ Se punkt 5.4 og 6.3.

¹⁰⁵ Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard) avsnitt 45.

4.3 Fordelen må ikke være for fjern og avledet.

Tilknytningskravet for skatteplikt

I dette punktet skal jeg redegjøre for kravet til tilknytning mellom fordel og inntektskilde for å oppstille skatteplikt. Dette er altså et annet spørsmål enn grensen mellom inntektskategoriene. Grunnen til at jeg behandler denne problemstillingen, er fordi nærhetsvurderingen er utviklet fra rettspraksis om grensen mot skattefrihet.¹⁰⁶ For å bedre forstå konteksten og nærhetsvurderingens innhold, må grensen for skatteplikt – som nærhetsvurderingen springer ut av – analyseres. Ambisjonen er at redegjørelsen skal kaste lys over *hvilke* omstendigheter som er relevant ved grensedragningen mellom inntektskategoriene arbeids- og kapitalinntekt.

At det gjelder visse minstekrav til tilknytning mellom fordel og inntektskategori fremgår ikke uttrykkelig av sktl § 5-1 første ledd. Formuleringen «ved» avgrenser likevel mot upåregnelige og fjerne fordeler. I Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) er dette presisert slik (avsnitt 71):

«En hvilken som helst sammenheng med arbeidsforholdet er ikke tilstrekkelig til at tilknytningskravet er oppfylt.»

At det gjelder visse krav til tilknytning mellom fordel og inntektskategori kom til uttrykk allerede i Rt. 1958 s. 583 (Hagerup). I saken hadde forfatteren Inger Hagerup mottatt et stipend for flere års dyktig forfatterskap. Stipendet ble utbetalt henne i forbindelse med forlaget Aschehougs 75-årsjubileum, og spørsmålet var om stipendet skulle skattlegges som arbeidsinntekt. En enstemmig Høyesterett konkluderte med at stipendet var skattbart som arbeidsinntekt etter dagjeldende byskattelov § 36 første ledd.¹⁰⁷ Høyesterett formulerte (s. 585):

«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.»

¹⁰⁶ Bøyum-Folkeseth (2017) s. 85.

¹⁰⁷ Lov 18. august 1911 nr. 9 om skattelov for byene.

Uttalelsen – som omtales som en *nærhetsvurdering*¹⁰⁸ – er fulgt opp i flere avgjørelser om grensen mot skattefrihet¹⁰⁹ og lagt til grunn som tilknytningskrav i forarbeidene til skatteloven av 1999.¹¹⁰

Tilknytningsspørsmålet må avgjøres konkret på bakgrunn av en helhetsvurdering, hvor det må legges vekt på graden av påregnelighet.¹¹¹ Det er ikke et vilkår at skattyter har krav på ytelsen eller at den er typisk.¹¹² Anledningen fordelten ble gitt i er også relevant.¹¹³ Partenes subjektive oppfatninger av inntektskategoriens nærhet er selvsagt ikke avgjørende for om tilknytningen er tilstrekkelig; vurderingen beror på en objektiv vurdering. Det stilles gjennomgående ikke særlig strenge krav til tilknytning; Høyesterett har gått temmelig langt i å klassifisere ulike forfatterstipender som arbeidsinntekt og *de lege lata* er det bred oppfatning om at tilknytningskravet for skatteplikt er temmelig liberalt.¹¹⁴ Det må likevel oppstilles et ytterpunkt: Desto fjernere sammenheng mellom fordel og inntektskategori, desto større grunn er det til å unnta fordelten fra beskatning.¹¹⁵

Aarbakke har tatt til orde for at påregnelighet aldri er relevant ved tilknytningsspørsmålet. Han viser til at skatteloven § 5-10 bokstav a) oppstiller skatteplikt for fordeler som ikke er påregnelige.¹¹⁶ Dette stemmer imidlertid ikke så godt overens med gjeldende rett, og er heller ikke videreført i nyere juridisk teori.¹¹⁷

Fordi nærhetsvurderingen er utviklet gjennom rettspraksis, er det ingen uttalte formål til kravets begrunnelse. At skatteplikt kommer på tale for «enhver» fordel, kan etter mitt syn tilsi at det stilles lempelige krav til sammenheng, hvis formålet er å fange opp *alle* tenkelig fordeler. Slutningen harmonerer også med skatteevneprinsippet: Dersom skattyter mottar en fordel som springer ut av inntektsgivende aktivitet forøkes skatteevnen, slik at beskatning derfor bør

¹⁰⁸ Se f.eks. Kvamme (2005) s. 312.

¹⁰⁹ Rt. 1974 s. 976 (Vesaas) og Rt. 1979 s. 481 (Havrevold). Gjems-Onstad har hevdet at sitatet fortjener laurbærkransen for sitathypighet, noe som definitivt innebærer en erkjennelse av problemstillingens aktualitet, se Gjems-Onstad (2003) s. 280 note 3.

¹¹⁰ I Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 49 fremgår det at kravet til sammenheng slik det ble formulert i Hagerupdommen også gjelder for «andre inntektserverv» enn arbeid og virksomhet.

¹¹¹ Berg-Rolnes (2009) s. 490–491.

¹¹² Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 72.

¹¹³ Zimmer (2018) s. 161.

¹¹⁴ Zimmer (2004) s. 274 og Folkvord (2013) s. 113.

¹¹⁵ Kvamme (2005) s. 308.

¹¹⁶ Aarbakke (1990) s. 32.

¹¹⁷ Zimmer (2018) s. 159.

komme på tale. En mulig forklaring på det liberale tilknytningskravet mellom fordel og inntektskategori, er at det bidrar til å hindre omgåelse av skatteplikt.¹¹⁸ Mye av fundamentet skattesystemet baserer seg på risikerer å uthules hvis skatteplikt ble unngått ved gjennom påberopelse av gavedisposisjoner.¹¹⁹ Samlet sett er det altså nærliggende å se nærhetsvurderingen som en avveining av skatteevneprinsippet, provenyehensynet, hensynet til en retts teknisk enkel løsning og hensynet til å unngå omgåelse av skatteplikt.¹²⁰

Disse hensynene aktualiseres ikke på samme måte når det er spørsmål om en inntekt enten er arbeidsinntekt eller kapitalinntekt.¹²¹ Allerede spørsmålsstillingen forutsetter at det foreligger skatteplikt. I slike tilfeller er hensynet til skatteprovenyet ivaretatt, fordi inntekten uansett skattlegges uavhengig av om den klassifiseres som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Så kan man jo tenke seg at hensynet til skatteprovenyet fortsatt aktualiseres, fordi skattesatsen for arbeidsinntekt normalt er høyere enn for kapitalinntekter. Etter mitt syn er likevel dette hensynet tilstrekkelig ivaretatt når det uansett skjer en beskatning. Samlet sett gir derfor tilknytningskravet for skatteplikt begrenset veiledning for hvordan grensen skal trekkes mellom inntektskategorier.

4.4 Utviklingstrekk for inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier

4.4.1 Tidligere rettskilder om inntekter med blandet tilknytning

For å bedre kunne forstå betydningen av nærhetsvurderingen, er fokus i dette punktet hvordan grensedragningen for inntekter med blandet tilknytning har utviklet seg med tiden. En undersøkelse av utviklingstrekk kan også bidra til å gi rettskildemessig bidrag for grensedragningen *de lege lata*.¹²²

¹¹⁸ Folkvord (2013) s. 113.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Til illustrasjon er den kasuistiske oppstillingen av skattefrie gaver i forskrift til sktl. § 5-15-1 illustrerende: Det er ikke tvil om at gaver har stor provenymessig betydning og robust regulering er av provenymessige årsaker viktig.

¹²¹ Kvamme (2005) s. 310.

¹²² Om betydningen av historiske analyser i en litt annen sammenheng, se Zimmer (1988) s. 239–240.

I skatteloven av 1911 ble inntektskategoriene ansett som temmelig rigide. Av tidligere høyesterettspraksis ga Rt. 1922 s. 523 (Nordborg) særlig presedens. Spørsmålet i saken var om gevinst fra en aksje som var ervervet utelukkende for å få en stilling skulle skattlegges som arbeidsinntekt. Høyesterett besvarte dette benektende, og i etterkant ble det i teorien og praksis – noe nølende¹²³ – lagt til grunn at aksjegevinster ikke kunne skattlegges som arbeidsinntekt.¹²⁴

I løpet av 1900-tallet var inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier ikke et aktuelt tema i skatterettslitteraturen.¹²⁵ Riktignok var det hyppige diskusjoner om inntektsbegrepets omfang, men dette er ikke det samme som grensen mellom inntektskategorier.¹²⁶ Rygh skilte inntektsskapende aktivitet ut fra «inntægtens art» og «erhvervs måten», uten noen behandling av grensen mellom inntektskategorier.¹²⁷ Kvisli behandlet også inntektskategoriene hver for seg.¹²⁸ Aarbakke drøfter tilknytningskravet særskilt for de ulike inntektskategoriene arbeid og kapital, men likevel slik at det ikke kan spores særlige forskjeller i tilknytningskravene.¹²⁹ Tidligere juridisk teori skilte altså ikke mellom den ytre og indre inntektsgrense: Enten så var fordelene for fjern og avledet, eller så forelå det skatteplikt etter den konkrete inntektskategorien (kapital, eiendom, arbeid eller virksomhet).

En mulig årsak kan være at inntektskategoriene arbeid og kapital sjelden ble sammenblandet.¹³⁰ Den enkeltes økonomiske situasjonen var ikke like god som i dag, og det var ikke vanlig å investere i arbeidsgiverselskapet. Dessuten ga ikke klassifiseringen like store utslag i skattesatsen som etter skattereformen i 1992.¹³¹ I nyere tid har derimot sammenblanding mellom arbeid og kapital blitt mer aktuelt, noe som reflekteres ved at problemstillingen har kommet med på spissen i praksis og behandles grundigere i teorien.¹³²

En lik holdning til inntektskategoriene som «firkantede» kan spores i førstvoterendes votum i Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith). I vurderingen av om en aksjegevinst fra en investeringsordning

¹²³ Jeg kommer i punkt 5.2 tilbake til denne problemstillingen.

¹²⁴ Wahr-Hansen (1988) s. 23.

¹²⁵ Aarbakke (1990) s. 34 og 44.

¹²⁶ Zimmer (1982) s. 148 flg.

¹²⁷ Rygh (1923) s. 202 og 241.

¹²⁸ Kvisli (1957) s. 22–32.

¹²⁹ Aarbakke (1990) s. 34 og 44.

¹³⁰ I skatteloven av 1911 var også eiendom en egen inntektskategori. Denne ble imidlertid sløffet ved vedtakelsen av skatteloven av 1999.

¹³¹ NOU 1989: 14 s. 19 flg.

¹³² I siste utgaven av standardverket *Lærebok i skatterett* behandler Zimmer grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt særskilt, se Zimmer (2018) s. 397–400.

var vunnet ved arbeid, formulerer førstvoterende spørsmålet om det kan gjøres «unntak fra regelen om at arbeidsalternativet i skatteloven § 42 første ledd ikke omfatter kapitalgevinster.»

Selv om gevinsten i saken formelt har formen som en kapitalgevinst, favoriserer tilnærmingen kapitalgevinster ved å oppstille en høy terskel for at gevinster skal klassifiseres som arbeidsinntekt. Siden det på generelt grunnlag er mentalt enklere å falle tilbake på en hovedregel enn å anvende et unntak, kan utsagnet – tolket på ordet – gjøre det lettere å unngå en beskatning som arbeidsinntekt. Man kan f.eks. maskere lønn i kurante investeringsordninger og dra nytte av «hovedregelen» om at gevinster skattlegges etter § 5-1 andre ledd. Førstvoterendes problemformuleringen kan etter mitt syn neppe tas på ordet. Til sammenligning formulerer førstvoterende i Rt. 2009 s. 105 (Enskilda) «at særlige forhold ved det aktuelle selskapsforholdet [ikke] gjør at det 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» (avsnitt 65). Etter mitt syn bør det utvises varsomhet med problemformuleringer som i Kruse Smith-dommen, fordi det favoriserer reelle avlønningsformer gjennom formelle kapitalgevinster.

I Kruse Smith-dommen foretar ikke Høyesterett en formulering av nærhetsvurderingen direkte, men argumentasjonsmåten synes å være en *de facto* vurdering av om gevinsten hadde tilstrekkelig tilknytning arbeidsforholdet.¹³³

Nærhetsvurderingen formuleres eksplisitt for å trekke grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst i Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans). Saken omhandlet spørsmålet om en aksjegevinst skulle regnes som arbeidsinntekt som følge av at aksjeervert manglet nedsiderisiko. Under henvisning til Aarbakkes bok *Skatt på inntekt*, formulerte førstvoterende vurderingstema som at «arbeidsforholdet må ha vært en foranledning til at skattyter har innvunnet *fordelen*», men fastholder deretter: (s. 1748)¹³⁴

«eller som det heter i Hagerup-dommen Rt-1958-583: 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.»

¹³³ I samme retning, se Kvamme (2005) s. 309 og til dels Krohnstad (2006) s. 71–72.

¹³⁴ Aarbakke (1990) s. 33.

Førstvoterende synes med dette å sette et likhetstegn mellom formuleringen «foranledning» og nærhetsvurderingen. Hva som menes med «foranlediget», «foranledningen» eller «ha vært foranledningen til» er ikke spesifisert i avgjørelsen. Det er likevel nærliggende å forstå formuleringene som en henvisning til at inntektskategorien må ha vært den avgjørende faktoren for innvinningen av fordelene. Dette står i kontrast til hvordan nærhetsvurderingen tidligere har blitt praktisert, jf. punkt 4.3. Som jeg drøftet tidligere oppstilte nemlig nærhetsvurderingen temmelig lempelige krav til tilknytning mellom fordel og inntektskategori for skatteplikt.

Hvorvidt det er arbeid eller kapital som har foranlediget inntekten, henviser altså til en skjønnsmessig vurdering av inntektskategoriens innvirkning på inntekten. Formuleringen «foranlediget» tilfører derfor ikke noe særlig til tilknytningsvurderingen ut over det som allerede er kommet til uttrykk i nærhetsvurderingen.¹³⁵ En viss presisering innebærer den likevel, fordi den får frem at tilknytning til inntektskategorien alene ikke er tilstrekkelig for å klassifisere inntekter med blandet tilknytning. Følgende eksempel er illustrerende: Hvis skattyter får erverve ansatteaksjer i arbeidsgivende selskap, foreligger det klart en tilknytning til arbeidet. Uten ansettelsen ville han ikke fått erverve aksjen. I henhold til nærhetsvurderingen etterlates derfor klassifiseringen av aksjeinntektene til hva som er «naturlig», fordi det er «nær sammenheng» mellom inntektene og arbeidet. Men det blir neppe riktig å si at arbeidsforholdet har foranlediget aksjeinntektene dersom ervervet er markedsmessig.

Det kan imidlertid diskuteres om Kruse Smith- og Pre Finans-dommene egentlig omhandler grensen mellom skatteplikt og skattefritak. I teorien forutsettes det som selvsagt at avgjørelsene omhandler grensen mellom kapitalgevinst og arbeidsinntekt.¹³⁶ I begge sakene var imidlertid gevinsten skattefri etter den tidligere aksjegevinstbeskatningsloven¹³⁷ § 3 som oppstilte fritak for aksjegevinster av aksjer eiet i mer enn tre år. I sakene talte derfor hensynet til skatteprovenyet i større grad for en klassifisering som arbeidsinntekt enn hvis gevinsten var skattepliktig. Om dette hadde noen innvirkning på Høyesteretts vota, er likevel uklart.

Det klareste tilfellet på at Høyesterett foretar en nærhetsvurdering i grensen mellom inntektskategorier, er Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard). Saken omhandlet beskatningen av lisensinntekter fra en arbeidstakeroppfinnelse. I vurderingen av om inntekten var vunnet ved arbeid eller kapital, la Høyesterett uten nærmere begrunnelse nærhetsvurderingen til grunn som

¹³⁵ Sml. Stoveland mfl. (2020) s. 302 som forutsetter at kravet til foranledning og nærhetsvurderingen er sammenfallende.

¹³⁶ Dette synes oversett i Kvamme (2005) s. 305–320 og Krohnstad (2006) s. 67–80.

¹³⁷ Lov 10. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer [Aksjegevinstbeskatningsloven].

rettslig utgangspunkt (avsnitt 34). På bakgrunn av disse avgjørelsene er det altså temmelig klart at Høyesterett anlegger samme rettslig vurderingstema i grensedragningen mellom inntektskategorier som ved spørsmålet om skatteplikt.¹³⁸

Avgjørelsen forutsetter også at vurderingstema er det samme *uavhengig* av om man anser inntekten som kapitalavkastning (sktl. § 5-1 første ledd) eller kapitalgevinst (sktl. § 5-1 andre ledd). I saken anførte skattyter at beskatning av lisensrettighetene måtte anses som en realisasjon. Høyesterett avfeide anførselen med følgende begrunnelse: «under enhver omstendighet i denne saken [foreligger] slik kvalifisert tilknytning mellom godtgjørelsen og arbeidsforholdet, at det er mest naturlig å se det slik at fordelen er vunnet ved arbeid» (avsnitt 45). Med dette la førstvoterende til grunn at vurderingstemaet er det samme uavhengig av om lisensinntekten anses som et resultat av realisasjon eller avkastning.¹³⁹ Et likt vurderingstema er imidlertid ikke synonymt med at vurderingen alltid vil være lik. At kapitalinntekter og arbeidsinntekter har en annen innvinningsbegivenhet enn kapitalgevinster, gir er en god indikasjon på at vurderingen kan slå noe ulikt ut på typetilfellenivå.

Høyesteretts ordlegging i Lundgaard-dommen står i temmelig sterk kontrast til førstvoterendes problemformulering i Kruse Smith-dommen. I sistnevnte sak ble det vurdert om det kunne gjøres unntak fra *hovedregelen* om at arbeidsinntekter ikke omfattes av gevinst.

Høyesterett har i de gjennomgåtte sakene lagt til grunn det samme vurderingstema ved grensedragningen mellom inntektskategorier som ved inntektsbegrepets yttergrense.¹⁴⁰ Skatterettslitteraturen har vært noe skeptisk til Høyesteretts bruk av nærhetsvurderingen ved grensen mellom inntektskategorier. Kritikken har for det første gått ut på at problemformuleringen kan overse at også tilknytningskravet for skattefri kapitalinntekt er liberalt.¹⁴¹ En annen svakhet er at det er usikkert hvilke momenter som er relevante ved grensen mellom inntektskategoriene.¹⁴² Det gir for eksempel lite mening å vurdere en aksjegevinsts påregnelighet i vurderingen av om et aksjevederlag reelt er vunnet ved arbeid. Det må også

¹³⁸ I teorien fremheves særlig to årsaker for at Høyesterett ikke drøftet grensen i Lundgaard-dommen: At det var enighet mellom partene på dette punkt, og at Høyesterett ikke anså spørsmålet som tvilsomt, se Kvamme (2005) s. 310.

¹³⁹ Zimmer (2004) s. 276 «[førstvoterende la altså til grunn at vurderingstemaet var det samme hva enten man så inntekten som kapitalavkastning eller kapitalgevinst.»

¹⁴⁰ Bøyum-Folkeseth (2017) s. 85.

¹⁴¹ Zimmer (2004) s. 276.

¹⁴² Selv om Høyesterett vektlegger påregnelighet i Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard), får momentet neppe særlig stor plass f.eks. i vurderingen av om en aksjegevinst er vunnet ved arbeid.

nevnes at nærhetsvurderingen – slik den er formulert i Hagerup-dommen – i sin rene form omhandler grensen mot gaveerverv. Spørsmålet var om et stipend var skattefritt; Høyesterett drøftet altså ikke spørsmålet med bevissthet om at nærhetsvurderingen senere skulle trekke grensen mellom inntektskategorier. Det kan tenkes at Høyesterett hadde resonnert annerledes hvis spørsmålet omhandlet grensen mellom arbeid og kapital.

4.4.2 Nyere rettskilder om blandet tilknytning

I nyere rettspraksis synes Høyesterett å ha distansert seg noe fra nærhetsvurderingen. Tilknytningskravet blir omtalt av Høyesterett som et *obiter dictum* i HR-2018-2433-A (Yara). Saken omhandlet spørsmålet om det gjaldt et skjerpet tilknytningskrav ved tap på fordring i virksomhet. I en omtale av Pre Finans-dommen, fremhever førstvoterende at: «Tilknytningsspørsmålet ikke [var] direkte avgjørende for skatteplikten, og da ble kriteriet «foranledning til» benyttet» (avsnitt 41). Avgjørelsen bekrefter altså at Høyesterett anser formuleringen «foranlediget til» som mest dekkende når en inntekt har blandet tilknytning, fordi det ikke er direkte avgjørende for skatteplikt.

Høyesteretts slutninger harmonerer godt med innvendingene jeg fremstilte ovenfor, nemlig at tilknytning mellom inntekt og inntektskategori er et nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig vilkår for klassifiseringen i møte med andre inntektskategorier.¹⁴³ Også nyere høyesterettspraksis synes i mindre grad å trekke frem nærhetsvurderingen ved spørsmål om en fordel er vunnet ved arbeid eller andre inntektskategorier, se f.eks. Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal), Rt. 2009 s. 813 (Gaard) og Rt. 2015 s. 1260 (Herkules).

Til tross for at uttalelsen fra Yara-dommen er gitt som et *obiter dictum*, er det ikke grunnlag for å bestride dens omtale av gjeldende rett. Drøftelsene i punkt 4.4 har illustrert at rettspraksis antakelig må tolkes slik at forskjellen mellom nærhetsvurderingen og kriteriet «foranlediget til» ikke bare er språklig, men også gir uttrykk for en viss utvikling. Utviklingen har medført en bevisstgjøring om at inntekter kan ha blandet tilknytning. Personlig har jeg mest sansen for Høyesteretts nyeste måte å formulere tilknytningsspørsmålet på: Om inntekten er foranlediget

¹⁴³ Slik tolker jeg også Krohnstad (2006) s. 70 sin omtale av naturlighetstesten.

av den inntektsskapende aktiviteten. Formuleringen får frem at en faktisk tilknytning ikke er avgjørende for klassifiseringen, men at det må foretas en mer helhetlig vurdering.¹⁴⁴

På den andre siden: Ut over presiseringen av at faktisk tilknytning er utilstrekkelig for klassifiseringen, tilfører formuleringen ikke særlig mye mer enn det som uansett følger av en ordinær nærhetsvurdering.¹⁴⁵ Man vil derfor uansett måtte se hen til nærhetsvurderingens innhold for klassifiseringen av inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier. Uansett illustrerer gjennomgangen at det er et sterkt behov for retningslinjer i grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Dette tar meg videre til neste punkt.

4.5 Momenter ved grensedragningen mellom arbeid og kapital

4.5.1 Innledning

Ovenfor har jeg redegjort for nærhetsvurderingen og hvordan den gjennom rettspraksis har vært – og dels fortsatt er – veiledende for klassifiseringen av inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier.¹⁴⁶ Som nevnt er det enkelte betenkeligheter ved å anvende nærhetsvurderingen til å trekke grensen mellom inntektskategorier. I nyere rettspraksis er derfor formuleringen «foranlediget» i større grad benyttet. Selv om tilknytningskriteriet er noe presisert, overlates de konkrete vurderingene fortsatt til skjønsmessige helhetsvurderinger.

Statuering av skatteplikt på bakgrunn av en skjønsmessig vurdering av om inntektskategorien har foranlediget inntekten, er en for pragmatisk tilnærming til grensedragningen. Hvis grensedragningen overlates til slike kriterier, vil klassifiseringen risikere å bli vilkårlig og sprikende.¹⁴⁷ En skjønsmessig vurdering gjør det vanskelig å forutse hvilke omstendigheter

¹⁴⁴ Kvamme (2005) s. 310. Kvamme argumenterer for at vurderingstema mellom inntektskategoriene ikke uten videre bør være lik som det ytre inntektsbegrep. Han peker på tre årsaker: Sikringen av skattefundamentet, hensynet til omgåelse og hensynet til likhet. I samme retning, se Zimmer (2004) s. 273.

¹⁴⁵ Kvamme (2005) s. 310.

¹⁴⁶ Formuleringen «grensen for begrepet personinntekt» er også brukt i teorien, men jeg foretrekker grensen mellom inntektskategorier fordi det får frem at spørsmålet handler om å velge én av inntektskategoriene, mens den førstnevnte formuleringen språklig indikerer et enten-eller-spørsmål.

¹⁴⁷ Sml. Wergeland mfl. (2008) s. 79.

som er relevante, og hvordan hver enkelt aktivitet skal vektas mot hverandre¹⁴⁸ Fordi en inntekt ofte ligger mellom inntektskategoriene, og det ikke foreligger noen konkrete retningslinjer for vurderingen, er det et sterkt behov for retningslinjer og momenter.¹⁴⁹

Fordi arbeid og kapital er autonome begreper, må tilknytningen vurderes i lys av den konkrete inntekten, det spesifikke arbeidet og typen kapital i hver enkelt sak. Maleren som får vederlag for redningsdåd utført i arbeidstiden vil antakelig ikke skattlegges for dette, fordi inntekten er en upåregnelig følge av arbeidsinnsatsen.¹⁵⁰ Dersom redningstjenester derimot bedrives profesjonelt er et eventuelt vederlag for slike tjenester klart skattepliktig.¹⁵¹ Eksempelene, som riktignok omhandler den ytre inntektsgrensen, illustrerer at tilknytningsvurderingen må forstås i lys av den inntektsskapende aktiviteten i *hver enkelt sak*.¹⁵² Folkvord legger for eksempel til grunn at kravet til sammenheng mellom utbytte og aksjonærposisjon for skatteplikt må trekkes fra et strengt tilknytningskrav, fordi hovedregelen er at utbytte er skattepliktig og vederlagsfrie overføringer er skattefrie.¹⁵³

Det er heller ikke en helt skarp grense mellom tilknytningsvurderingen og den inntektsskapende aktiviteten, dvs. arbeid, kapital eller realisasjon. For virksomhetsbegrepet er dette uttrykt direkte av Høyesterett i HR-2017-628-A (Thinggaard) «[j]eg bemerker innledningsvis at det ikke er noen klar grense mellom lovens krav til virksomhet og dens krav til tilknytning» (avsnitt 44). For arbeids- og kapitalbegrepet er ikke dette uttalt like eksplisitt, men det fremgår forutsetningsvis av nærhetsvurderingen hvor inntektskategoriene og formuleringen «ved» behandles samlet. For en tilfredsstillende behandling av tilknytningskravet, er det derfor avgjørende å belyse grensedragningen med eksempler og typetilfeller.

Formålet med opplistingen nedenfor er å gi en introduksjon til de mest sentrale aspektene i vurderingen av om en inntekt skal klassifiseres som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Hvordan de ulike momentene harmoniseres med hverandre vil først den senere analysen vise. Kategoriseringen er imidlertid ikke uttømmende, og det er heller ikke vanntette skott mellom

¹⁴⁸ Slik også Gjems-Onstad (2005) s. 41.

¹⁴⁹ Selv om behandlingen kun gjelder grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, er fremstillingen også egnet til å belyse mer prinsipielle argumentasjonsmønstre i tilknytningsvurderingen. Behandlingen kan derfor få relevans også ved spørsmålet om en fordel har tilknytning til virksomhet, eller om en fordel er skattepliktig overheadet, jf. punkt 4.3.

¹⁵⁰ Kvisli (1957) s. 28.

¹⁵¹ Slik også Berg-Rølves (2009) s. 491.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Folkvord (2013) s. 112.

punktene. Jeg behandler årsakssammenheng mellom inntekt og inntektskategori (4.5.2), nærhet mellom inntekt og inntektskategori (4.5.3), inntektens likhet til inntektskategoriens typiske kjennetegn (4.5.4), subjektet inntekten stammer fra (4.5.5) før jeg avslutningsvis drøfter betydningen av at inntektens tilknytning til inntektskategorien må være «naturlig» (4.5.6).

4.5.2 Årsakssammenheng mellom inntekt og inntektskategori

Et viktig spørsmål i vurderingen av om en inntekt er vunnet ved arbeid eller kapital, er om inntekten er en følge eller konsekvens av inntektsskapende aktivitet. Dette kan noe upresist formuleres som at arbeidsinnsatsen eller kapitalinnsatsen er mest sentral for innvinningen av inntekten. Det må derfor foretas en analyse av innsatsfaktorene som ligger til grunn for inntekten: Arbeidsinnsatsen må plasseres på den ene siden av vektskålen, mens kapitalinnsatsen på den andre. Som jeg skal vise nedenfor, gir likevel denne vektskålen bare et upresist bilde av tilknytningsvurderingen, fordi de faktiske virkningene ofte ikke er avgjørende for den rettslige klassifiseringen. Sagt med andre ord: Arbeidsinnsatsen kan være den viktigste årsaken for innvinningen av en inntekt, uten at dette tipper vektskålen i møte med andre inntektskategorier.

I privatretten har man ikke tradisjon for å operere med grader av årsakssammenheng: Enten så foreligger årsakssammenheng, eller så er årsaksfaktoren for fjern og avledet.¹⁵⁴ Det gir derfor dårlig mening å snakke om årsakssammenheng som et «sentralt» moment i tilknytningsvurderingen – slik enkelte teoretikere synes å gjøre.¹⁵⁵ Årsakssammenheng indikerer at en følge inntreffer, og som jeg kommer tilbake til, vil ofte arbeidet, arbeidsforholdet, kapitalinnsatsen e.l. ofte utgjøre en nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig betingelse for tilknytningen til inntektskategorien. Språklig kan derfor formuleringen «årsakssammenheng» være misvisende, fordi det kan foreligge årsakssammenheng uten at virkningene som ofte assosieres med årsakssammenheng følger med. Når jeg likevel velger å benytte formuleringen, er det fordi begrepet er etablert i skatterettslitteraturen.¹⁵⁶

På den ene siden har vi de klare tilfellene. Lønn, provisjon, naturalytelser, gratiale og utgiftsgodtgjørelser er alle en direkte årsak av arbeidsprestasjoner. Leieinntekter, renteinntekter og skoginntekter er alle direkte årsaker av kapital. I disse tilfellene oppstår inntekten som en direkte konsekvens av en inntektsskapende aktivitet, og utgjør også den eneste årsaken til at inntekten blir innvunnet.

¹⁵⁴ Hagstrøm/Stenvik (2019) s. 385.

¹⁵⁵ Slik f.eks. Kvamme (2005) s. 309.

¹⁵⁶ Se f.eks. Kvamme (2005) s. 308 og Krohnstad (2006) s. 69.

Mer problematisk er klassifiseringen når inntekten har elementer av både arbeid og kapital. En tannlege som er eneaksjonær og eneste ansatt i eget selskap illustrerer kompleksiteten: Utbytte fra selskapet kan ikke klassifiseres som arbeidsinntekt selv om arbeidet rent faktisk er den viktigste *årsaken* til at utbytte ble skapt. Uten gode arbeidsprestasjoner ville aldri tannlegevirksomheten generert overskudd. Både tannlegens arbeid og aksjonærrollen er nødvendige betingelser for utbytte.¹⁵⁷ Arbeidsprestasjonen er egentlig hovedgrunnen til at inntekten er skapt, men likevel ikke avgjørende for klassifiseringen, fordi utbytte er en årsak av skattyters kapitalinvestering. Eksempelet er egnet til å illustrere at de konkrete innsatsfaktorene ikke er avgjørende for klassifiseringen, men at tilknytningsvurderingen er mer sammensatt.¹⁵⁸

I noen tilfeller henger en inntekt eller et vederlag uløselig sammen med inntektskategorien, f.eks. at arbeidsforpliktelsen er en betingelse for utbetalingen av et vederlag. I Rt. 2009 s. 813 (Gaard) – som omhandlet aksjesalg med earn out-klausul – ble alle deler av vederlaget som var betinget av selgers ansettelse ansett som arbeidsinntekt. I andre tilfeller har slike forhold blitt tillagt mindre vekt. I Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) var arbeidsforholdet en avgjørende faktor for utbetalingen av et suksesshonorar. Dette var likevel ikke tilstrekkelig for å klassifisere utbetalingen som arbeidsinntekt. Betydningen av arbeidsplikt, betingelser eller andre vilkår som knytter inntekten til inntektskategorien, beror på en nærmere vurdering av inntektens karakter. Inntekter fra aksjer som bare selges til ansatte i et selskap er illustrerende: I utgangspunktet kan det anføres at inntekter fra slike aksjer er «vunnet ved arbeid», fordi arbeidsforholdet er en absolutt nødvendig betingelse for innvinningen av aksjeinntektene. Inntekter fra ansatteaksjer kan likevel ikke skattlegges som arbeidsinntekt *kun* av den årsak.¹⁵⁹

Som fremstillingen vil vise, er årsakssammenheng mellom inntekt og inntektskategori bare et moment i tilknytningsvurderingen. Årsakssammenhengen må derfor avveies mot de andre momentene som drøftes nedenfor.

¹⁵⁷ Samme prinsipp kan tenkes for alle formuesgoder som kun selges til ansatte og som genererer en inntekt.

¹⁵⁸ I UTV-1998-100 legger departementet korrekt til grunn at fordel ved en banks emisjon av grunnfondsbevis til underkurs skattlegges ulikt ut fra rollen erververen mottar bonusen, slik at det må skilles mellom ansatte (arbeid) og kunder med innskudd (kapital).

¹⁵⁹ Dette forutsetter at ervervet skjer på markedsmessige vilkår og tilfredsstillende visse krav til risiko, se punkt 5.4.3.

4.5.3 Inntektens nærhet til inntektskategorien

Også inntektens nærhet til inntektskategorien utgjør et relevant moment i tilknytningsvurderingen.¹⁶⁰ Det kan foreligge høy grad av nærhet og mindre grad av nærhet. Hvis inntekten er nær inntektskategorien, innebærer dette at det er en direkte og påtakelig kobling mellom inntekten og den inntektsskapende aktiviteten. Det foreligger for eksempel høy grad av nærhet til arbeidsforholdet hvis utbytte i et selskap påvirkes av antall salg. Inntekten er derimot mer fjern og avledet hvis den er en konsekvens av flere usikre begivenheter og forutsetninger.¹⁶¹ En inntekt kan altså være en konsekvens av inntektsskapende aktivitet, men likevel være fjern og avledet.

At inntekten er fjern og avledet vektlegges tradisjonelt i vurderingen om en fordel er skattepliktig, se punkt 4.3. Momentet er likevel relevant fordi det taler mot tilknytning til *den* aktuelle inntektskategorien. Hvis inntekten er en fjern konsekvens av arbeidsinnsatsen, samtidig som den har nær tilknytning til kapital (eller motsatt), er altså momentet relevant.

Relevansen av nærhet i tilknytningsvurderingen illustreres godt i Rt. 2009 s. 105 (Enskilda). I saken var spørsmålet om stille deltakeres avkastning reelt reflekterte arbeidsgodtgjørelse etter sktl. § 12-2 bokstav f). På bakgrunn av en gunstig skattemessig ordning hadde flere stille deltakere foretatt et innskudd i et indre selskap som de også arbeidet i. Innskuddet hadde generert ekstraordinært god avkastning. Avkastningen ble imidlertid justert slik at den i størst mulig grad reflekterte deltakernes arbeidsinnsats. Blant annet måtte deltakerne arbeide for å få en andel av avkastning, andelene ble fordelt på bakgrunn av deltakernes betydning for selskapet, og avkastningen var avskåret ved permisjon. Det forelå altså høy grad av nærhet mellom arbeidet og avkastning, noe som talte for at utbetalingene, som hadde formen av avkastning fra innskuddet, hadde tilknytning til deltakernes arbeidsinnsats. Høyesterett kom derfor til at det forelå tilknytning mellom avkastningen og arbeidsgodtgjørelsen på bakgrunn nærhet til deltakernes arbeidsforhold.

Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) illustrerer imidlertid at ikke alle former for nærhet til arbeidsforholdet er avgjørende for tilknytningen. Saken reiste spørsmål om utbetaling av et sukseshonorar for vellykket forvaltning av et Private Equity-fond skulle skattlegges som arbeidsinntekt. Honoraret ble utbetalt hvis fondet – som skattyterne hadde opprettet og sikret

¹⁶⁰ Kvamme (2005) s. 308.

¹⁶¹ Sml. Skar (2021) s. 24.

med egne holdingsselskap – genererte en eksepsjonell avkastning. Som følge av svært gode investeringer ble fondet realisert, og suksesshonoraret ble utbetalt. Investeringsbeslutningene i fondet ble truffet av General Partner etter forslag fra Herkules, hvor skattyterne var ansatt. Utbetalingen ble kanalisert til skattyternes holdingsselskap gjennom utbyttebetalinger. Høyesterett konkluderte med at utbetalingen ikke var å anse som arbeidsinntekt for skattyterne. Skattyternes arbeidsforhold utgjorde riktignok en nødvendig forutsetning for utbetalingen av honoraret til deres personlige holdingsselskaper: Skattyterne ble omtalt som «nøkkelpersoner» i Herkules' markedsføring og kompetansen var av sentral betydning for fondets utvikling. Dessuten var det etter aksjonæravtalen i PG Holding Ltd., selskapet honoraret ble kanalisert gjennom, en forutsetning for å eie aksjer i at man var ledende ansatt i Herkules (forvaltningsselskapet) med tvungent salg ved fratreden.

Det forelå altså en ganske direkte kobling mellom honoraret og skattyternes arbeid. Høyesterett kom likevel til at disse omstendighetene ikke var tilstrekkelig for å anse utbetalingen som arbeidsinntekt. Honoraret var ikke bare en konsekvens av skattyternes arbeidsinnsats: Veksten i de investerte selskapene var et resultat av den alminnelige markedsutviklingen og arbeidsinnsatsen i porteføljeselskapene. Selv om arbeidsinnsatsen til skattyterne, som gikk ut på analyse av porteføljeselskapene og investeringsbeslutningene, var nødvendig for den senere utbetalingen, var tilknytningen til arbeidet ansett som fjernt og avledet som følge av markedsutviklingen og utviklingen i porteføljeinvesteringene.¹⁶²

I vurderingen av om inntekten er nær eller må regnes som mer fjern og avledet, er det relevant å undersøke om inntekten er en konsekvens av en lengre kjede usikre begivenheter og forutsetninger, jf. Herkules-dommen avsnitt 76. I vurderingen kan det være aktuelt å se hen til tiden det går mellom den inntektsskapende aktivitet og innvinningen av inntekten.¹⁶³ En rekke inntekter innvinnes riktignok over tid, som f.eks. inntekt fra skog, eller maleren som bruker lang tid på å male og selge et kunstverk, og i slike tilfeller er tidsmomentet irrelevant. Hvis det derimot tar lengre tid å innvinne en inntekt *fordi* den er konsekvens av usikre begivenheter og forutsetninger, taler avstand i tid gjennomgående mot tilknytning. Hvis en leietaker påkoster utleieboligen i leieperioden, er det nærliggende å anse påkostningene som «vunnet ved kapital».¹⁶⁴ Dersom leietakeren derimot flytter ut, blir venn med utleier og påkoster boligen

¹⁶² Se Herkules-dommen avsnitt 64 og 76.

¹⁶³ Zimmer (2018) s. 161.

¹⁶⁴ Sml. Rt. 1967 s. 897.

fordi han trivdes, er det mindre treffende å omtale påkostningene som vunnet ved kapital, fordi avstanden i tid blir større. Betydningen av tidsmomentet må altså avgjøres konkret i lys av typen inntektsskapende aktivitet.

Hvordan fordelten er omtalt i avtalen mellom partene – som bonus, bonusordningen, den diskresjonære bonus eller lignende – har normalt begrenset betydning i tilknytningsvurderingen. På samme måte som partene ikke kan avtale seg vekk fra skatterettslige virkninger, får slike omtaler begrenset vekt. I kombinasjon med andre faktorer kan imidlertid slike omtaler være en indikasjon eller underbygge at noe er vederlag for arbeid eller kapital. Det første var tilfellet i Enskilda-dommen, hvor deltakernes avkastning ble omtalt som en bonus. Høyesterett kommenterte dette på følgende måte (avsnitt 88):

«Isolert sett har det begrenset betydning at Selskapet og Interessentene i den interne dokumentasjon i ikke liten utstrekning benytter ord som bonus, bonusordningen, den diskresjonære bonus og lignende i slik betydning at også innskuddsavkastningen inngår. Men når denne språkbruken sees i sammenheng med den uttalte målsetting at eierposisjonene må tilpasses slik at innskuddsavkastningen ikke kommer på tvers av et effektivt incentivsystem, bekrefter språkbruken at også innskuddsavkastningen, i hvert fall i noen grad må sees som godtgjørelse for arbeid.»

Gjennomgangen har vist at nærhet utgjør et viktig moment i grensedragningen. Etter mitt syn er nærhet og årsakssammenheng de viktigste momentene i vurderingen av om en inntekt er vunnet ved arbeid eller kapital.¹⁶⁵

4.5.4 Inntektens likhetstrekk med inntektskategoriens typiske kjennetegn

I noen tilfeller er ikke årsakssammenheng og nærhet tilstrekkelig for å avgjøre om inntekten er vunnet ved arbeid eller kapital. Et moment kan da være å undersøke inntektens likhet med inntektskategoriens typiske kjennetegn. Fremgangsmåten går ut på å identifisere hva som er de typiske kjennetegn for inntektskategorien, og deretter vurdere om den aktuelle inntekten har kjennetegn som svarer til dette.¹⁶⁶ Slike resonnementer bringer tilknytningsvurderingen bedre i

¹⁶⁵ I samme retning, se Kvamme (2005) s. 309, jf. 308.

¹⁶⁶ Sml. Skar (2017) s. 158–159 og Askeland (2004) s. 508 flg.

tråd med likhetsprinsippet: Desto likere inntekten er normale kjennetegn ved inntektskategorien, desto mer taler det for tilstrekkelig tilknytning.¹⁶⁷

Et slikt argumentasjonsmønster kommer til uttrykk flere steder i rettspraksis. Ved spørsmål om en aksjegevinst var vunnet ved arbeid, uttalte flertallet i Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) (side 767):

«Men i forhold til adgangen til å delta i fremtidig verdiutvikling i selskapet kan jeg ikke se at de ankende parter utsatte seg for noen mindre risiko enn det som gjelder for *aksjonærer flest*.» (Min utheving).

Gjennom formuleringen «aksjonærer flest» knytter flertallet vurderingstema opp mot en alminnelig aksjonær. Problemformuleringen tydeliggjør at tilknytningsvurderingen inneholder et element av generalisering og komparasjon: Når lovgiver anerkjenner aksjegevinster som skattepliktig kapitalinntekt, kan dette ses på som en avveining av hvilke privatrettslige disposisjoner som normalt utløser slike virkninger. Hvis disposisjonen har virkninger som ikke minner om en aksjegevinst, har den heller ikke utløst de virkninger lovgiver har forutsatt at skattleggingen skal knyttes til.¹⁶⁸ Når arbeidsforholdet gjør at disposisjonen mister karakter av å være en ordinær aksjegevinst, får gevinsten tilknytning til arbeidet. I saken dreide det seg som nevnt om kjøp og salg av aksjer i arbeidsforhold, men sammenligningens betydning i tilknytningsvurderingen gjelder for alle inntektstyper.¹⁶⁹

Mindretallets problemformulering får sammenligningen enda tydeligere frem. De uttaler at «[d]ette 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*.» (min utheving) (side 770). Formuleringen «dette er samtidig» indikerer imidlertid at de anser spørsmålet om tilknytningen til arbeidsforholdet *i sin helhet* som det samme som å argumentere på bakgrunn av inntektskategoriens typiske karakteristikk.¹⁷⁰ I denne fremstillingen brukes likhet som et moment – slik også flertallet synes å gjøre.

Relevansen av inntektens likhetstrekk med inntektskategorien i tilknytningsvurderingen, kommer også til uttrykk i mindretallets votum i Rt. 2015 s. 1260 (Herkules). I vurderingen av

¹⁶⁷ Jf. punkt 3.3.

¹⁶⁸ Sml. Skar (2017) s. 158–159.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Punkt 4.5.2.

om suksesshonorat utbetalt til forvalternes holdingselskap for etablering, drift og sikring av et fond var «vunnet ved arbeid», ble det lagt vekt på at det var «nærliggende å sammenligne [suksesshonoraret] med en personlig bonus for prinsipalene» (avsnitt 96). At Høyesterett sammenligner honoraret med en bonus for personlig arbeid, som klart er arbeidsinntekt, bekrefter at argumentasjonstyper har blitt akseptert av Høyesterett.

Hvorvidt inntekten har kjennetegn som normalt forbindes med inntektskategorien er et tolkningsspørsmål. Det må foretas en sammenligning av faktum med tilfeller som klart faller innenfor inntektskategorien: Hvordan behandles transaksjonen sammenlignet med en alminnelig aksjonær med tilsvarende aksje?¹⁷¹ Er vederlaget større enn markedspris? Eller har arbeidsforholdet muliggjort fordeler tredjepersoner ikke har tilgang på?¹⁷² I tolkningsprosessen er det etter mitt syn avgjørende å skille mellom faktiske og rettslige kjennetegn.

Grensen mellom slike kjennetegn er ofte flytende. Lønnsutbetalinger tjener som et godt eksempel. Med unntak for sterkt provisjonsbaserte arbeidsavtaler, skjer lønnsutbetaling vanligvis månedlig eller annenhver uke. Følgelig innvinnes inntekten fortløpende i takt med utført arbeid.¹⁷³ Til tross for at Norge i utgangspunktet ikke har et inflasjonsjustert skattesystem, er det alminnelig antatt at arbeidsinntektens robusthet mot inflasjon legitimerer en noe høyere skattesats enn kapitalinntekt og kapitalgevinster.¹⁷⁴ Når det først eksisterer en realøkonomisk begrunnelse for skillet mellom inntektskategoriene, kan en betaling som utbetales fortløpende – og som derfor minner om en lønnsbetaling – indikere at utbetalingen er vunnet ved arbeid. Beskatning som arbeidsinntekt er likevel ikke begrenset til lønn og andre fordeler som utbetales fortløpende: Provisjon, premier, priser og stipend regnes også som arbeidsinntekt, jf. sktl. § 5-10 bokstav a). Selv om utbetalingstidspunktet utgjør et faktisk kjennetegn, får premisset derfor rettslig karakter:¹⁷⁵ At inntekten utbetales fortløpende harmonerer nemlig med realøkonomiske begrunnelser som legitimerer at arbeidsinntekt skattlegges høyere enn kapitalinntekt.¹⁷⁶

¹⁷¹ Sml. Zimmer mfl. (2019) s. 599 om betydningen av at andre enn den ansatte mottar en aksje til underkurs.

¹⁷² Askeland (2004) s. 507.

¹⁷³ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 14-15 første ledd.

¹⁷⁴ Knuutinen (2018) s. 68 med videre henvisninger.

¹⁷⁵ Se f.eks. mindretallets i Herkules-dommen. I avsnitt 96 pekes det på at utbetalingen hadde karakter av en «personlig bonus» og at «betalingene var nært knyttet til arbeidsinnsatsen». Argumentasjonen illustrerer at de faktiske forholdene omkring *selve* utbetalingen tillegges rettslig betydning.

¹⁷⁶ Knuutinen (2018) s. 68. Dette forutsetter imidlertid at lønnsinntekter øker i takt med inflasjonen, og at inflasjonskomponenten i renten ikke motvirker virkningen av inflasjonen, jf. Zimmer (2020a) s. 749 note 24.

At grensen kan være vanskelig å trekke illustreres godt i Kruse Smith-dommen. I saken anførte staten at fraværet av forkjøpsrett talte for at gevinsten måtte regnes som arbeidsinntekt (side 767). Etter aksjeloven¹⁷⁷ § 4-1 første ledd gir alle aksjer «lik rett» i selskapet, med mindre annet er bestemt i selskapets vedtekter. Selv om forkjøpsrett umiddelbart synes å utgjøre et typisk kjennetegn på et ordinært aksjeeie, kan regler om forkjøpsrett fravikes i vedtektene, jf. als. § 4-19 første ledd. Det gir lite mening å anlegge en strengere beskatning fordi de ansatte ikke hadde forkjøpsrett, bare fordi forkjøpsrett normalt er et kjennetegn på et ordinært aksjeinnehav. Som jeg kommer tilbake til senere i analysen, må sammenligningen ta utgangspunkt i inntektskategorienes realøkonomiske karakter¹⁷⁸ – et argumentasjonsmønster jeg mener Høyesterett ikke har hatt et tilstrekkelig reflektert forhold til.

Gjennomgangen illustrerer at sammenligningsgrunnlaget varierer ut fra typen inntekt og inntektskategori.¹⁷⁹ Dersom inntekten er lik typiske trekk for inntektskategorien, taler det gjennomgående for tilknytning til den aktuelle inntektskategorien, og hvis inntekten derimot ikke har slike trekk, taler det mot tilknytning.

4.5.5 Subjektet inntekten stammer fra

I tillegg til de gjennomgåtte momentene, er subjektet inntekten stammer fra et relevant moment i tilknytningsvurderingen.¹⁸⁰ At inntekten stammer fra arbeidsgiver er en sterk indikasjon at fordelene er *skattepliktig* som arbeidsinntekt, jf. punkt 4.3.¹⁸¹ Subjektet inntekten stammer kan etter mitt syn også være relevant i vurderingen av om en inntekt er vunnet ved arbeid eller kapital. Sakstilfellet i Herkules-dommen er nok en gang illustrerende. Som nevnt var

Norsk rett bygger ikke på et inflasjonsbasert skattesystem, men eksempelet er godt egnet til å illustrere grunnleggende trekk ved inntektskategorien. Poenget er imidlertid mest av pedagogisk interesse – også f.eks. leie- og renteinntekter innvinnes normalt løpende månedlig og årlig.

¹⁷⁷ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om aksjeselskaper (asl.).

¹⁷⁸ Formuleringen økonomiske realiteter må imidlertid ikke forveksles med læren om økonomiske realiteter fra dansk rett, se nærmere om dette i Pedersen (1989) s. 435–448.

¹⁷⁹ Se også Matre (1998) s. 563 som i drøftelsen av om rimelig lån i arbeidsforhold skal skattlegges to ganger, både som fordel ved arbeid og senere kapital, uttaler at «[a]rbeidstakers begunstige situasjon kommer klarere frem dersom en sammenligner med andre som må låne midler til markedsrente før de kan gjøre disse midlene inntektsbringende.»

¹⁸⁰ Berg-Rolnes (2009) s. 23 argumenterer for at tilordning og tilknytning i enkelte tilfeller glir over i hverandre. Etter min oppfatning blir dette standpunktet forenklet: Tilordning omhandler hvem som etter det underliggende rettsforhold skal tilordnes en inntekt, mens tilknytningen er et spørsmål om hvem som er skattepliktig. I Herkules-saken behandler Høyesterett tilfellene adskilt.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 47.

spørsmålet om et suksesshonorar utbetalt av investorer for vellykket fondsforvaltning var vunnet ved arbeid ved betaling til skattyternes holdingsselskaper. I saken drøfter Høyesterett hvilket subjekt som skal tilordnes honoraret – om det var skattyternes holdingsselskap eller arbeidsgiverselskapet – før de tok stilling til om honoraret var vunnet ved arbeid. Fordi det ikke er et vilkår for arbeidsinntekt at fordelene er gitt av arbeidsgiver,¹⁸² kan Høyesteretts behandling av tilordningsspørsmålet sies å være overflødig. Fremgangsmåten kan likevel forklares ved at subjektet fordelene stammer fra utgjør et relevant moment i tilknytningsvurderingen. Zimmer formulerer det slik:

«Det kan skyldes at spørsmålet om midlene kan sies å ha tilfalt prinsipalene som arbeidsinntekt, ikke nødvendigvis står i samme stilling om man anser midlene for å være tilordnet Herkules og derfra videreført til de ansatte prinsipalene, eller for å være tilordnet GP/PG-Holding/prinsipalenes selskaper og derfra overført til prinsipalene.»¹⁸³

Jeg er enig med Zimmer. Når holdingsselskapene var rettighetshavere til utbetalingen etter det underliggende rettsforhold, fikk honoraret nærmere tilknytning til aksjonærposisjon enn arbeidsforholdet. Ettersom de ansatte var fast ansatt i Herkules, og fikk arbeidsoppdraget gjennom arbeidsforholdet, ville en tilordning her vært et argument som talte for klassifisering som arbeidsinntekt. Og på den andre siden: Hvis inntekten ble tilordnet holdingsselskapene – selskapet der prinsipalene hadde investert midler – var det mer nærliggende å anse inntekten som kapitalgevinst på en investering og ikke arbeidsinntekt; her var det ikke et ansettelsesforhold, ingen arbeidsavtale osv.¹⁸⁴ Tilordningen synes også å ha fått betydning for fraksjonenes konklusjoner. Flertallet, som konkluderte med at suksesshonoraret skulle tilordnes PG Holding Ltd., etterlot ingen tvil i vurderingen av om honoraret tilfalt prinsipalene som arbeidsinntekt. Mindretallet, som kom til at inntekten skulle tilordnes Herkules, uttalte at hun «under en del tvil [er] kommet» til samme løsning som førstvoterende – nemlig at inntekten ikke skal tilordnes prinsipalene som arbeidsinntekt (avsnitt 95).¹⁸⁵

Selv om både flertallet og mindretallet i Herkules-dommen konkluderte med at suksesshonoraret ikke var «vunnet ved arbeid» for prinsipalene, avklarer rettsanvendelsen at

¹⁸² Jf. Zimmer (2018) s. 159–160.

¹⁸³ Zimmer (2016a) s. 201.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Sml. Aarbakke (1990) s. 32 flg. som skiller mellom arbeidsinntekt i og utenfor tjenesteforhold.

subjektet inntekten stammer fra utgjør et relevant moment i tilknytningsvurderingen.¹⁸⁶ Dersom inntekten kommer fra arbeidsgiverselskapet, et morselskap, datterselskap eller en nær samarbeidspartner, er det gjennomgående et argument for tilknytning til arbeid.¹⁸⁷ Dersom fordelene stammer fra andre subjekter enn slike, gjør det tilknytningen til arbeidsforholdet fjernere.¹⁸⁸

4.5.6 Særlig om at tilknytningen til inntektskategorien må være «naturlig»

Enkelte steder i rettspraksis og juridisk teori er nærhetsvurderingen fra Rt. 1958 s. 583 (Hagerup) forstått som at det gjelder et naturlighetskrav for klassifiseringen, jf. formuleringen «[...] så nær sammenheng [mellom fordel og inntektskategori] at det er *naturlig* å se den som vunnet» (s. 585) (min utheving). Naturlighetskravet trekkes ofte frem i vurderingen av om en fordel har tilknytning til arbeid eller kapital.¹⁸⁹ Naturlighetskravet synes dessuten å ha fått en oppslutning i administrativ praksis og i uttalelser fra skattemyndighetene.¹⁹⁰ Problemstillingen i dette punkt er hvordan naturlighetskravet skal forstås i lys av de øvrige momentene som er gjennomgått i punkt 4.5.2 til 4.5.5.

I juridisk teori er naturlighetskravet behandlet enkelte ganger.¹⁹¹ Krohnstad har argumentert for at det ikke er tilstrekkelig å ha en høy grad av tilknytning til inntektskategorien hvis dette ikke resulterer i en «naturlig» klassifisering av fordelene.¹⁹² Jeg tolker ham som at nærhetsvurderingen – slik den er formulert av Høyesterett – gir anvisning på to vilkår som må oppfylles for klassifisering til en inntektskategori: Fordelen må ha tilstrekkelig tilknytning til

¹⁸⁶ Sml. lagmannsrettens dom inntatt i LB-2014-48039 som først tar stilling til om det utbetalingen fra fondet er arbeidsinntekt for prinsipalene, før de deretter drøfter hvilket subjekt inntekten skal tilordnes. En slik fremgangsmåte virker uskjønnsom.

¹⁸⁷ Sml. Prop. 86 LS (2017–2018) s. 13–14.

¹⁸⁸ Zimmer (2016a) s. 201.

¹⁸⁹ Se blant annet LB-2001-1657 og Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard) avsnitt 30.

¹⁹⁰ Se f.eks. BFU-2006-42 hvor det uttales: «[s]pørsmålet er om det er en så nær sammenheng mellom Skattyters arbeid i Selskapet ASA og avkastningen på fondsandelene at det er naturlig å si at avkastningen er vunnet ved arbeid.» Liknende uttalelser blir gitt i BFU-2012-1.

¹⁹¹ Se Krohnstad (2006) s. 71 flg. Noe mer forsiktig, se Kvamme (2005) s. 309, 311 og 313–317. Kvamme oppstiller momenter til nærhetsvurderingen ved earn out, men i drøftelsene vises det gjennomgående til hva som er «naturlig».

¹⁹² Krohnstad (2006) s. 71 og 77.

inntektskategorien, og klassifiseringen må i tillegg være naturlig.¹⁹³ Vilkårene er to uavhengige størrelser med ulikt innhold.

Krohnstad viser til Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) og Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans).¹⁹⁴ Han mener at både flertallet og mindretallet i Kruse Smith-dommen anlegger en «naturlighetstest» i vurderingen av om aksjegevinsten skulle skattlegges som arbeidsinntekt. Han peker særlig på flertallets angivelse av det rettslige grunnlaget: «Spørsmålet om tilknytningen er *tilstrekkelig kvalifisert* må løses ut fra hvorledes forholdet *naturlig bør bedømmes*, som godtgjørelse for arbeid eller som gevinst ved selvstendig kapitalplassering i aksjer» (hans utheving).¹⁹⁵ Videre viser han til mindretallet, som etter hans syn er enda klarere på at det gjelder et selvstendig naturlighetskrav ved tilknytningsspørsmål: «Dette er (...) et spørsmål om vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som *fratar forholdet karakter av en ordinær aksjeposisjon*» (hans utheving).

En viktig presisering i mindretallets votum, og som er tatt bort fra sitatet i parentes, er formuleringen «samtidig». Gjennom formuleringen «samtidig» likestiller mindretallet tilknytningsvurderingen og spørsmålet om «arbeidsforholdet fratar ervervet karakter av en ordinær aksjonærposisjon» (det Krohnstad omtaler som naturlighetstesten). Det er temmelig klart at mindretallet gjennom denne formuleringen ikke angir et selvstendig vilkår, men bare mente å presisere tilknytningskravet.

Etter mitt syn er det ikke rettskildemessig grunnlag for å oppstille et selvstendig naturlighetskrav i tilknytningsvurderingen. Jeg skal peke på to hovedårsaker. For det første er det vanskelig å se hva som er naturlig *ved siden av* tilknytningsvurderingen; også momentene ovenfor inneholder et betydelig innslag av skjønn. Som en forlengelse av disse utgangspunktene, er det for det andre uklart *hva* som er naturlig. Det naturlige forstås ofte som en henvisning til det rettferdige, men heller ikke henvisningen til rettferdighet gir særlig veiledning. Forskjellige rettsanvendere kan ha ulike oppfatninger om hva som er rettferdig, noe som gjør et eventuelt naturlighetskrav skjønnsmessig og lite praktikabelt.

¹⁹³ Krohnstad bruker betegnelsen «naturlighetstesten» ved omtale av naturlighetskriteriet fra Hagerup-dommen. se Krohnstad (2006) s. 71.

¹⁹⁴ *Ibid.* s. 70.

¹⁹⁵ *Ibid.* s. 71.

Formuleringen «nær og naturlig» benyttes riktignok flere steder i skatte- og avgiftsretten,¹⁹⁶ men etter mitt syn er det mest nærliggende å forstå naturlighetstesten som en integrert del av tilknytningsvurderingen. Formuleringene som er sitert av Krohnstad ovenfor utgjør bare språklige nyanser av nærhetsvurderingen uten tilsiktet realitetsendring.¹⁹⁷ Tilknytningsvurderingen er nettopp en operasjonalisering av det naturlige. Den mest naturlige klassifiseringen er å velge den inntektskategorien som momentene gir anvisning på: Dersom momentene gir anvisning på at en fordel har tilknytning til arbeidsforholdet, er det *naturlig* å klassifisere den som arbeidsinntekt, og motsatt er det *unaturlig* hvis fordelten har mest tilknytning til kapital.

Tilknytningsvurderingen blir dessuten mer forutsigbar hvis skattyter, skattemyndighetene og domstolen kan relatere tilknytningsvurderingen til konkrete retningslinjer snarere enn skjønnsmessige vurderinger av hva som er naturlig. Etter mitt syn er altså naturlighetskravet ikke et selvstendig vilkår i tilknytningsvurderingen, men heller en merkelapp på resultatet *etter* at klassifiseringen er foretatt. Et lignende argumentasjonsmønster kan spores i LB-2011-163392. Her uttales at «[e]tter lagmannsrettens syn vil avgjørelsen av om en slik fordel er vunnet i egenskap av ansettelsesforholdet eller i egenskap av å være aksjonær, ut fra et så skjønnspreget kriterium som hva som anse «naturlig», i noen tilfeller mer kunne bli et navn på resultatet, enn en reell begrunnelse.»

4.6 Når skal inntekten deles opp?

Når en inntekt har tilknytning til både arbeid og kapital, må det vurderes om inntekten skal deles opp, slik at en del klassifiseres som arbeidsinntekt, og en del som kapitalinntekt. I den grad fordelten ikke er oppdelbar, er spørsmålet om fordelten som *helhet* er vunnet ved arbeid eller kapital.¹⁹⁸ Begge tilnærmingene kan ha sine svakheter. I det første tilfellet hopper man mellom ytterpunkter og utelukker mellomløsninger.¹⁹⁹ På den andre siden kan også en oppdeling være uheldig, særlig der oppdelingen er skjønnsmessig uten konsekvente

¹⁹⁶ Se for eksempel Lov 19. juni 2009 om merverdiavgift nr. 58 (merverdiavgiftsloven/mval.) § 8-1 om hvilke varer og tjenester som er anskaffet til bruk i avgiftspliktig virksomhet og disposisjonens *naturlige helhet* ved anvendelsen av den tidligere ulovfestede omgåelsesregelens, i Skar (2017) s. 215–227. Et selvstendig naturlighetskrav ble imidlertid sløffet etter kodifisering av omgåelsesnormen i § 13-2.

¹⁹⁷ I samme retning tolker jeg Kvamme (2005) s. 309.

¹⁹⁸ For liknende spørsmål på fradragssiden, se Skar (2021) s. 12–13.

¹⁹⁹ Skar (2021) s. 21.

retningslinjer. Spørsmålet blir da i hvilke tilfeller det skal foretas en oppdeling, og i hvilke tilfeller det ikke skal foretas. Problemstillingen er ikke behandlet direkte i rettspraksis eller juridisk teori, men følger forutsetningsvis av de skatteloven § 5-1 og lovens oppbygging.

Skatteloven § 5-1 forutsetter at inntektskategoriene er uavhengige av hverandre: Inntektskategoriene utgjør alternative inntektskilder, jf. formuleringen «eller» mellom arbeid og kapital i første ledd og plasseringen av kapitalgevinster i andre ledd.

Følgende eksempel illustrerer et klart tilfelle på at oppdeling må skje: En profesjonell massør leier ut boligen til en idrettsutøver og gir ham daglig massasje. Utøveren betaler samlet for begge ytelsene som månedsleie. Selv om vederlaget er strukturert som én utbetaling, er ikke hele vederlaget «vunnet ved kapital». Partene kan ikke avtale seg vekk fra skatterettslige virkninger ved å maskere betaling for massasjen i husleien. I slike tilfeller må det undersøkes hvor mye som er en normal månedspris for leien, og hvor mye en tilsvarende massasjeytelse prises til tredjepersoner. I eksempelet er det to ulike inntektskilder som bidrar til innvinningen av vederlaget: Massørens personlige ytelse (arbeid) og utleien av eiendommen (kapital), og da må det skje en oppdeling.

Oppdeling er mer krevende når inntektskategoriene sammen foranlediger en og samme inntekt, som inntekter som følge av innløsning av rettigheter til arbeidstakeroppfinnelse. Vederlag for immateriell utnyttelse av lisensrettigheter skattlegges som kapitalinntekt, jf. § 5-20 bokstav c) og d), men innløsningen er nært koblet opp mot arbeidsforholdet, se arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 første ledd.²⁰⁰ Her er det ikke mulig å foreta en oppdeling, selv om inntekten har tilknytning til arbeid og kapital. Det samme gjelder klassifiseringen av inntekter fra aksjeinsentivordninger i arbeidsforhold: Både arbeidet og kapitalen er nødvendige for en senere gevinst, men det er ikke mulig på en presis måte å fastlegge hvor mye av gevinsten som skyldes arbeidet og hvor mye som skyldes kapitalen.²⁰¹

Fellestrekket er derfor at inntekten må deles opp når det med enkelthet kan fastslås at en del av inntekten refererer seg til arbeidet og en annen del til kapitalinnsatsen. Den nærmere fastsettelsen av størrelsen trenger imidlertid ikke være helt presis; dette er tema for drøftelsene

²⁰⁰ Lov 14. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere [arbeidstakeroppfinnelsesloven].

²⁰¹ Jf. punkt 5.4.4.

i punkt 6. I punkt 5 foreligger det ingen praktisk mulighet til oppdeling, og da må man falle tilbake på en «alt eller ingenting»-tilnærming.

Lignende problemstillinger oppstår på fradragssiden og i avgiftsretten. Fradrag gis bare hvis formålet med oppofrelsen var å sikre eller øke skattepliktig inntekt, jf. § 6-1. I tilfeller der det er flere formål med oppofrelsen, må det vurderes om det skal foretas en oppdeling eller om det skal gis fradrag for alt eller ingenting på bakgrunn av hovedformåls læren.²⁰² Avgjørende for om det skal skje en oppdeling etter sktl. § 6-1 er i utgangspunktet om ytelsene er *adskillbare*.²⁰³ I avgiftsretten er hovedytelsel læren et velkjent fenomen, og handler om oppsplitting av sammensatte ytelser innenfor og utenfor merverdiavgiftsområdet.²⁰⁴

²⁰² HR-2018-391-A avsnitt 65.

²⁰³ Skar (2021) s. 12.

²⁰⁴ Se f.eks. Olsen (2014) s. 327–359 og Lindblad (2020) s. 3–27.

5 Er inntekten som helhet arbeidsinntekt eller kapitalinntekt?

5.1 Innledning

Fremstillingen viser at tilknytningen mellom inntekt og inntektskategori aktualiseres på ulike måter. I dette punktet tar jeg utgangspunkt i noen typetilfeller for å avklare hvilke omstendigheter som er relevant i grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Sakene som gjennomgås kan ved første øyekast se ut som et fragmentert og tilfeldig utvalg av typetilfeller. Behandlingen viser likevel at sammenhengen mellom disse til sammen gir en nokså helhetlig oversikt over typetilfeller som kan oppstå.

Som nevnt tidligere er det hensiktsmessig at relevante momenter undersøkes i lys av typetilfeller for å identifisere et felles argumentasjonsmønster. En mulig svakhet med denne tilnærmingen er at typetilfellene behandles isolert, og at man derfor risikerer å overse nyanser på tvers av typetilfeller. Jeg vil derfor fortløpende harmonisere de ulike typetilfellene med hverandre.

Jeg undersøker først om det har noen betydning for klassifiseringen av aksjeinntekter at aksjen erverves for å få eller opprettholde et arbeidsforhold (punkt 5.2). Dette drøfter jeg når aksjer ervervet til underkurs er vunnet ved arbeid (punkt 5.3). Som en naturlig forlengelse av disse emnene, undersøker jeg klassifiseringen av aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger, med fokus på ervervets risiko (punkt. 5.4). Endelig drøfter jeg klassifiseringen av inntekter som oppstår etter arbeidsgivers innløsning av arbeidstakeroppfinnelser (punkt 5.5).

5.2 Erverv av aksje som betingelse for å få eller inneha et arbeidsforhold

5.2.1 Innledning

I noen tilfeller må arbeidstakere erverve en eller flere aksjer i arbeidsgiverselskapet for å få eller opprettholde en stilling. Arbeidsgiverselskapet kan ha ulike interesser i å ha arbeidstakeren som aksjonær. Ofte ønsker selskapet å sikre like interesser på aksjonærnivå og ansattnivå; aksjonærene vil ha de ansattes innflytelse på selskapets utvikling for å stimulere til bedre arbeidsprestasjoner. Det kan også tenkes at selskapet har problemer med å tilfredsstille pålagte krav til egenkapital etter aksjelovgivningen, og derfor være avhengig av aksjeinnskudd.²⁰⁵

Resonnementene nedenfor trenger likevel ikke å begrenses til aksjer. Det kan tenkes at arbeidstaker må erverve andre formuesobjekter under liknende forutsetninger, som skattyteren som søker jobb i et selskap som bedriver med frakt og levering av varer, og det er en forutsetning at alle ansatte må kjøpe en firmabil eller sykkel for å få jobben. Eller kanskje ønsker skattyter å ta arbeid på en gård. Arbeidsgiver pålegger imidlertid alle ansatte å være bosatt på gårdsplassen, og skattyter kjøper av den årsak et anneks på tomten. I praksis er det antakelig mest nærliggende at skattyter pålegges å erverve en aksje, men valget av formuesobjekt er i utgangspunktet av underordnet betydning.

I dette punktet skal jeg analysere hvilken betydningen betingelser som nevnt har for klassifiseringen av aksjeinntekter. Nedenfor behandler jeg først erverv av aksje for å få en stilling (punkt 5.2.2), og deretter for å opprettholde en stilling (punkt 5.2.3). Avslutningsvis konkluderer jeg på problemstillingen (punkt 5.2.4).

²⁰⁵ Asl./asal. §§ 3-4 og 3-5 pålegger aksjeselskaper å ha forsvarlig egenkapital.

5.2.2 Erverv av aksje for å få en stilling

Hovedregelen er at aksjeinntekter skattlegges som kapitalinntekt, jf. sktl. § 5-1 første og andre ledd. At ervervet er en betingelse for å få en stilling, endrer ikke dette utgangspunktet, selv om ervervet kan sies å ha en viss tilknytning til arbeidsforholdet.²⁰⁶ Dette ble stadfestet allerede i Rt. 1922 s. 523 (Nordborg). I saken måtte Nordborg tegne 25 aksjer i et selskap for å få en stilling som skipsfører. Etter et halvt år solgte han aksjene med gevinst. Spørsmålet var om pliktmomentet – at Nordberg *måtte* erverve aksjen for å få stillingen – tilsa at gevinsten hadde så høy grad tilknytning til arbeidsforholdet at den måtte regnes som arbeidsinntekt. Høyesterett avviste dette, og kom til at gevinsten ikke kunne skattlegges som arbeidsinntekt. Under henvisning til byrettens premisser, som Høyesterett ga sin tilslutning til, heter det (side 525):

«unaturlig forekommer det mig at gjøre skipsførers aktietegning til ledd i hans næring eller erhvervs virksomhet, da denne jo dog har et ganske andet indhold og for bevisstheten staar som helt uberørt av det særskilte forhold, at skipsføreren er paanødet at tegne aktier i det selskap, hvis skib han skal føre. [...] Bevæggrunden for dennes tegning av aktier blir saaledes efter min mening uten retslig betydning.»

Dommen er riktignok ikke av ny dato. Men den er helt klar i resultatet, og bekrefter at aksjeerverv for å få en stilling *ikke* endrer beskatningen av inntekter fra aksjen. Aksjeervervet står på egne ben og er uberørt betingelsen av å få stillingen som kaptein.

Aarbakke har kritisert dommen.²⁰⁷ Han mener at gevinsten må beskattes som arbeidsinntekt, og peker på at en annen løsning vil medføre at tilknytning mellom arbeid og gevinst aldri er relevant.²⁰⁸ Jeg tolker ham slik at tilknytningen mellom ervervet og arbeidsplikten er så absolutt at også en senere gevinst må beskattes som arbeidsinntekt. Standpunktet minner om et absolutt betingelsesperspektiv: Uten arbeidsforholdet ville ikke skattyter ervervet aksjen, og det ville ikke oppstått en gevinst. Aksjegevinsten var etter hans syn uløselig knyttet til arbeidet, og må derfor skattlegges som arbeidsinntekt. Aarbakke omtaler ikke utbytte fra samme aksje, men det er nærliggende å forstå ham slik at også utbytte og andre fordeler som springer ut av aksjeinnehavet må skattlegges som arbeidsinntekt hvis formålet med ervervet er å få en stilling.

²⁰⁶ Thommessen (1934) s. 122 fastholder at sammenhengen mellom arbeidsstillingen og aksjen «ikke var tilstrekkelig.»

²⁰⁷ Aarbakke (1990) s. 34–35.

²⁰⁸ *Ibid.*

Aarbakkens uttalelse er gitt tilslutning av førstvoterende i Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) som et obiter dictum.²⁰⁹ Førstvoterende viser til Aarbakkens bok *Skatt på inntekt*, der kritikken av Nordborg-dommen fra avsnittet ovenfor blir gjengitt, og tilføyer at de anførte synspunkter «har gode grunner for seg» (side 766). Førstvoterendes utsagn er imidlertid vanskelig å harmonere med hans senere uttalelse om den skattemessige betydningen av at aksjeeiet er begrenset til ansettelsesperioden (side 767). Etter førstvoterende syn har det ingen betydning i tilknytningsvurderingen at det oppstår salgspflicht ved opphør av arbeidsforholdet. Når Høyesterett avviser den skattemessige betydningen av at aksjeeiet er begrenset til arbeidsperioden, gir det dårlig sammenheng dersom løsningen er annerledes ved erverv som er begrenset for å få stillingen. Det er liten grunn til at det skal være annerledes når aksjeinnehavet er et vilkår for å få en stilling, som når arbeidsforholdet er vilkår for å inneha en aksje.

Også den øvrige skatterettslitteraturen har inntatt en temmelig avvisende holdning til prejudikatverdien av Nordborg-dommen. Wahr-Hansen fastholder at «Aarbakke [...] stiller seg med rette kritisk til denne praksis».²¹⁰ Zimmer anlegger et mer nyansert perspektiv, og hevder at det må «være mulig med en mer fleksibel tilnærming enn det premissene i Nordborg-dommen gir uttrykk for».²¹¹ Til tross for at Nordborg-dommen ikke direkte har blitt fraveket av Høyesterett, må gjeldende rett anses som uavklart når det gjelder skattleggingen av aksjeinntekter fra en aksje som er ervervet for å få et arbeidsforhold. Problemstillingen nedenfor er derfor om Aarbakkens standpunkt kan legges til grunn *de lege lata*.

Uttalelsene som støtter Aarbakkens syn i Kruse Smith-dommen kan neppe tillegges særlig vekt: Den ble gitt som et obiter dictum og var derfor uten betydning for Høyesteretts resultat.²¹² Det er dessuten vanskelig å harmonere begrunnelsen med helheten i førstvoterendes resonnement om at aksjeeiet er begrenset til arbeidsforholdet, noe som også bidrar til å svekke den rettskildemessige verdien av uttalelsen betraktelig.

Etter mitt syn overser Aarbakke at aksjeinntektene springer ut av en annen faktor enn arbeidstilknytningen. Kapitalinnsatsen gjør at gevinsten står nærmere aksjonærrollen enn arbeidsforholdet. Ervervet var riktignok en nødvendig årsak for å få arbeidet, og på denne måten

²⁰⁹ I Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) viser førstvoterende til Nordborg-dommen, men her bare som en påpekning av at ansettelsesforholdet i seg selv ikke har noen betydning for en senere aksjegevinsten.

²¹⁰ Wahr-Hansen (1988) s. 24 note 2. En observasjon er at formuleringen «med rette» er føyd til i andreutgaven – denne fantes nemlig ikke i førsteutgaven, se Wahr-Hansen (1980) s. 31.

²¹¹ Zimmer (2018) s. 398.

²¹² Zimmer (2020b) s. 680.

ligger det en viss sammenheng mellom ervervet og arbeidet. Men akkurat denne sammenhengen er ubetydelig for den senere gevinsten. Argumentasjonen bygger på et synspunkt om at arbeidsforholdet står nærmere gevinsten enn eiendomsretten til aksjen, men aksjeinntekten skyldes jo markedssvingningen og selskapets inntjening – ikke arbeidsforholdet, arbeidsplikten, eller arbeidsavtalen.²¹³

Nyere praksis om arbeidsinntektens rekkevidde taler også mot Aarbakkes standpunkt. I gjennomgangen av Herkules-dommen under punkt 4.5.3, kom jeg til at nærhet mellom inntekten og arbeid ikke er avgjørende for klassifiseringen. Til tross for at det i saken forelå klare tilknytningspunkter mellom honoraret og arbeidet, må dommen tolkes som at inntekter fra reelle kapitalinvesteringer må klassifiseres som kapitalinntekt, selv om investeringen har tilknytning til arbeid, og begge elementer er nødvendige for innvinningen av inntekten.

Standpunktet til Aarbakke tar heller ikke høyde for klassifiseringen der formålet med aksjeervervet er *blandet*, som at skattyter erverver aksjen fordi det er nødvendig for å få stillingen, men også fordi aksjen senere kan generere høy avkastning. Historisk er det sjelden vellykket å operere med skatteregler som i stor grad knytter virkninger opp mot hensikt og formål. De tidligere reglene om spekulasjonshensikt som vilkår skatteplikt på gevinster bød i løpet av 1900-tallet på store problemer relatert til fastleggelsen av *hensikten* med ervervet.²¹⁴ En endelig avvikling av reglene om spekulasjonshensikt var en viktig årsak til skattereformen av 1992.

Også andre uønskede virkninger kan oppstå hvis Aarbakkes standpunkt legges til grunn. Fordi slike regler er svært skjønnsmessige, kan det tenkes at skattyter avstår fra å foreta en investering man kunne ha gjort i frykt for at skattemyndighetene kommer til at formålet med ervervet var å stifte et arbeidsforhold.²¹⁵ For omgåelsesnormen var det lenge uklart hvilken betydning disposisjonens formål hadde i omgåelsesvurderingen. Ved lovfestingen i 2020 gikk imidlertid departementet bort fra en rent subjektiv vurdering.²¹⁶ Hovedformåls læren på fradragssiden er antakelig en av de mest omdiskuterte problemstillingene i norsk skatterett, og illustrerer nettopp problemene som oppstår ved å knytte skatteansvar opp mot formål.²¹⁷ Etter mitt syn bør det

²¹³ Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 76.

²¹⁴ Wahr-Hansen (1988) s. 15–16.

²¹⁵ Jf. punkt 3.5.

²¹⁶ Mer kritisk, se Zimmer (2007) s. 2–13.

²¹⁷ Skar (2021) s. 27.

altså utvises varsomhet ved å utvide skatteplikten for arbeidsinntekter basert på skattyters formål og hensikter, fordi en slik rettsstilstand vil skape vanskelige bevissituasjoner og grensedragninger.²¹⁸

Dersom Aarbakkes standpunkt anses som gjeldende rett, blir spørsmålet hvor grensen skal trekkes for andre formuesobjekter og i liknende saker. Hva hvis tilfellet var motsatt, slik at skattyter *måtte* arbeide for å få investere i en aksje. Lønnsinntekter fra et arbeidsforhold kan vanskelig anses som kapitalinntekt, bare fordi skattyter måtte arbeide for å erverve aksjen. Hva med BMW-føreren som får jobb hos en AUDI-forhandler, under forutsetning om at han må selge BMW-en. Det er ulogisk dersom gevinsten fra salget skattlegges som arbeidsinntekt bare fordi salget av BMW-en var et vilkår for å stillingen.

Løsningen Aarbakke skisserer harmonerer dessuten dårlig med praksis fra saker som omhandler omklassifisering av aksjeinntekter til arbeidsinntekt på bakgrunn av risikofraværet ved aksjeerhvervet. Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.4, skjer en slik omklassifisering normalt bare for særfordeler andre aksjonærer ikke får. Det skal altså temmelig mye til før omklassifisering kommer på tale.

Etter mitt syn må derfor Nordborg-dommen fortsatt legges til grunn *de lege lata*. Det er foretatt en reell kapitalinvestering på armlengdes vilkår, risikoen for aksjen er fullt ut hos arbeidstaker, investeringen preges av inflasjon og er gjenstand for formuesbeskatning på skattyters hånd.²¹⁹

5.2.3 Erverv av aksje for å opprettholde en stilling

Ovenfor var som nevnt fokuset på aksjeervert for å få en stilling. Det kan stilles spørsmål ved om klassifiseringen av aksjeinntektene er annerledes når det er tale om å opprettholde en stilling. Aarbakke argumenterer for at problemstillingen er annerledes når ervervet ikke er gjort for å få et arbeid, men for å opprettholde et arbeid. I slike tilfeller hevder han det er enda større grunn til å beskatte en gevinst som arbeidsinntekt.²²⁰ Dette mener han gjelder uavhengig av

²¹⁸ Hovedformåls læren har lenge vært en omdiskutert problemstilling i norsk skatterett. Læren illustrerer svakhetene ved å knytte skatteansvar opp mot formål og hensikter.

²¹⁹ Jf. punkt 4.5.4.

²²⁰ Aarbakke (1990) s. 34.

hvor lenge arbeidstakeren beholder aksjen.²²¹ Videre fremhever han at dette ikke er tilfelle, hvis forutsetningen ikke er at arbeidstakeren blir sittende med aksjeposten.²²²

Jeg kan ikke se at det er annerledes i de tilfeller der man må erverve aksjen for å opprettholde et arbeidsforhold.²²³ De samme argumentene som ble behandlet under punkt 5.2.2 gjør seg gjeldende også her. Det er altså ikke grunnlag for å klassifisere aksjeinntekter som arbeidsinntekt hvis aksjen er ervervet for å opprettholde en stilling.

5.2.4 Konklusjon

Jeg nevnte tidligere at årsakssammenheng ikke er avgjørende for tilknytningen. Diskusjonen om prejudikatverdien av Nordborg-dommen gir en god illustrasjon på at heller ikke nærhet er avgjørende. Som Aarbakke er inne på, er det en viss av nærhet arbeidet og gevinsten. Men selv om det foreligger nærhet, er det ingen årsakssammenheng mellom *arbeidet* og aksjeinntektene. Som presisert i Nordborg-dommen står arbeidet helt uberørt de senere aksjeinntektene. Drøftelsene illustrerer altså at høy grad av nærhet ikke nødvendigvis er avgjørende for tilknytningsspørsmålet.

Det er av underordnet betydning om objektet er en aksje, og om formålene bak ervervet er å sikre arbeidsforholdet. Eiendomsretten er i alle tilfeller mer vektig enn skattyters hensikt og formål med ervervet. Kapitalinnsatsen er den sterkeste årsaken til innvinningen av inntekten.

Aarbakkes rigide standpunkt kan kanskje forklares i at hensyn og motiv var relevant for flere tidligere grensedragninger i norsk skatterett. Læren om aksjer i næring og regler om spekulasjonshensikt var begge regelsett som åpnet for en vurdering av skattyters formål med investeringene.²²⁴ I skattereformen av 1992 ønsket man derimot å ta konsekvensen av

²²¹ Aarbakke (1990) s. 34.

²²² *Ibid.* s. 35.

²²³ Eksempelet er kanskje noe paradoksalt; det er uansett neppe adgang arbeidsrettslig å si opp ansatte hvis de ikke erverver aksjer i arbeidsgiverselskapet.

²²⁴ Wahr-Hansen (1988) s. 43.

vurderingene som tok utgangspunkt i skattyters formål.²²⁵ Disse ble avgjort konkret og svært skjønnsmessig, noe som resulterte i en vilkårlig og sprikende praksis.²²⁶

Også i Aarbakkes doktorgradsavhandling ser man antydninger til et argumentasjonsmønster som knytter seg til hensiktene med ervervet av formuesobjektet.²²⁷ I vurderingen om gevinster skal anses som vunnet i næring, formulerte han spørsmålet om virksomhetens tilknytning til *formuesgjenstanden* gevinsten skriver seg fra, herunder hva som er formålet med selve virksomhetsutøvelsen. Et tilsvarende synspunkt er ikke videreført i grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst; det avgjørende er *gevinstens* tilknytning til arbeidsforholdet, men forhold ved formuesobjektet (f.eks. vilkårene ved ervervet) kan få betydning for gevinsten, se punkt 5.4. For tilknytningskravet på fradragssiden har imidlertid Aarbakke argumentert for at formålet med oppofrelsen må vurderes objektivt, dvs. om kostnaden objektivt sett er egnet eller tjenlig til å medføre inntekt.²²⁸ Dette standpunktet synes noe kontroversielt, og er ikke videreført i nyere juridisk litteratur.²²⁹

Etter mitt syn stenger formuleringen «ved» for at skattyters formål får avgjørende betydning i tilknytningsvurderingen. Motiv som tilknytningsgrunn finner man imidlertid i sktl. § 6-1. I denne bestemmelsen gis bare fradrag for oppofrelser gjort «for å» sikre skattepliktig inntekt. Hvis det åpnes for at inntekter som i utgangspunktet har tilknytning til en inntektskategori skal omklassifiseres på bakgrunn av formål og motiver, uthules store deler av forskjellene man finner i sktl. §§ 5-1 og 6-1. Systemhensyn tilsier derfor at betingelser som drøftet i dette punkt er mindre relevant i vurderingen av om aksjeinntekter er vunnet ved arbeid etter sktl. § 5-1 første ledd. Dette må imidlertid ikke forveksles med at betingelser i mange tilfeller kan knytte inntekten nærmere arbeidsforholdet.²³⁰ Nærhet utgjør klart et relevant moment ved grensedragningen, men betingelser som drøftet i dette punktet gjør ikke aksjeinntekter tilstrekkelig nær arbeidsforholdet.²³¹

²²⁵ Syversen (1980) s. 95.

²²⁶ Se Thommessen (1934) s. 100 som uttaler at «[i] de vel 20 år som nu er gått siden skattelovene av 1911 trådte i kraft, er det neppe noe annet spørsmål i skatteretten som har vært så ofte drøftet av domstolene som spørsmålet om hva der skal til for at en transaksjon skal inngå under næring i skattelovens forstand».

²²⁷ Aarbakke (1967) punkt 8.2.

²²⁸ Aarbakke (1990) s. 245–246.

²²⁹ Skar (2021) s. 8.

²³⁰ Jf. punkt 4.5.3.

²³¹ Jeg behandler disse spørsmålene dypere i punkt 6.3.4.4.

5.3 Aksjeerverv til underkurs

5.3.1 Innledning

Aksjer ervervet til underkurs utgjør en «fordel» jf. sktl. § 5-1 første ledd.²³² Det er imidlertid bare underkursen vunnet «ved» arbeid som utløser beskatning som arbeidsinntekt. Med mindre reglene i § 5-14 første ledd kommer til anvendelse, settes den skattepliktige fordel til differansen mellom aksjens markedspris og det skattyter betalte på ervervstidspunktet.²³³

Aksjeerverv til underkurs ligger i ytterkanten av oppgavens tema. Spørsmålet er om underkursen er skattepliktig som arbeidsinntekt, eller om det ikke utløses en skatteplikt overhodet. Det er altså ikke et spørsmål om grensen *mellom* arbeidsinntekt og kapitalinntekt.

Når jeg likevel velger å behandle problemstillingen, er det to årsaker til dette. Grensen mellom inntektskategoriene bygger på nærhetsvurderingen som først ble brukt for å trekke grensen for skattepliktige inntekter, jf. punkt 4.3. Det er heller ikke et helt skarpskåret skille mellom den ytre og indre inntektsgrense, og momentene gjennomgått under punkt 4.5 passer etter mitt syn langt på vei også for spørsmål om skatteplikt. En annen grunn til å behandle problemstillingen, er at det i teorien er argumentert for at enkelte former for aksjeerverv har en så nær tilknytningen til arbeidsforholdet at aksjeinntekter fra slike må klassifiseres som arbeidsinntekt.²³⁴ For å opprettholde de ansattes kompetanse kombineres ofte slike erverv med en underkurs. Fordi verdien på aksjer ofte er utsatt for store svingninger, er det også viktig å avgjøre hvilket tidspunkt aksjen skal anses innvunnet på.²³⁵

Jeg konsentrerer meg derfor om to problemstillinger: Om det har noen betydning for skatteplikten at det er gjort innskrenkninger i aksjeeiet ved aksjeerverv til underkurs (punkt 5.3.2), og om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom underkursen og arbeidet (5.3.3).

For at en underkurs skal skattlegges som arbeidsinntekt må aksjen være kjøpt til en pris lavere enn markedsverdien. Slike spørsmål er ofte krevende å fastslå i praksis, men det faller utenfor rammen av denne fremstillingen å gå nærmere inn på verdsettelsesspørsmål. Det er også sikker rett at arbeidstakers aksjesalg til arbeidsgiver med

²³² Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) s. 765.

²³³ Zimmer mfl. (2019) s. 600.

²³⁴ Hammerich/Jøtun (2019) s. 55.

²³⁵ Folkvord mfl. (2018) s. 295.

overkurs er en «fordel vunnet ved arbeid», jf. § 5-1 første ledd.²³⁶ Den skattepliktige fordel settes til forholdet mellom markedsprisen og salgspris. Begrunnelsen er logisk: Arbeidsgiver skal ikke kunne maskere lønn eller bonuser ved å selge eiendeler til rabatt.²³⁷

5.3.2 Betydningen av innskrenkinger i aksjeeiet

Ved aksjekjøp i arbeidsforhold stiller ofte arbeidsgiverselskapet vilkår til underkursen. Ervervet kan betinges av at aksjen ikke kan avhendes før et visst antall år, eller at ulike rettigheter gradvis opparbeides i tråd med utført arbeid. Eksempler på det siste kan være rett til utbytte, avhendelse eller stemmerett på generalforsamling.²³⁸ I litteraturen har Hammerich/Jøtun argumentert for at erverv der rettighetene gradvis gjøres tilgjengelig for arbeidstakeren i tråd med utført arbeid, innebærer en risiko for at hele eller deler av aksjeinntektene klassifiseres som arbeidsinntekt fordi tilknytningen til arbeidsforholdet er for nær.²³⁹ Fokus i dette punkt er hvilken betydning innskrenkinger i aksjeeiet har for klassifiseringen av underkursen.

Skatteloven § 5-1 første ledd regulerer ikke betydningen av at en fordel har betingelser: Det kan foreligge en «fordel» selv om arbeidstakeren ikke før senere får disponere fullt ut over aksjen.²⁴⁰ Det er likevel sikker rett at innvinningsbegivenheten for aksjekjøp til underkurs er på ervervstidspunktet.²⁴¹ Dette er når skattyter mottatt de vesentlige eierbeføyelser til aksjen, som f.eks. mulighet til å ta ut utbytte, stemme på generalforsamling, får rettigheter til pantsettelse mv.²⁴²

Det avgjørende for både klassifiseringen av underkursen og de senere aksjeinntektene, er altså at skattyter har *ervert* aksjen. Dersom aksjen er ervert og ervert tilfredsstillende visse krav til risiko, jf. nedenfor i punkt 5.4.3, kan aksjeinntekter fra slike ordninger neppe anses arbeidsinntekt, selv med gradvis overføring av aksjerettigheter i tråd med utført arbeid.

En annen sak er at manglende overføring av sentrale rettigheter gjennomgående taler mot at det har skjedd et erverv. Praksis viser likevel at arbeidsgiver står temmelig fritt til å begrense

²³⁶ Zimmer mfl. (2019) s. 598.

²³⁷ Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) side 1748.

²³⁸ Hammerich/Jøtun (2019) s. 55.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Skatteloven § 5-14 første ledd – som i utgangspunktet bare er en beregningsregel – forutsetter at ervervstidspunktet er innvinningsbegivenheten ved aksjekjøp til underkurs i arbeid.

²⁴¹ Rt. 2010 s. 999 (First) avsnitt 40.

²⁴² Skatte ABC 2020 3. utgave s. 368.

aksjerettighetene uten at det har noen påvirkning på den senere beskatningen. Salgsforbud, salgsplikt, medsalgsplikt eller andre omsetningsbegrensninger utgjør i utgangspunktet bare en verdireducerende effekt.²⁴³ I praksis stilles det nemlig svært små krav til overføring av eierrettigheter for at aksjen må anses ervervet av skattyter.²⁴⁴ I retts- og ligningspraksis er det antatt at restriksjoner på aksjeeiet bare utgjør en verdireducerende effekt, med den konsekvens at den skattepliktige fordelingen blir mindre, med tilsvarende lavere beskatning.²⁴⁵

Foreløpig er det uklart hvor omfattende begrensninger arbeidsgiverselskapet kan påhefte aksjen for at det ikke kan sies å ha skjedd et erverv. Hvis aksjen ikke anses ervervet før på et senere tidspunkt, vil også verdistigninger på aksjen *frem til* aksjen er ervervet skattlegges som arbeidsinntekt. I Rt. 1984 s. 714 (Tveito) mottok skattyter i forbindelse med et dødsfall flere aksjer til underkurs. Overdrageren betinget seg imidlertid av pensjonsrett i selskapet for seg selv, hustruen og en funksjonshemmet datter. Først når de gjenlevende avgikk med døden, ville skattyter kunne disponere over aksjene. Høyesteretts flertall kom til at underkursen ikke var innvunnet på overtakelsestidspunktet. I forarbeidene til skatteloven av 1911 fremgår det at ervervstidspunktet er «når den ansatte har tilstrekkelig råderett over aksjene til å selge disse videre.»²⁴⁶ Uttalelsen er kritisert av Zimmer, som fremhevet at «et forbud mot å selge aksjene i noen år fremover, ikke kan avskjære periodisering ved ervervet.»²⁴⁷ Hvor store innskrenkninger i ervervet som medfører utsatt beskatning er foreløpig uklart.²⁴⁸

Spørsmålet har enkelte paralleller til den svenske värdepappersregeln. Regelen, som er inntatt i inkomstskattelag (1999:1229) 10 kap. § 11, fastsetter at den som «på grund av sin tjänst förvärvar värdepapper på förmånliga villkor» skal skattlegges «det beskattningsår då förvärvet sker.» I flere avgjørelser har Högsta förvaltningsdomstolen drøftet betydningen av fordelaktige aksjeerverv påheftet rådighetsinnskrenkninger og andre betingelser.²⁴⁹ På bakgrunn av den foreliggende praksis skal innskrenkningene være betydelige før det kan sies å ikke ha skjedd et

²⁴³ Folkvord mfl. (2018) s. 294 er negativ til at salgsbegrensninger utgjør en verdireducerende effekt.

²⁴⁴ Salgsplikt ved opphør av arbeidsforholdet er irrelevant i vurderingen av om aksjeinntekter må klassifiseres som arbeidsinntekt, jf. Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) s. 768.

²⁴⁵ Skatte-ABC 2020 3. utgave s. 13 med videre henvisninger til LB-2004-2435.

²⁴⁶ Ot.prp. nr. 72 (1983–1984) s. 2.

²⁴⁷ Zimmer (1986) s. 275.

²⁴⁸ Zimmer (2018) s. 353.

²⁴⁹ SOU 2016: 23 s. 125.

«förvärv». Til tross for store mengder rettspraksis, er det også i Sverige uklart hvilke innskrenkninger i aksjeeiet som utsetter beskatningen.

Jeg antar at løsningen i Norge i de fleste tilfeller vil være lik som i Sverige, selv om den sktl. § 5-1 gir større rom for fleksibilitet enn den svenske värdepappersregeln. Det er likevel ikke gitt at fleksibilitet utelukkende er positivt: Hensynet til forutberegnelighet tilsier at skatteplikt bør knyttes opp mot konkrete begivenheter og ikke vage bestemmelser. På den andre siden illustrerer praksisen fra Sverige at heller ikke dette alltid er like vellykket, noe som reflekteres gjennom en omfattende praksis som har resultert i flere forslag til lovendringer.²⁵⁰

En interessant parallell er den skattemessige behandlingen av ansattefond. For å beholde viktige ansatte gir en rekke selskaper bonuser som innskudd i ansattefond. Ofte knyttes det vilkår til innskuddene slik at avkastningen først kan tas ut etter et visst antall år med utført arbeid e.l. I UTV-2007-460 antar departementet at det i enkelte saker ikke er innvunnet noen fordel før betingelsene er oppfylt.²⁵¹ Vilkår som utsetter beskatningen er blant annet å være «ansatt i en viss minimumsperiode, ved en viss oppnådd alder eller en gitt fremtidig dato for å kunne innløse andelen eller disponere over den på annen måte». Når retten til ytelser fra fondet avhenger av at betingelser oppfylles, legges det til grunn at det ikke skjer en beskatning før vilkårene er innfridd. Dersom fondet i løpet av restriksjonsperioden genererer avkastning vil hele det utagbare beløpet skattlegges som arbeidsinntekt. Dette står i sterk kontrast til aksjeerverv til underkurs i arbeidsforhold. Det kan problematiseres om den skattemessige behandlingen av betingelser knyttet til ansattefond og aksjeerverv er rettferdig sett hen til likheten i fordelens karakter. Det er en ubegrunnet konkurransefordel for bedrifter som er i posisjon til å selge aksjer til ansatte: Viktige ansatte får erverve aksjer i arbeidsgiverselskapet, men gjennom strenge rådighetsinnskrenkninger gjøres aksjen uomsettelig en periode etter ervervet. Arbeidstakeren stimuleres til fortsatt arbeid i selskapet, samtidig som bindingen ikke medfører utsatt beskatning. Det er normalt bare større selskaper som har mulighet til å selge aksjer til ansatte. Særlig i lys av lovgivers prioriteringer av gunstige regler for mindre oppstartsselskaper de senere årene, kan den ulike behandlingen neppe sies å være velbegrunnet.²⁵²

²⁵⁰ SOU 2016: 23 s. 117 flg.

²⁵¹ Avgjørelsen er fulgt opp i BFU-2008-49 og nyere praksis.

²⁵² Sktl. § 5-14 fjerde ledd gir gunstige regler for beskatningen av opsjoner i små oppstartsselskaper. I revidert statsbudsjett av 11. mai 2021 fremgår det at departementet vil sende på høring til forslag en ny, enklere og gunstigere ordning for slike selskaper, jf. Meld. St. 2 (2020–2021) s. 10.

5.3.3 Underkursen må ha tilknytning til arbeid

5.3.3.1 Innledning

Underkursen må være vunnet «ved arbeid» for å utløse beskatning etter § 5-1 første ledd. Som nevnt må det settes en grense mot erverv som ikke har tilknytning til arbeidet. Hvorvidt tilknytningskravet er oppfylt, må avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering av omstendighetene på ervervstidspunktet, jf. punkt 4.5.²⁵³ Nedenfor undersøker jeg noen momenter som er relevant i vurderingen av om en underkurs har tilknytning til arbeid.

5.3.3.2 Partenes forhandlingssituasjon

Underkursen vil ofte være et utslag av partenes forhandlingssituasjon. I vurderingen av om forhandlingssituasjonen har tilknytning til arbeid, må det trekkes et hovedskille mellom to tilfeller. Hvis forhandlingssituasjonen skyldes skattyters personlige kompetanse og kvalifikasjoner, må underkursen regnes vunnet ved arbeid. Når en nøkkelansatt får tilbud fra et konkurrerende firma og av den årsak gis mulighet for å erverve aksjer til underkurs i arbeidsgiverselskapet, må underkursen klart nok være vunnet ved arbeid. Dersom forhandlingssituasjonen derimot skyldes forhold utenfor skattyters personlige kompetanse, kan underkursen ikke skattlegges som arbeidsinntekt. Spørsmålet om tilknytning har likevel kommet på spissen i flere saker.

Et grensetilfelle kom på spissen i den danske avgjørelsen inntatt i Skat 1999.840 LSR. I saken skulle eierne av et aksjeselskap foreta en kapitalforhøyelse. Formålet var å forberede virksomheten for et senere generasjonsskifte. På bakgrunn av forhandling mellom aksjonærene og de ansatte, ble en ansatt tilbudt tegningsrett til en kurs på 160 DK. Årsaken var at medarbeideren hadde fått tilbud om jobb av en konkurrerende virksomhet. Ligningsrådet tok hensyn til goodwillen i selskapet og forhøyet kursen til 1689 DK. Landsskatteretten kom likevel til at kursavtalen var inngått mellom uavhengige parter, og konkluderte med at avtalen på 160 DK ikke kunne justeres. Etter min oppfatning er det tvilsomt om resultatet hadde blitt det samme i norsk rett. Den gunstige forhandlingssituasjonen er en konsekvens av skattyters kvalifikasjoner: Det er nemlig verdien for skattyters fremtidige arbeid som er årsak til underkursen, og uten kvalifikasjonene ville ikke vedkommende vært ettertraktet i

²⁵³ Zimmer mfl. (2019) s. 599.

jobbmarkedet. I norsk rett er det nærliggende å anta at underkursen ville blitt skattlagt som arbeidsinntekt i Skat 1999.840 LSR.

Avgjørelsen fra LG-2011-52318 indikerer kanskje at løsningen i norsk rett er likere enn jeg antydte ovenfor. I saken hadde skattyter i forbindelse med en kapitalforhøyelse i et investeringsselskap ervervet aksjer til underkurs. Investeringen var risikabel, fordi aktiva ble kjøpt fra flere konkursbo som ingen ville disponere over. Lagmannsrettens flertall konkluderte med at det dreide seg om en gavelignende disposisjon fra de andre innskyterne og at underkursen derfor ikke var vunnet ved arbeid etter sktl. § 5-1 første ledd. Flertallets begrunnelse er imidlertid ikke overbevisende. Er underkursen vunnet ved arbeid når de andre aksjonærene skyter inn din andel *fordi* du er en avgjørende ansatt?

På dette punkt delte lagmannsretten seg. Mindretallet vektla at årsaken til skattyter fikk tegne aksjer til underkurs var hans helt nødvendige kompetanse og nedlagte arbeidsinnsats for videre drift. Det er vanskelig å se at innskyterne, hvor den ene riktignok var skattyters bror, og den andre en nær venn, ønsket å gi skattyter en gavelignende disposisjon hvis det ikke var for hans kompetanse til å redde selskapet. Hvis det ble funnet bevist at innskuddet var foretatt for at skattyter skulle redde selskapet gjennom sin kompetanse, må underkursen etter mitt syn skattlegges som arbeidsinntekt.²⁵⁴ Fordel vunnet ved «arbeid» omfatter helt klart gavelignende disposisjoner gitt for å sikre arbeidsprestasjoner i fremtiden, og selv om bevisituasjonen på dette punkt er noe uklar, er det etter mitt syn vanskelig å se hvorfor de andre kapitalinnskyterne ønsket å gi Førsund gunstige vilkår hvis det ikke var for å opprettholde hans kompetanse. Selv om saken ikke ble tillat fremmet av Høyesterett, jf. HR-2012-734-U, er det vanskelig å harmonere den med det liberale kravet som stilles til skatteplikt, jf. punkt 4.3. I andre saker må det legges til grunn at underkurser gitt for å opprettholde arbeidskompetanse må skattlegges som arbeidsinntekt.

5.3.3.3 Selgers økonomiske situasjon

Det kan tenkes at arbeidsgiver eller andre med tilknytning til skattyters arbeid er i en økonomisk krevende situasjon, og at aksjesalget derfor er nødvendig for å redde virksomheten fra mislighold, illikviditet eller konkurs. Dersom underkursen oppstår som en følge av økonomiske

²⁵⁴ Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 72 og punkt 4.5.5 om betydningen av hvilket subjekt fordelene kommer fra i tilknytningsvurderingen.

problemer hos selger, kan underkursen ikke skattlegges som arbeidsinntekt. Momentet henger nært sammen med partenes forhandlingssituasjon; arbeidsgiver vil normalt ha en dårlig forhandlingssituasjon *fordi* de befinner seg i en krevende økonomisk situasjon.

En god illustrasjon på dette gis i LB-2014-145049. I saken var to ansatte gitt mulighet til å tegne aksjer til underkurs i arbeidsgiverselskapet. Selskapet hadde akutt behov for sikkerhetsstillelse i forbindelse med et låneopptak, og de ansatte var de eneste som var villige til å stille opp som garantister. Fordi de ansatte utsatte seg for en klar risikoeksponering, ble aksjonærene i selskapet enig om å etablere en tilleggsavtale. Avtalen skulle kompensere sikkerheten for lånefinansieringen gjennom aksjesalg til underpris. Lagmannsretten konkluderte med at det forelå en «fordel», men at den ikke var vunnet ved arbeid. Det ble lagt vekt på at prisen var gunstig fordi arbeidstakerne hadde stilt sikkerhet for selskapets gjeld. Lagmannsretten så bort fra at ansettelsesforhold var en forutsetning for å stille som garantist i selskapet. Når fordelene i form av tegningsretter hadde karakter å være vederlag for kontraktsrettslige forpliktelsen påtatt i kraft av å være garantist, ble selve ansettelsesforholdet mer fjernt og avledet. I teorien har Stoveland mfl. argumentert for at underkursen burde vært skattlagt som fordel vunnet ved kapital, noe jeg er enig i.²⁵⁵

Når ervervet innebar en betydelig risiko for selskapets gjeld, som i LB-2014-145049, kan det diskuteres om det egentlig forelå en «fordel» etter § 5-1. Det er ikke en «fordel», bare fordi en investering senere viser seg å være vellykket slik at ansvar ikke utløses.²⁵⁶

5.3.3.4 Ervervets forretningsmessige verdi

Normalt vil partenes forhandlingssituasjon og økonomiske forhold hos selger gi anvisning på om underkursen har tilknytning til arbeid. I andre tilfeller kan vurderingen være mer krevende. Dersom det er tvil om underkursen har tilknytning til arbeid, kan det være aktuelt å undersøke ervervets forretningsmessige verdi. Hvis ervervet har en legitim forretningsmessig begrunnelse, har Høyesterett i andre sammenhenger vært avvisende til å oppstille skatteplikt som arbeidsinntekt, selv om det foreligger en viss nærhet til arbeidet.

²⁵⁵ Stoveland mfl. (2020) punkt 2.3.4.1.

²⁵⁶ Skattemyndighetene har visstnok vist velvillighet til å skattlegge ulike avkastningsprofiler strengt først etter at investeringen viser seg å være vellykket, se Hammerich/Jøtun (2019) s. 54.

Til tross for høy grad av nærhet mellom arbeidsprestasjonene og suksesshonoraret i Rt. 2015 s. 1260 (Herkules), synes Høyesterett å legge vekt på at utbetalingen var ledd i en legitim forretningsmessig begrunnelse som ikke hadde skatteformål for øye (avsnitt 61 og 66). Saken omhandlet riktignok ikke aksjer til underkurs, men fordi spørsmålet var om utbetalingen i det hele tatt var skattepliktig som arbeidsinntekt, er det likheter med ordinære underkurstillfeller.²⁵⁷ Honorarets nærhet til skattyternes arbeid i Herkules-dommen var neppe særlig mindre enn i sakene om beskatningen av stille deltakerne i Rt. 2009 s. 105 (Enskilda) og Rt. 2010 s. 527 (BCG). I de to siste sakene var det brakt på det rene at avkastningen i størst mulig grad skulle reflektere godtgjørelsen for arbeid; oppsettet hadde altså en begrenset forretningsmessig begrunnelse.²⁵⁸ Men nærheten mellom utbetalingene og arbeidsprestasjonen synes ikke å være særlig ulik i de nevnte sakene. En mulig forklaring på at avkastningen i Enskilda- og BCG-dommene hadde tilknytning til arbeidsforholdet, kan være at honoraret i Herkules-dommen hadde en legitim forretningsmessig begrunnelse som gjorde tilknytningen til arbeidet mer fjern og avledet. Avgjørelsene lest i sammenheng tilsier etter mitt syn at det i vurderingen av om underkursen er vunnet ved arbeid kan være relevant å se hen til ervervets selvstendige forretningsverdi.

At ervervets forretningsmessige begrunnelse er relevant i vurderingen av om underkursen er vunnet ved arbeid forutsettes i LB-2011-163392. I saken hadde skattyter i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse fått kjøpe aksjer til underkurs i en periode over 10 år. Den siste overdragelsen på 49 prosent skjedde til en pris lavere enn omsetningsverdien. Lagmannsretten konkluderte med at underkursen ikke var vunnet ved arbeid. Det ble lagt vekt på at formålet med ervervene var å overdra virksomheten til en ny eier. Tilknytningen til arbeidsforholdet ble svekket ved at siktemålet med aksjeoverdragelsene var å overdra virksomheten til ny eier. Det forhold at vedkommende også var ansatt i selskapet, var da ikke tilstrekkelig for å anse fordelene som vunnet ved arbeid.

Avgjørelsen må etter mitt syn forstås som at overdragelsen var legitim og forretningsmessig begrunnet. Virksomheten skulle overdras over flere år, og verdiene på aksjene og selskapet var omtvistet. Til tross for at avgjørelsens begrensede rettskildemessige vekt, bekrefter den etter mitt syn at det ved tvil om underkursens tilknytning er relevant å vektlegge ervervets

²⁵⁷ Skattepliktig oppstod ved utbytte fra skattyternes holdingsselskaper.

²⁵⁸ Jf. Enskilda-dommen avsnitt 77 og BCG-dommen avsnitt 45.

forretningsmessige verdi. Dersom underkursen derimot tar sikte på å kompensere skattyter for utførte arbeidsprestasjoner, vil derimot tilknytningskravet klart være oppfylt.

Det kan reises innvendinger mot enkelte deler av lagmannsrettens votum. Domstolen kommenterte at det forelå tilstrekkelig tilknytning hvis «fordelen [dvs. underkursen] objektivt fremstår som substitutt for eller supplement til ordinær lønn til en arbeidstaker». Formuleringen indikerer at domstolen likestiller lønn og underkurs, og overser at «fordel vunnet ved arbeid» har et videre nedslagsfelt enn ordinær lønn. Etter mitt syn har dommen et forfeilet syn på at arbeidsinntekt forutsetter et kompensasjonselement, men hvis underkursen tar sikte på å kompensere skattyter vil tilknytningskravet klart være oppfylt.

5.4 Aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger. Særlig om risiko

5.4.1 Innledning

Når ansatte får erverve aksjer i arbeidsgiverselskapet kalles dette ofte en medinvesteringsordning. Formålet med investeringsordninger er at den ansatte får økt arbeidsinnsats og motivasjon til å bidra til selskapets verdistigning.²⁵⁹ Den ansatte får dessuten økt tilhørighet til selskapet gjennom muligheten til å ha innflytelse på selskapets fremtidige utvikling.²⁶⁰ Salg av aksjer er dessuten mindre belastende for selskapets likviditet, fordi arbeidsgiverselskapet unngår arbeidsgiveravgift.²⁶¹ Både arbeidsgiver og arbeidstaker har derfor interesse i at arbeidstaker erverver aksjer i arbeidsgivende selskap.²⁶² Ofte kombineres ervervet med ulike investeringsordninger, som en ekstraordinær avkastningsprofil eller andre spesialtilpassede vilkår.²⁶³

I dette punktet skal jeg undersøke hvilke omstendigheter som er relevant for klassifiseringen av aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger, med særlig vekt på betydningen av ervervets risiko. Problemstillingen tar som nevnt utgangspunkt i aksjer, men fremstillingen søker også å

²⁵⁹ Zimmer mfl. (2019) s. 595.

²⁶⁰ Dokument nr. 8:27 (2008–2009) s. 3.

²⁶¹ Zimmer mfl. (2019) s. 596–597.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Hammerich/Jøtun (2019) s. 54.

belyse risikoargumentet prinsipielt. Det er irrelevant om arbeidsgiverselskapet sikrer boligen, bilen, bankinnskuddet eller aksjen for nedsiderisiko.

Først ser jeg nærmere på det når aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger må anses vunnet ved arbeid (punkt 5.4.2). Deretter undersøker jeg nærmere hvilke krav som stilles til risiko før aksjeinntekter må klassifiseres som arbeidsinntekt (punkt 5.4.3). Avslutningsvis drøfter jeg ulike aspekter ved problemstillingen, herunder hvorfor den oppstår og mulige løsninger (punkt 5.4.4).

5.4.2 Når må aksjeinntekter fra medinvesteringsordninger klassifiseres som arbeidsinntekt?

Hovedregelen er at aksjeinntekter i form av utbytte og gevinst skattlegges som kapitalinntekt, jf. sktl. § 5-1 første og andre ledd. Det er ingen spesialbestemmelser som hjemler beskatningen av aksjeinntekter når ansatte erverver aksjer i arbeidsgivende selskap utenfor underkurs- og opsjonstilfellene, og ervervet er av sammensatt karakter. Med sammensatt karakter mener jeg investeringsordninger som består av komplekse finansierings- og utmålingsmetoder, gjeldsslettingsklausuler ved tilbakelevering av aksje mv.

Det typiske kjennetegnet på en kapitalinntekt er at det er gjort en kapitalinvestering.²⁶⁴ En kapitalinvestering forutsetter at kapital bindes opp, og påvirkes av markedssvingninger og inflasjon.²⁶⁵ Disse omstendighetene ligger utenfor skattyter og arbeidsgivers kontroll.²⁶⁶ Som jeg kommer tilbake til nedenfor, har Høyesterett i enkelte saker lagt til grunn at aksjegevinster må regnes arbeidsinntekt, jf. § 5-1 første ledd.²⁶⁷ Sakene har i sin rene form omhandlet grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst, og spørsmålet om omklassifisering av utbytte har vært behandlet. Etter mitt syn er samme argumentasjonsmønster også relevant for omklassifisering av utbytte, og jeg behandler derfor aksjeinntekter samlet.²⁶⁸

²⁶⁴ Det finnes riktignok enkelte unntak fra dette utgangspunktet. Blant annet er inntekter fra fremleie vunnet ved kapital, jf. Skar (2019) s. 478.

²⁶⁵ Knuutinen (2018) s. 68 med videre henvisninger. Mer nyansert, se Zimmer (2020a) s. 749 note 24.

²⁶⁶ Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 63 og 76.

²⁶⁷ Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) og Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans).

²⁶⁸ Dette er også oppfatningen i skatterettslitteraturen, se f.eks. Zimmer mfl. (2019) s. 603 og Balsvik (2016) s. 18.

I Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith) hadde ledende ansatte i et selskap tegnet aksjer i selskapet mot å betale omtrent 10 kr. per aksje. Beløpet utgjorde en underkurs på 133,02 kr., fordi aksjenes matematiske verdi ved tegningen var på 143,02 kr. Avtalen inneholdt salgsbegrensninger, slik at salg av aksjene bare var mulig ved opphør av arbeidsavtalen. Utsalgsbeløpet skulle fastsettes etter en formel som i all hovedsak utgjorde en matematisk verdi med fradrag for underkursen.²⁶⁹ Dette medførte at skattyternes risiko var begrenset til det investerte beløp per aksje, dvs. 10 kr. Et viktig poeng er imidlertid at finansieringsformen – som reelt utgjorde en kreditt – ikke var skattlagt. Denne formen for kreditt anså flertallet som en fordel vunnet ved arbeid, men kreditten var ikke tatt opp til behandling i saken, og av prosessuelle årsaker var Høyesteretts kompetanse på dette punkt begrenset. På den andre siden tilfalt verdistigningen på aksjene ut over det matematiske beløpet på ervervstidspunktet de ansatte fullt ut, og ved salg av aksjene fire år etter, fikk de utbetalt mellom 230.000 kr. og 380.000 kr. Ligningsmyndighetene skattla verdistigningen som arbeidsinntekt, men under dissens opphevet Høyesterett ligningen. Førstvoterende la vekt på at de ansatte hadde en risiko på lik linje med andre aksjonærer og uttalte (side 767):

«Men i forhold til adgangen til å delta i fremtidig verdiutvikling i selskapet kan jeg ikke se at de ankende parter utsatte seg for noen mindre risiko enn det som gjelder for aksjonærer flest.»

Utsagnet kan diskuteres. Enhver aksjonær med samme aksje vil ha tapsrisiko for all investert kapital, dvs. 143,02 kr. per aksje. De ansattes risiko var derimot begrenset til 10 kr. Det er temmelig klart at de ansattes tapsrisiko var vesentlig mindre enn for de øvrige aksjonærene. Med litt velvillighet kan imidlertid førstvoterende forstås som at det investerte beløpet *i seg selv* var like mye preget av markedssvingningene som aksjonærenes aksjer. Poenget med uttalelsen må altså være at investeringen ikke var sikret gjennom garantiordninger eller opsjoner.

Staten anførte fire ulike grunnlag for at gevinsten skulle skattlegges som arbeidsinntekt: At ervervet ikke hadde ordinær risiko, at de ansatte ikke hadde forkjøpsrett, at kreditten ikke var skattlagt og at de ansatte hadde salgspålegg ved opphør av arbeidsforholdet. Flertallet konkluderte med at statens anførte argumenter «[...]verken enkeltvis eller samlet kan lede til at den

²⁶⁹ En alternativ innfallsvinkel kan være å legge til grunn en økonomisk betraktning, slik at reglene om opsjonsbeskatning kom til anvendelse på realisasjonstidspunktet, se Gjems-Onstad (2001) s. 68.

kapitalgevinsten [...] kan beskattes som fordel vunnet ved arbeid» (side 768–769), selv om anførselene kun ble behandlet isolert. Zimmer har holdt åpent for at resultatet kunne blitt annerledes dersom førstvoterende hadde behandlet anførselene samlet og ikke hver for seg.²⁷⁰ Han mener at problemformuleringen gjør at det sentrale, nemlig avtaleverket, kommer i bakgrunnen for Høyesteretts argumentasjon.

Rettskildemessig er fraværet av risiko antakelig statens mest plausible argument for at gevinsten er vunnet ved arbeid. Høyesteretts fremheving av risiko som moment i tilknytningsvurderingen kan etter mitt syn legitimeres gjennom likhetsprinsippet. En alminnelig aksjonær som har betalt markedspris for tilsvarende aksje skattlegges på samme måte, men har likevel større risiko for tap. Og fordi alle aksjonærer – uavhengig av aksjeervervets opphav – etter likhetsprinsippet *bør* ha samme risiko for gevinst og tap, taler rettferdighetssyn for ulik beskatning. Særfordelene fraværet av risiko gir erververen er betinget av arbeidsgivers ordninger. Synspunktet bygger på en sammenligningsbetraktning: Normaltilfellet av aksjeinntekter er knyttet til risiko, mens normaltilfellet av arbeidsinntekt er knyttet til arbeidsinnsats.²⁷¹ Hvis risikoelementet er fraværende, og arbeidsinnsatsen er en sentral faktor for aksjeordningen, leder dette inntekten nærere arbeidsforholdet.

Når Høyesterett ikke anser risikoargumentet som tilstrekkelig tungtveiende, er konklusjonen etter mitt syn forsvarlig. De øvrige anførselene kan neppe anses relevant i tilknytningsspørsmålet, og jeg er derfor av den oppfatning at resultatet neppe hadde blitt noe annet dersom anførselene ble behandlet relasjonelt.²⁷² At kreditten ikke ble skattlagt, kan vanskelig tillegges vekt i tilknytningsspørsmålet, fordi det må presumeres at slike fordeler normalt tas opp til beskatning i andre tilfeller. Skattemyndighetens forsømmelser utgjør ikke et relevant moment i tilknytningsvurderingen.

Hva staten mener med sin andre anførsel – forholdet til forkjøpsretten for de tidligere aksjonærer i selskapet – er ikke lett å si.²⁷³ At forkjøpsretten til skattyterne var dårligere stilt enn de tidligere aksjonærene, kunne i utgangspunktet tenkes å harmonere godt med et fravær av inntektskategoriens typiske karakteristikk. Regler om innløsning og forkjøpsrett er fravikelig i vedtekter. Dette står sterkt i fravær til risikoen ved ervervet, som ikke bare er et

²⁷⁰ Zimmer (2001b) s. 280.

²⁷¹ Jf. punkt 4.5.4.

²⁷² Zimmer har blant annet vært kritisk til at domstolen ikke foretok en helhetlig vurdering av anførselene, se Zimmer (2001b) s. 280.

²⁷³ Zimmer (2001b) s. 279 fremhever at argumentet «var mer spesielt.»

typisk kjennetegn, men også realøkonomisk i tråd med grunnleggende prinsipper om kapitalgevinster. Forkjøpsrett utgjør derfor ikke et relevant tilknytningspunkt ved spørsmål om aksjeinntekter har tilknytning til arbeid; det er et faktisk og ikke rettslig kjennetegn på et aksjeeie.

At Høyesterett ikke anså salgspflicht ved opphør av arbeidsforholdet som relevant i vurderingen av om gevinsten var vunnet ved arbeid, innebærer en avvisning av at høy grad av sammenheng og nærhet til arbeidsforholdet *i seg selv* er tilstrekkelig for at gevinsten skal skattlegges som arbeidsinntekt. Dette harmonerer godt med løsningen i Rt. 1922 s. 523 (Nordborg). Som jeg kommer tilbake til i punkt 6.2.2.4, er det en annen sak at utbytte o.l. hvor utbyttestørrelsen justeres i tråd med utførte arbeidsprestasjoner, normalt medfører en klassifisering som arbeidsinntekt.

Vi står da igjen med ett avgjørende argument for klassifisering av aksjeinntekter som arbeidsinntekt – nemlig fraværet av risiko. Når flertallet først ikke anser fraværet av risiko på investeringen som relevant i saken, kan konklusjonen etter min mening forsvares. I Kruse Smith-dommen aksepterte Høyesterett uansett at aksjeinntekter i enkelte tilfeller kan må klassifiseres som arbeidsinntekt dersom risikoen ved ervervet er sterkt redusert eller fraværende.²⁷⁴

At risiko er relevant i tilknytningsvurderingen kommer forutsetningsvis til uttrykk i skatteloven § 5-14 tredje ledd. Bestemmelsen regulerer aksjeopsjoner ervervet i arbeidsforhold. Etter innløsningen av opsjonen påhviler risikoen for verdisvingninger fullt ut den ansatte. Å ta del i markedsutviklingen er av lovgiver ansett som en fordel vunnet ved arbeid: Ut over kostprisen har nemlig ikke opsjonen noen nedsiderisiko før innløsning. Dersom lovgiver ikke anerkjente risikofravær som en relevant arbeidsfordel, hadde reguleringen av opsjoner i sktl. § 5-14 tredje ledd vært unødvendig. Reguleringen bekrefter at risikofraværet ikke bare utgjør et pragmatisk utslag av Høyesteretts rettsavklarende virksomhet, men også har forankring i skattelovens system.²⁷⁵

Kort tid etter Kruse Smith-dommen falt avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans). Saken sementerer i hovedsak Kruse Smith-dommen og betydningen av risiko for klassifiseringen av aksjeinntekter. I saken hadde tre partnere i et selskap ervervet aksjer i arbeidsgivende selskap (Pre Finans) på gunstige vilkår. Aksjene var betalt gjennom lån fra

²⁷⁴ Slik også Zimmer (2018) s. 399.

²⁷⁵ I revidert nasjonalbudsjett av 11. mai ble det lagt frem store endringer beskatningen av ansatteopsjoner. I hovedtrekk foreslås det at en gevinst ved innløsning ikke skal skattlegges som arbeidsinntekt, men som kapitalgevinst. I tillegg foreslås det ingen skattlegging før på realisasjonstidspunktet, se Meld. St. 2 (2020–2021) s. 12. Etter någjeldende regler skattlegges opsjonen på innløsningstidspunktet og den gevinsten regnes som arbeidsinntekt.

Realkreditt, selskapet som opprettet Pre Finans. Avtalen mellom partnerne og selskapene fastsatte at aksjene ved arbeidsforholdets opphør måtte selges til hovedaksjonæren til en på forhånd avtalt pris; de tre første årene skulle aksjenes verdi leveres tilbake mot at gjelden ble slettet, og de tre påfølgende årene skulle salget skje til substansverdi med et tillegg på 25 prosent hvert år opp til 75 prosent det sjette året.

At risikoen ved ervervet var et avgjørende spørsmål for klassifiseringen fremgår allerede av førstoverende innledning: «Et hovedspørsmål i saken er hvorvidt partnerne i Pre Finans hadde dekket inn all risiko knyttet til sine aksjekjøp gjennom gjeldsslettingsklausulen» (side 1745). Høyesterett konkluderte med at risikoen for tap «var nokså teoretisk» (side 1745) og kom til at aksjegevinsten måtte ses som en fordel vunnet ved arbeid. Avtalen gjorde at vederlaget hadde nokså lite tilknytning til markedsverdien på aksjene; gevinsten ble løsrevet fra et ordinært aksjesalg.²⁷⁶

Dommene gir prinsipiell avklaring på at risikoeliminering kan føre til at inntekter som i utgangspunktet har karakter av å komme fra et kapitalobjekt likevel kan beskattes som arbeidsinntekt dersom arbeidsforholdet tilrettelegger for inntekten.²⁷⁷ Det er særlig to forhold ved arbeidsgivers investeringsordning som gjør at slike inntekter etter en helhetsvurdering kan klassifiseres som arbeidsinntekt: At risikoen for tap helt eller delvis er eliminert, samt at gevinst og utbytte er løsrevet fra ordinær markedspris.²⁷⁸ I både Kruse Smith og Pre Finans behandles disse forholdene isolert, men likevel slik at spørsmålet om omklassifisering behandles ut fra en helhetsvurdering. Det kan diskuteres om innholdet i momentene er overlappende. Eliminering av tapspotensial henger ofte nært sammen med utmålingen av gevinsten: Når arbeidstaker erverver aksjer i arbeidsgivende selskap til markedspris med en klausul om at han ved salg uansett vil få kjøpesummen tilbake, er dette i praksis risikoeliminering *gjennom* utmålingsmekanismer.

Flere teoretikere hevder at Høyesterett i Pre Finans-dommen fraviker Kruse Smith-dommen.²⁷⁹ Det er vanskelig å se at Høyesterett mente å fravike Kruse Smith-dommen; premissene inneholder ingen distansering fra den tidligere avgjørelsen. Hvis utgangspunktet er at en underkurs beskattes på ervervstidspunktet og at lån fra arbeidsgiver beskattes fra

²⁷⁶ Zimmer (2018) s. 397.

²⁷⁷ Slik også Zimmer mfl. (2019) s. 598.

²⁷⁸ Zimmer (2018) s. 399–400.

²⁷⁹ Folkvord mfl. (2018) s. 253.

tegningstidspunktet, kan det likevel spørres hva som er igjen av Kruse Smith-dommen.²⁸⁰ I slike tilfeller vil aksjeinntekter beskattes etter alminnelige regler.²⁸¹

Etter Kruse Smith-dommen har Skattedirektoratet gitt uttrykk for at den såkalte «Kruse Smith-modellen» utgjør et akseptabelt investeringsoppsett.²⁸² Med dette menes at aksjeerverv helt eller delvis kan finansieres av arbeidsgiverselskapet uten risiko for at aksjeinntekter omklassifiseres til arbeidsinntekt. Finansieringen må imidlertid skattlegges og lånet må være reelt. Begrunnelsen er at lånet likestilles med enhver annen låntaker. Alternativt kan finansieringen anses som et «rimelig lån» etter sktl. § 5-12 fjerde ledd, slik at de sjablonmessige reglene kommer til anvendelse.²⁸³ Forutsetningen er imidlertid at kreditten har en reell tilbakebetalingsplikt. Dersom kreditten ikke er reell, er ervervet i realiteten en fordel i form av aksjeerverv til underkurs.²⁸⁴ I kombinasjon med andre klausuler kan en manglende reell kreditt ikke sies å tilfredsstille de krav som stilles til risiko for kapitalinvesteringen.²⁸⁵ Dersom det derimot foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, settes den skattemessige fordel til størrelsen mellom renten og markedsrente.²⁸⁶ Hvorvidt det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt er i all hovedsak et bevissspørsmål. Relevante momenter i denne forbindelse kan være om partene kan fremlegge dokumentasjon på tilbakebetalingsplan, låneavtale eller annet som indikerer at lånet er reelt.²⁸⁷ Det kan tenkes at praksis om grensen mellom lån og egenkapital, der et sentralt moment er mottakerens tilbakebetalingsplikt, kan gi veiledning i vurderingen.²⁸⁸ *De lege ferenda* kan også rimeligheten av slike finansieringsordninger diskuteres. Omgåelsesmulighetene er omfattende, risikoen er lav og det er bare enkelte selskaper som kan gi slike ordninger til ansatte. Parallellen til et ordinært banklån blir fraværende når både arbeidsgiver og arbeidstaker har egeninteresser i at lånet ikke har en realitet.

5.4.3 Nærmere om innholdet i kravet til ervervets risiko

Ovenfor har jeg redegjort for hvilke momenter som er relevant i vurderingen av om aksjeinntekter må klassifiseres som arbeidsinntekt. Jeg konkluderte med at det avgjørende for klassifiseringen var *ervervets risiko*. I dette punktet undersøker jeg nærmere innholdet i kravet til risiko. Det foreligger ingen retningslinjer i verken lovtekst eller forarbeider. I rettspraksis

²⁸⁰ Gjems-Onstad (2001) s. 69.

²⁸¹ Zimmer mfl. (2019) s. 598.

²⁸² BFU-2002-16.

²⁸³ Skatteplikt inntre dersom det ytte lånet har lavere rente enn normalrenten. Denne fastsettes årlig av Finanstilsynet, se. fsfin § 5-12-5 første ledd.

²⁸⁴ I SKNS1-2018-17 konkluderte nemnda med at det ikke forelå en reell tilbakebetalingsplikt, slik at arbeidstakers aksjeerverv måtte anses som en underkurs.

²⁸⁵ Se punkt 5.4.

²⁸⁶ BFU-2002-16.

²⁸⁷ Sml. LB-2014-27268 om lignende problemstillinger i vurderingen av omklassifisering fra utbytte til lån.

²⁸⁸ HR-2017-350-A (Rauma Energi) avsnitt 41.

behandles ikke risikoargumentet kvantitativt, men i Pre Finans-dommen uttaler Høyesterett (side 1747):

«Jo mer [de gunstige] vilkårene avviker fra markedets vilkår, og jo mer verdien av de ansattes aksjer er styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere knyttes aksjen til ansettelsesforholdet.»

Umiddelbart synes Høyesterett å anlegge en relativiseringsskala: Desto større avvik aksjeinntekten har fra markedsprisen, desto mer taler det for beskatning som arbeidsinntekt. Argumentasjonen indikerer at spørsmålet beror på en skjønnsmessig vurdering av avviket fra en ordinær aksjonærposisjon. I Kruse Smith-dommen utgjorde tapspotensialet på investeringen syv prosent av den reelle verdien på aksjen, mens gevinsten tilfalt skattyterne hundre prosent. Risikoen var således *reelt* ikke på syv prosent og prosenten kan derfor ikke gi veiledning i andre saker. En kvantifiserbar tallfesting ville heller ikke vært ønskelig, da dette vil bidra til tilpasningsmuligheter og klart stride mot både nøytralitets- og likhetsprinsippet.

I juridisk teori er det antatt «at det må noe [...] kvalifisert til [og at] simple avvik [fra en ordinær aksjonærposisjon] ikke er nok» for omklassifisering av aksjeinntektene til arbeidsinntekt som følge av risikofravær.²⁸⁹ Zimmer antar at det må dreie seg om «særfordeler» gitt arbeidstakeren, og forbeholder omklassifisering til saker hvor skattyters kapitalinvestering ikke har en «viss aksjonærrisiko».²⁹⁰ Teorien legger altså til grunn at det skal temmelig mye til før risikoreduserende faktorer medfører at aksjeinntekter må klassifiseres som arbeidsinntekt.

Hensynet til enkle og praktikable regler taler for at aksjeinntekter i størst mulig grad bør behandles som kapitalinntekt, fordi det er hovedregelen og unntak kompliserer.²⁹¹ På den andre siden taler hensynet til likhet og nøytralitet med tyngde for at *alle* aksjeinntekter som er sikret gjennom risikoreduserende faktorer må skattlegges som arbeidsinntekt. Reglene hadde imidlertid blitt lite praktikable dersom selv mindre avvik fra en ordinær aksjonærposisjon medfører klassifisering som arbeidsinntekt. I tillegg kommer den krevende oppgave for skattyter og arbeidsgiver, som konstant må bekymre seg for at aksjeprisen samsvarer med markedsverdien. Etter min oppfatning tilsier vanskelighetene som oppstår med ulike verdsettelsesmetoder og hensynet til praktikable løsninger, at det bør være et visst

²⁸⁹ Krohnstad (2006) s. 72.

²⁹⁰ Zimmer mfl. (2019) s. 604.

²⁹¹ Sml. førstvoterendes problemformulering i Kruse Smith-dommen, se punkt 4.4.1.

slingringsmann for omklassifisering av aksjeinntekter til arbeidsinntekt som følge av risikoeliminerende faktorer. På bakgrunn av drøftelsene ovenfor, er jeg av den oppfatning at investeringsordningene må være *betydelig risikoreduserende*. Som nevnt er det verken mulig eller ønskelig å foreta en tallfesting av hvor mye risikoen må være redusert. Den nærmere grensedragningen må derfor overlates til rettspraksis.

Utgangspunktet for risikovurderingen må tas hos en alminnelig aksjonær med tilsvarende aksje. Hvorvidt den konkrete ordningen er betydelig risikoreduserende, beror på en vurdering av finansieringsordningen og vilkårene ved ervervet.²⁹² Det er også aktuelt å se hen til hva som er betalt for aksjene, selv om en både over- og underkurs som den klare hovedregel utløser beskatning på ervervstidspunktet. Typiske ordninger som aktualiserer omklassifisering er aksjeprofiler som genererer ekstraordinær avkastning, garantier, tilbakekjøpsopsjoner til en på forhånd avtalt pris over markedspris mv.²⁹³ Momentene er også relevant for inntekter fra andre kapitalobjekter, som f.eks. fast eiendom, bank- og fondsinnskudd o.l.

5.4.4 Noen avsluttende synspunkter

Jeg har ovenfor drøftet klassifisering av aksjeinntekter som følge av risikoreduserende faktorer, med fokus på investeringsordninger. Når arbeidsgivers ordninger samvirker med kapitalinnsatsen, hadde det for den skatterettslige klassifiseringen vært mest hensiktsmessig å fastslå hvor mye av inntekten som skyldes arbeidsgivers ordninger og hvor mye som skyldes kapitalinnsatsen. Da ville resultatet vært sammenfallende som ved en oppdeling, jf. punkt 4.6.

Etter mitt syn oppstår spørsmålet om aksjeinntekter helt eller delvis må klassifiseres som arbeidsinntekt fordi skattelovens system ikke følges. Det er klart at formuleringen «fordel vunnet ved arbeid» i utgangspunktet omfatter de risikoeliminerende ordningene som har vært oppe i den gjennomgatte rettspraksisen. *De lege ferenda* burde man etterstrebet en individuell beskatning av de risikoeliminerende faktorene i seg selv, på samme måte som beskatning av andre fordeler etter sktl. § 5-1 første ledd.²⁹⁴ Eksempler på risikoeliminerende faktorer kan være rentefritt lån, kreditter, garantier, gjelsslettingsklausuler mv. Hvis slike ordninger ble beskattet på innvinningstidspunktet, ville senere aksjeinntekter blitt skattlagt som kapitalinntekt, fordi

²⁹² Hammerich/Jøtun (2016) s. 41.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Aarbakke nevner i sin doktorgradsavhandling en parallell problemstilling for oppdeling av aksjegevinster med tosidig tilknytning, se Aarbakke (1967) punkt 8.5.

inntekten risikoelimineringen medfører allerede er «nullstilt» gjennom beskatningen. Dette uttrykkes presist i SOU 2016: 23 *Beskatning av incitamentsprogram* s. 148:

«Genom att förmånen skattas av försvinner kopplingen till arbetsinsatsen och den värdeökning som avser tid därefter ska anses vara en kapitalinkomst.»

Uttalelsen er riktignok fra en svensk utredning, men den er likevel beskrivende for norsk rett. Det er nettopp fordi arbeidsgivers ordninger ikke skattlegges problemstillingen oppstår. Spørsmålet om klassifisering er altså en slags følgefeil: Når de risikoeliminerende faktorene ikke skattlegges på tildelingstidspunktet, er det ikke mulig å velge en mellomløsning, og man må derfor falle tilbake på et enten-eller-perspektiv.

På samme måte som det er vanskelig å undersøke hvor mye av inntekten som skyldes arbeidsgivers ordninger på den ene siden og kapitalinnsatsen på den andre, vil også en fortløpende beskatning av arbeidsgivers risikoeliminerende ordninger være vanskelig å håndheve i praksis. Det er særlig to årsaker til dette. For det første er det krevende for skattemyndighetene å identifisere ulike ordninger, fordi de fleste slike ordninger vil skjules for å unngå beskatning som arbeidsinntekt med de plikter som oppstår for arbeidsgiver. For det andre oppstår krevende spørsmål relatert til verdsettelse av ordningene.²⁹⁵ Etter sktl. § 5-3 skal alle fordeler verdsettes til omsetningsverdi, noe som innebærer et betydelig innslag av skjønn. En slik regel vil være vanskelig å følge konsekvent. Av frykt for å ta for hardt i kan det også tenkes at Skattemyndighetene legger seg i underkant av antatt markedsverdi.²⁹⁶ Kanskje finnes heller ingen klar markedsverdi. Uten sjablonmessige beregningsmetoder vil en slik praksis være skjønnspreget og tidkrevende.²⁹⁷

Det kan imidlertid nevnes at både Sverige og Finland har sjablongmessige regler for beregningen av størrelsen på utdelinger når majoritetseiere i mindre foretak yter en arbeidsinnsats for selskapet. Reglene fastsetter at utbytte aldri kan være mer enn det som utgjør en normalavkastning på investeringen.²⁹⁸ Alt som overstiger normalavkastningen klassifiseres som arbeidsinntekt. I svensk rett benyttes en ren sjablongregel uavhengig av virksomhetens inntjeningssevne. Finland anlegger en mer fleksibel tilnærming, hvor avkastningsgrunnlaget

²⁹⁵ Det kan trekkes paralleller til utvalgets resonnement i NOU 1981: 48 på s. 128. Etter å ha drøftet skattleggingen av naturalytelser, konkluderer utvalget med at «[d]et meste konsekvente ville i og for seg være å gjennomføre beskatning av alle naturalytelser. Dette ville være en klar og logisk løsning i godt samsvar med de prinsipper som ellers ligger til grunn for vårt skattesystem (skatteevne- og likhetsprinsippene). På den annen side vil beskatningen av alle naturalytelser medføre *betydelige praktiske* vanskeligheter.» (min utheving).

²⁹⁶ Zimmer (2009b) s. 625.

²⁹⁷ Zimmer (2009b) s. 625.

²⁹⁸ SOU 2016: 75 *Översyn av skattereglerna för delägare i fåmansföretag* s. 159.

avgjøres i lys av selskapets balanse og resultat.²⁹⁹ Helt utelukket er derfor neppe innføringen av sjablongregler for beregningen av inntekter fra medinvesteringsordninger i norsk rett.

5.5 Inntekter som følge av oppfinnerrettigheter i arbeidsforhold (arbeidstakeroppfinnelsesloven)

5.5.1 Innledning

Tidligere i punkt 5 har jeg analysert beskatningen av ulike aksjeinntekter og aksjer med tilknytning til arbeidsforhold. Kapitalinntekter kan imidlertid komme i ulike former, og er ikke begrenset til fysiske gjenstander. Mange åndsverk og opphavsretter skapes i tilknytning til arbeidsforhold.³⁰⁰ Utgangspunktet er at inntekt ved utnyttelse av åndsverk og opphavsrett er «vunnet ved kapital», jf. § 5-1 første ledd, jf. § 5-20 bokstav c og d.³⁰¹ I norsk rett er det imidlertid et ulovfestet prinsipp om at verk skapt i arbeidsforhold – i mangel av annen avtale – i enkelte tilfeller må anses overgått arbeidsgiveren mot vederlag.³⁰² Vilkårene for overdragelsen knytter inntekten temmelig nært opp mot arbeidsforholdet, og inntekter fra slike rettigheter står derfor i et spenningsfelt mellom arbeid og kapital.

Av plasshensyn faller det utenfor rammen av denne fremstillingen å foreta en lengre kasuistikk av ulike typer immaterielle overdragelser og hvilken betydning dette har for den senere inntektsklassifiseringen. Jeg konsentrerer meg primært om overdragelse etter arbeidstakeroppfinnelsesloven, men siktemålet er at analysen også på dette punkt kan ha overføringsverdi til klassifiseringen av inntekter fra andre typer immaterielle rettigheter. Problemstillingen i dette punktet er altså hvordan inntekter som oppstår etter overdragelse av arbeidstakeroppfinnelser skal klassifiseres.

Klassifiseringen av inntekter fra andre immaterielle rettigheter eller eiendeler, som patent-, varemerke-, opphavs- eller designrettigheter, eller retten til foretaks- og domenenavn må uansett vurderes konkret i lys av momentene i punkt 4.5

²⁹⁹ SOU 2016: 75 s. 160.

³⁰⁰ Rognstad/Stuevold Lassen (2019) s. 465.

³⁰¹ Zimmer (2018) s. 170.

³⁰² Jf. Ot.prp. nr. 84 (1991–1992) s. 21.

En arbeidstakeroppfinnelse er en oppfinnelse gjort av en arbeidstaker. Utgangspunktet er at arbeidstakere har samme rett til oppfinnelser som alle andre, jf. arbeidstakeroppfinnelsesloven § 3. I henhold til arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 første ledd kan arbeidsgiveren kreve rettighetene til oppfinnelsen overført seg. Arbeidstakeren må være ansatt med forskningsoppgaver som hovedformål, oppfinnelsen må være utført som ledd i tjenesten og oppfinnelsen må ha en nytte i virksomheten. Hvis arbeidsgiveren krever retten overført til seg, har arbeidstakeren krav på rimelig vederlag etter § 7. Enkelte deler av loven er fravikelig ved avtale, jf. § 1 andre ledd, men av praktiske årsaker forutsetter jeg at det ikke er inngått noen avtale om overdragelse slik at rettsforholdet i sin helhet reguleres av arbeidstakeroppfinnelsesloven.

I det følgende kommer jeg til å undersøke beskatningen av inntekter som har sitt grunnlag i at arbeidsgiver innløser oppfinnerrettigheter etter arbeidstakeroppfinnelsesloven (punkt 5.5.2). Deretter undersøker jeg om innløsning utgjør en skranke for beskatning som arbeidsinntekt, slik at godtgjørelse eller inntekter som oppstår utenfor bestemmelsens anvendelsesområde avskjærer en beskatning som arbeidsinntekt (punkt 5.5.3).

5.5.2 Beskatning av inntekter etter innløsning av oppfinnerrettigheter i arbeidsforhold

Verken skatteloven eller arbeidstakeroppfinnelsesloven regulerer beskatningen av vederlaget etter overdragelse av arbeidstakeroppfinnelser. Skatteloven § 5-20 bokstav c) og d) regulerer en tilgrensende problemstilling, men ikke grensen mellom det som skal anses å være avkastning av immaterielle rettigheter og hva som skal anses innvunnet ved arbeid ved arbeidstakeroppfinnelser.

I Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard) tok Høyesterett stilling til om lisensinntekter som følge av innløsning av arbeidstakeroppfinnelse skulle skattlegges som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. I saken fikk Lundgaard en idé til en oppfinnelse.³⁰³ Han var på dette tidspunktet ansatt i EFI (senere Sintef), og utarbeidet en skisse på egen hånd. Skissen ble laget i forbindelse med et arbeidsoppdrag, men ikke direkte som ledd i arbeidsoppdraget. Da skissen forelå,

³⁰³ Som nevnt i punkt 4.4.1, har dommen vært gjenstand for kritikk. Hovedpoenget er at det ikke skilles mellom det ytre og indre inntektsbegrep. Denne kritikken har til en viss grad påvirkning for de materielle spørsmålene, ved at Høyesterett synes å overse at også tilknytningskravet for «fordel vunnet ved kapital» er liberalt, jf. Zimmer (2004) s. 273–274.

initierte han arbeidsgiveren som etablerte et forprosjekt og utarbeidet en prosjektplan med andre aktører. Aktørene bidro økonomisk til gjennomføringen av prosjektet, som resulterte i kontakt med Patentstyret. Patentstyret anså mulighetene for å oppnå patentbeskyttelse som gode, og det ble på denne bakgrunn inngått en avtale mellom SINVENT AS – som opptrådte på vegne av Sintef – og Lundgaard. Avtalen fastsatte at EFI som arbeidsgiver skulle ha eiendomsretten til resultatene oppfinnelsen brakte med seg, overta alle rettigheter til oppfinnelsen og den industrielle utnyttelse av denne. Lundgaard skulle få godtgjørelse beregnet som en andel av netto lisensinntekter og enkelte andre rettigheter ved industrialisering av oppfinnelsen. Som følge av denne avtalen fikk Lundgaard utbetalt lisensinntekter til 268.744 kr. i perioden 1999 til 2002. Skattemyndighetene skattla inntektene som arbeidsinntekt, en klassifisering som Høyesterett opprettholdt.

Dommen kan forklares ved at utviklingen av oppfinnelsen ikke ville skjedd uten arbeidsforholdet. Som nevnt flere steder i fremstillingen, er imidlertid ikke dette tilstrekkelig for å legitimere en beskatning som arbeidsinntekt.³⁰⁴ Viktigere er det at materialiseringen av oppfinnelsen skjer i kraft av arbeidsgiverselskapets investeringer og oppfølging. Som fremholdt under punkt 5.4 om betydningen av manglende risiko, kan det argumenteres for at opparbeidelsen av rettighetene til oppfinnelsen ikke har en nedside: Innløsningen av oppfinnelsen forutsetter at skattyter er ansatt med det hovedformål å bedrive forskningsvirksomhet og vil uansett få lønn separat. Selv om Lundgaard hadde jobbet med oppfinnelsen utenfor arbeidsforholdet, ble selve realiseringen foretatt gjennom økonomisk bistand fra arbeidsgiver. Høyesterett er inne på et slikt resonnement (avsnitt 38):

«Og selv om ideen er Lundgaards, må de verdier som flyter av lisensieringen av den patenterbare oppfinnelsen i vesentlig grad sies å være skapt ved det etterfølgende arbeid med utviklingen av oppfinnelsen. Dette er skjedd i regi av SINTEF, og ble muliggjort ved en betydelig kapitalinnsats fra eksterne oppdragsgivere som deltok i utviklingen.»

Uttalelsen innebærer en erkjennelse av at Lundgaards idé alene er utilstrekkelig for å skape inntekten: Det var arbeidsgivers kapitalinnsats som muliggjorde rettighetene til oppfinnelsen som ga grunnlaget for lisensinntektene. Lundgaard var i henhold til arbeidsavtalen ansatt med det formål å bedrive oppfinnervirksomhet. Arbeidsoppgavene til Lundgaard bestod helt eller

³⁰⁴ Jf. punkt 4.5.2.

delvis av oppgaver som kunne materialisere seg i oppfinnelser og det var arbeidsgiveren som hadde risikoen for arbeidsresultatet – ikke Lundgaard.

Et typisk kjennetegn på kapitalinntekter er at det ikke er en forventning om noen inntekter.³⁰⁵ Dette står i sterk kontrast til lønn: Når Lundgaard utfører personlige ytelser og mottar vederlag for dette, er parallellen til arbeidsinntekt påtakelig. Arbeidsgiveren er dessuten ansvarlig for kostnader som normalt ville tillagt oppfinneren. Oppfinnere uten tilknytning til arbeidsforhold må bære slike kostnader selv. Dette skiller seg for eksempel fra aksjer som bare selges til ansatte: I slike tilfeller får ikke utenforstående erverve aksjen, men det er likevel ikke et brudd på hensynet til likebehandling å skattlegge aksjeinntektene som kapitalinntekt, fordi de ansatte foretar en reell kapitalinvestering. Forholdet til andre oppfinnere og fraværet av risikoen som lå til grunn for patenteringen av oppfinnelsen legitimerer en ulik beskatning.³⁰⁶

En observasjon som det vil falle utenfor rammen av denne fremstilling å analysere nærmere, er om Lundgaards rettighet til oppfinnelsen ville utløst en beskatning som arbeidsinntekt på tidspunktet den ble skapt.³⁰⁷ Også fordeler skattyter yter seg selv kan være vunnet ved arbeid.³⁰⁸ Inntekter for senere kommersiell utnyttelse av rettigheten, må likevel regnes som kapitalinntekt – på samme måte som gullgraveren som finner gull og beskattes for dette som arbeid- eller virksomhetsinntekt, mens det skjer en ny beskatning ved et senere salg.³⁰⁹

5.5.3 Er alle former for vederlag fra innløsning etter arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 første ledd arbeidsinntekt?

Etter Lundgaard-dommen er det avklart at inntekter som avtales etter overdragelse av oppfinnelse etter aol. § 7, jf. § 4 første ledd *kan* skattlegges som arbeidsinntekt. Et spørsmål er om Høyesterett avklarte at inntekter som oppstår etter overdragelse i medhold av bestemmelsen alltid må skattlegges som arbeidsinntekt.

Aarbakke tok til orde for at inntekter fra arbeidstakeroppfinnelser må skattlegges som arbeidsinntekt – et standpunkt som også eksplisitt ble tilsluttet i Lundgaard-dommen.³¹⁰

³⁰⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 273.

³⁰⁶ Iallfall i større grad enn generelle gjengivelser av «det naturlige» (avsnitt 45).

³⁰⁷ Egenutviklet goodwill inngikk riktig nok ikke i beregningen av kapitalavkastningsgrunnlaget etter den tidligere delingsmodellen i Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 291. Det er imidlertid usikkert om resonnementet er overførbart til personlige skattytere.

³⁰⁸ Zimmer (2018) s. 151.

³⁰⁹ Det kan likevel oppstå krevende verdsettelsesspørsmål, for eksempel ved beregningen av inngangsverdien.

³¹⁰ Aarbakke (1990) s. 30–31.

Standpunktet er imidlertid ikke utdypet i Aarbakkes fremstilling, og kan neppe tillegges nevneverdig vekt isolert. Høyesteretts premisser i Lundgaard-dommen er heller ikke entydige angående forholdet mellom arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 og en skattlegging av vederlaget som arbeidsinntekt: I avsnitt 42 gir Høyesterett uttrykk for at *alle* tilfeller der arbeidsgiver overtar arbeidstakerens rett til oppfinnelse – enten det dreier seg om lovbestemt eller avtalerettslig plikt – medfører at inntektene skattlegges som arbeidsinntekt. Det fremheves at det er den «sterke tilknytning til arbeidsforholdet som ligger til grunn for arbeidsgivers rettighetsposisjon.»³¹¹ Slutningen harmonerer likevel dårlig med drøftelsene i avsnitt 38 til 41, fordi konklusjonen i avsnitt 42 synes absolutt og ubetinget.³¹²

Spørsmålet fortjener antakelig en nærmere refleksjon. Overdragelse etter aol. § 4 første ledd forutsetter at en rett eksisterer, jf. formuleringen «kreve retten [...] overført til seg». Rettighetene til oppfinnelsen i henhold til det underliggende rettsforhold synes derfor å ha fått mindre plass enn fortjent i avgjørelsen. Vederlag som følge av innløsning etter bestemmelsen harmonerer bedre med kapitalinntekt som realøkonomisk fenomen, fordi kapitalinntekter er avkastning på noe man eier eller er rettighetshaver til.³¹³ Dette skillet reflekteres på en uheldig måte i lagmannsrettens votum.³¹⁴ Lagmannsrettens kom til at avtalen mellom Lundgaard og arbeidsgiveren kun regulerte vederlagets størrelse etter § 7 første ledd og uttalte at «arbeidsgiver automatisk ble eier av oppfinnelsen idet den ble gjort.» Lundgaard hadde etter lagmannsrettens syn aldri hatt eiendomsrett til oppfinnelsen. Dersom vederlaget oppstod som en konsekvens av avtalen *uten* at Lundgaard noen gang hadde eid eller hatt rettigheter til oppfinnelsen, kan inntektene vanskelig skattlegges som kapitalinntekt: Det er ikke mulig å ha avkastning på noe man ikke eier eller rettighetshaver til. Dersom oppfinnelsen derimot ble overdratt i medhold av arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 første ledd, har arbeidstakeren i utgangspunktet en rett til oppfinnelsen. Inntektene som oppstår som følge av innløsning etter aol. § 4 minner derfor om mer ordinære kapitalinntekter. Etter min mening er betydningen av § 4 første ledd i tilknytningsvurderingen helt klart underkommunisert i Høyesterett og lagmannsrettens premisser.

På den andre siden har inntekter som følge av overdragelse etter bestemmelsen flere tilknytningspunkter til arbeidsforholdet: Overføring kommer bare på tale der arbeidstakeren har

³¹¹ Slik også Zimmer (2004) s. 274.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Aarbakke (1990) s. 65.

³¹⁴ LF-2002-191.

forskningsarbeid som sine «vesentligste arbeidsoppgaver». En naturlig språklig forståelse av «forskningsarbeid» tilsier at arbeidet må være av teknisk, medisinsk, biologisk eller av annen faglig karakter, der målet er å skape noe nytt. Overdragelsen som ligger til grunn for godtgjørelsen(e), oppstår altså utelukkende på grunn av arbeidsforholdet. Hvis arbeidstakere mer tilfeldig kommer over oppfinnelser som ledd i et arbeidsforhold, vil altså ikke vilkårene for overdragelse være oppfylt.

Etter min oppfatning taler de beste rettskildemessige grunner for at vederlag som oppstår etter innløsning av arbeidstakeroppfinnelse etter aol. § 4 første ledd må skattlegges som arbeidsinntekt. Vilårene er strenge, og angir klare tilknytningspunkter for arbeidstakeren som synes å harmonere godt med de overordnede utgangspunktene i punkt 4.5. Dessuten er det klart at arbeidstakeren allerede ved stiftelsen av arbeidsforholdet har en forventning om hvilke tjenester som ytes.³¹⁵ At oppfyllelse av vilårene i § 4 første ledd medfører en automatisk beskatning som arbeidsinntekt bidrar også til å fremme forutberegnelighet.

Oppdragstakere, innleide konsulenter o.l. faller utenfor arbeidstakerbegrepet i arbeidstakeroppfinnelsesloven, jf. aol. § 1.³¹⁶ Oppfinnerrettigheter skapt av disse faller følger utenfor lovens virkeområde. Hvis inntektene ikke kan forankres i en overdragelse etter § 4 første ledd, må man foreta en konkret vurdering av inntektens tilknytning i tråd med punkt 4.5. Det er likevel nærliggende at inntekter som oppstår utenfor arbeidstakeroppfinnelseslovens anvendelsesområde i de fleste tilfeller vil skattlegges kapitalinntekt, jf. sktl. § 5-20 bokstav c) og d). Åndsverksloven § 71 har en særregulering for datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold. Etter bestemmelsen overføres opphavsrett etter et lignende mønster som arbeidstakerloven. Også her har arbeidstakeren rett på et «rimelig vederlag», jf. § 69. I lys av den likheten i regelens oppbygging og aol. § 4 første ledd er det nærliggende at slikt vederlag skattlegges som arbeidsinntekt. For idrettsutøvere antar Bøyum-Folkeseth at vederlag fra sponsorer for kommersiell utnyttelse av bilderettigheter må regnes som arbeidsinntekt, fordi det er en påregnelig følge av arbeidet.³¹⁷ Hvis utøveren derimot får vederlag for urettmessig bruk av bilderettigheter, kan løsningen imidlertid bli annerledes.³¹⁸

Det faller utenfor rammen av denne fremstillingen å foreta en rettspolitisk analyse av inntekter som drøftet i dette punkt. Det kan likevel kort spørres om rettstilstanden er rettferdig. Hvis arbeidstaker får bistand av arbeidsgiverselskapet til å bygge sitt eget hus, kan klart nok ikke leieinntekter skattlegges som arbeidsinntekt. Det samme gjelder utbytte og gevinst fra aksjer ervervet gjennom finansieringsbistand fra arbeidsgiverselskapet, jf. punkt 5.4. Den faktiske

³¹⁵ Jf. punkt 4.5.3 om betydningen av påregnelighet i tilknytningsvurderingen.

³¹⁶ Ot.prp. nr. 48 (1966–1967) s. 3–4.

³¹⁷ Bøyum-Folkeseth (2017) s. 86.

³¹⁸ *Ibid.*

likheten med disse kapitalobjektene kan klart nok diskuteres, men *de lege lata* synes altså å innebære en favorisering av de nevnte kapitalobjektene sammenlignet med inntekter fra arbeidstakeroppfinnelser.

6 Hvis inntekten kan oppdeles: Hvor mye skal klassifiseres som arbeidsinntekt og kapitalinntekt?

6.1 Innledning: En toleddet vurdering

Jeg drøftet tidligere i punkt 4.6 prinsipper for oppdeling av inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier. Når en inntekt kan oppdeles og er en konsekvens av både arbeid og kapital, oppstår spørsmålet om hvordan den nærmere oppdelingen skal foretas. Dersom inntekten ikke er oppdelbar, må det vurderes om hele inntekten er vunnet ved arbeid eller kapital – som var fokus i punkt 5.

Spørsmålet om oppdeling av inntekter viser seg ofte for ytelser som involverer både arbeidsinnsats og kapitalinnsats. Hvis en bank kun utbetaler renteinntekter til bankfunksjonæren som arbeider og har innskudd i banken, og han ikke mottar lønn, er det nærliggende at en vesentlig del av utbetalingen har tilknytning til arbeid. Spørsmålet om tilknytning utgjør første ledd i fastleggelsen av oppdelingen. Når det er konstatert tilknytning til arbeidet, må *størrelsen* av arbeidsinntekten og kapitalinntekten fastlegges. Noe upresist må det foretas en verdsettelse av skattyters arbeidsinnsats og hva som utgjør avkastningen av bankinnskuddet. Eksempelet gir etter mitt syn et godt bilde av fremgangsmåten ved oppdelingen av inntekter med tilknytning til flere inntektskategorier.

En slik fremgangsmåte kommer til uttrykk flere steder i rettspraksis. I meglerdommene, Rt. 2009 s. 105 (Enskilda) og Rt. 2010 s. 527 (BCG), var som nevnt spørsmålet om stille deltakers avkastningen reelt reflekterte arbeidsgodtgjørelse etter sktl. § 12-2 bokstav f). Høyesterett kom først til at deler av avkastningen hadde tilknytning til deltakernes arbeid. Etter at de hadde etablert en tilknytning mellom avkastningen og arbeidet, tok de stilling til hvor stor del av avkastningen som var vunnet ved arbeid. Denne toleddete prosessen kommer også til uttrykk i Rt. 2009 s. 813 (Gaard) avsnitt 72 og Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 52.

Når det er konstatert tilknytning til arbeidet eller kapitalen, vil også ofte denne tilknytningen gi anvisning på hvor stor del av inntekten som skal relateres til de ulike inntektskategoriene. Er f.eks. markedsrenten på bankfunksjonærens bankinnskudd 10 000 kr, indikerer det at alt overskytende er arbeidsinntekt. Undertiden kan imidlertid verdsettelsen være komplisert, slik at oppdelingen må foretas mer skjønnsmessig. Også spørsmålet om klassifiseringens størrelse er et spørsmål om tilknytning, men vurderingen vil ofte tendere mot analyser av rettsforholdets faktiske og økonomiske sider.³¹⁹ For eksempel kom Høyesterett på bakgrunn av *kapitalinntektsmodellen*³²⁰ i Enskilda-dommen til at alt ut over en rimelig forrentning av de stille deltakernes kapitalinnskudd måtte skattlegges som arbeidsgodtgjørelse, jf. sktl. § 12-2 bokstav f).

I tråd med fremgangsmåten skissert ovenfor, analyserer jeg i dette punktet først klassifiseringen av utbetalinger til aksjonær som også gjør en arbeidsinnsats for selskapet (punkt 6.2), før jeg behandler klassifiseringen av vederlagssummen ved aksjesalg kombinert med arbeidsforpliktelse (earn out) (6.3).

³¹⁹ Se for eksempel Enskilda-dommen avsnitt 89–107 og BCG-dommen avsnitt 47–52.

³²⁰ Modellen gjennomgås nærmere i punkt 6.3.3.

6.2 Utbetaling til aktiv eier – hvor mye er arbeidsinntekt og utbytte?

6.2.1 Innledning

Som følge av økt økonomisk velferd og politiske målsettinger om inkludering av ansatte på aksjonærnivå, forekommer det oftere enn før at ansatte har eierinteresser i selskapet de jobber i.³²¹ Innføringen av fritaksmetoden har også gjort det vanligere å drive næring gjennom et aksjeselskap. Når aksjonæren også gjør en arbeidsinnsats for selskapet, kan grensen mellom utbytte og arbeidsinntekt komme på spissen. Utbytte er kapitalinntekt, mens lønn er arbeidsinntekt. Som skatterettslig utbytte regnes enhver utdeling som innebærer en «vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær», jf. sktl. § 10-11 andre ledd. Marginalskattesatsen på utbytte og lønn er temmelig lik. Den effektive beskatningen på utbytte er 46,7 prosent, mens arbeidsinntekter skattlegges progressivt opp til 46,4 prosent. Klassifiseringen er imidlertid viktig av andre årsaker. Utbytte er skattefritt dersom det realiseres gjennom et aksjeselskap, jf. § 2-38.³²² Det er bare arbeidsinntekter som gir rettigheter i folketrygden.³²³ Klassifiseringen har også aktualitet for utenlandske skattytere. Utbytte skattlegges med norsk kildeskatt, mens lønn er uten norsk skatt i det hele tatt.³²⁴

I enkelte tilfeller kan det tenkes at utbytte må klassifiseres som arbeidsinntekt hvis aksjeervertet gjennom arbeidsgivers ordninger er betydelig risikoreduerende. Dette behandlet jeg i punkt 5.4. Risikofravær utgjør altså et selvstendig grunnlag for omklassifisering av utbytte til arbeidsinntekt *ved siden* av drøftelsene i dette punkt.

Etter avviklingen av delingsmodellen i 2006 la Finansdepartementet til grunn at aktive eiere som hovedregel har høy grad av valgfrihet i henhold til klassifiseringen av utbetalinger som utbytte eller lønn.³²⁵ Uttalelsen er fulgt opp i flere bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet.³²⁶ Utgangspunktet er derfor at skattemyndighetene og domstolen må utvise

³²¹ Gunstige ordninger ved beregningen av den skattepliktige fordel er gitt for opsjoner i arbeidsforhold og aksjer til underkurs i sktl. § 5-14, jf. Ot.prp. nr. 1 (2000–2001) s. 148.

³²² Selv om forskjellen i marginalskattesatsene for personlig skattytere ikke er de helt store på nåværende tidspunkt, er drøftelsene prinsipielle og like relevant hvis satsene senere endres.

³²³ Folkvord (2013) s. 145.

³²⁴ Lønn kan likevel være skattbart etter utenlandske regler eller skatteavtaler med Norge.

³²⁵ Ot.prp. nr. 92 (2004–2005) s. 29.

³²⁶ UTV-2009-1284 og UTV-2013-1189.

tilbakeholdenhet med overprøvingen av selskapet og skattyters vurderinger.³²⁷ Valgfriheten kan forklares i at marginalsattesatsen for lønn og utbytte nesten er helt lik. Fordi virkningene av klassifiseringen har liten betydning for skatteprovenyet, vil en overprøving fra skattemyndighetene være uforholdsmessig sett i lys av de mål som søkes oppnådd. Unntaket bekrefter at hensynet til skattemyndighetenes effektivitet og en marginal provenyemessig betydning i enkelte tilfeller veier tyngre enn en millimeterpresis klassifisering.³²⁸

Til tross for at skattyters valgfrihet har kommet til uttrykk flere steder, har spørsmålet om klassifisering flere ganger kommet på spissen i praksis, noe som gjør en korrekt klassifisering viktig. Det kan tenkes at skattyters ikke har tatt stilling til hvordan utbetalingen skal klassifiseres.³²⁹ Valgfriheten kan også tenkes å ikke være reell, f.eks. hvis beslutningen om klassifiseringen ble foretatt etter at skattyter var aktiv i selskapet.³³⁰ Valgfriheten kan benyttes av en utenlandsk aksjonær som klassifiserer for mye som lønn for å unngå norsk kildeskatt. I tillegg kan en eier med liten eller ingen arbeidsinnsats utbetales lønnsinntekt for å sikre opptjening av rettigheter i folketrygden. Ikke minst kommer det moment at valgfriheten senere innskrenkes eller avvikles. Det er altså fortsatt behov for en grundig analyse av grensen mellom lønn og utbytte for aktive eiere.

Jeg behandler først et utvalgt av grensetilfeller når aksjonæren også yter en arbeidsinnsats for selskapet (punkt 6.2.2). Normalt gir drøftelsene av om det foreligger tilknytning også anvisning på hvor stor del av utbetalingen som skal relateres til de ulike inntektskildene. Hvis dette ikke er tilfellet, må det foretas en skjønnsmessig vurdering av hvor stor del av utbetalingen som skal relateres til arbeidet og kapitalen. Noen utgangspunkter i denne vurderingen for utbytte og lønn gjennomgås avslutningsvis (punkt 6.2.3). Drøftelsene nedenfor forutsetter imidlertid at det er foretatt en utbetaling og spørsmålet er hvordan denne skal klassifiseres.³³¹

³²⁷ Folkvord (2013) s. 146.

³²⁸ Jf. punkt 3.3.

³²⁹ I LB-2014-89447 hadde skattyter klassifisert en utdeling som lån, men fordi lånet ikke ble ansett som reelt oppstod spørsmålet den måtte regnes som lønn eller utbytte.

³³⁰ I LF-2020-80116 gikk selskapet konkurs før inntektene kom til beskatning og klassifiseringsspørsmålet oppsto.

³³¹ Problemstillingen er altså en annen enn tvangslønn etter sktl. § 13-1. Ved spørsmålet om tvangslønn er det nemlig ikke tatt ut noe av selskapet, se Folkvord (2012) s. 200–209.

6.2.2 Har utbetalingen tilknytning til arbeid eller kapital?

6.2.2.1 Innledning

Avgjørende for klassifiseringen av utbetalingen fra selskapet er om den har tilknytning til arbeid eller kapital. Tradisjonelt formuleres dette som et spørsmål om i hvilken egenskap skattyter mottar fordelene fra selskapet.³³² En slik henvisning gir likevel begrenset veiledning for hvordan grensen skal trekkes konkrete tilfeller. Nedenfor analyserer jeg derfor noen grensetilfeller hvor klassifiseringen av utbetalingen kan volde problemer. Behandlingen tar ikke sikte på å gi en uttømmende analyse av tilfellene som kan oppstå, men å presentere et utvalg av problemstillinger med et praktisk tilsnitt. Drøftelsene må leses i lys av momentene som ble oppstilt i punkt 4.5.

Jeg behandler tre typetilfeller. Først undersøker jeg hvilken betydning det har for klassifiseringen av utbetalingen at skattyter ikke har mottatt lønn som står i et rimelig forhold til arbeidsinnsatsen (punkt 6.2.2.2). Deretter drøfter jeg betydningen av at utbytte skjevdeles, (punkt 6.2.2.3), før jeg analyserer tilfeller hvor utbyttestørrelsen henger sammen med arbeidsprestasjoner (punkt 6.2.2.4).

6.2.2.2 Manglende forholdsmessighet mellom arbeid og lønn

Dersom aksjonæren har gjort en stor arbeidsinnsats i selskapet og kun har mottatt lite eller ingen lønn, kan det diskuteres om det er grunnlag for å anse utbetalingen som arbeidsinntekt på dette grunnlag. I underrettspraksis er det flere eksempler på at utbetalinger fra selskapet klassifiseres som lønn dersom de tidligere avlønningsformene ikke står i et forholdsmessig forhold med den utførte arbeidsinnsatsen. Argumentasjonsmåten minner umiddelbart om anvendelse av reglene om internprising i § 13-1 ved såkalt «tvangslønn», men poenget er heller at fravær av tidligere lønn bevismessig indikerer at utbetalingen har tilknytning til arbeidet.

Skatteloven § 13-1 gir hjemmel for inntektsjustering på bakgrunn av interessefellesskap. Som nevnt er ikke spørsmålet i dette punkt om en inntekt skal justeres, men hvordan en utbetaling skal klassifiseres, som enten arbeidsinntekt eller utbytte. I praksis er det ikke helt vanntette skott mellom disse vurderingene, og momentet vil antakelig også være relevant i vurderingen av om det er grunnlag for å ilegge tvangslønn.³³³ Folkvord antar for

³³² Zimmer (1981) s. 45.

³³³ Folkvord (2012) s. 206.

eksempel at tvangslønn kun er «aktuelt i tilfellene hvor det er klare avvik mellom verdien på arbeidsinnsats og lønn.»

I LF-2020-80116 var spørsmålet om en daglig leders utbytte måtte regnes som arbeidsinntekt. I saken var det ikke avtalt fast lønn, eller utbetalt lønn, selv om vedkommende hadde flere arbeidsoppgaver og var leder for en forretning med årlig omsetning på 1,3 millioner kr. Skattyter hadde i en periode på over fire år mottatt i underkant av 130.000 kr. som utbytte. Når det var bevist at vedkommende hadde en rekke arbeidsoppgaver, indikerte det at utbetalingen hadde tilknytning til arbeidet. Lagmannsretten la til grunn at den tidligere lønnen ikke stod i et rimelig forhold til arbeidsinnsatsen, og konkluderte derfor med at utbetalingen på 130.000 kr. måtte klassifiseres som arbeidsinntekt.

I en annen sak, inntatt i LB-2014-89447, var skattyter ansatt med 50 prosent stilling i bygg- og oppussingsbransjen. I tillegg satt han på 51 prosent av aksjeandelen. Ett år mottok han 212 957 kr. i lønn og 1 593 769 kr. som utbytte. Skattekontoret hevdet at lønnen var for lav lønn i lys av at selskapet hadde en omsetning på 20 millioner kr. og over 50 ansatte. Utbetalingene hadde skjedd fortløpende, og lagmannsretten erkjente at dette i utgangpunktet ga utbetalingen karakter å være vederlag for arbeidstjenester (lønn) og ikke utbytte.³³⁴ Lagmannsretten mente likevel at lønnen stod i et rimelig forhold til arbeidsinnsatsen, og la vekt på at skattyter kun var ansatt i halv stilling:

«Dersom beløpet skal regnes som lønn, ville dette medføre at As lønn fra X ville være på 1,8 millioner kroner. En slik lønn for en halv stilling framstår som et uforholdsmessig lønnsnivå, gitt selskapets virksomhet og økonomiske stilling.»

I vurderingen av om det er forholdsmessighet mellom arbeidet og lønnen, må det legges vekt på utbetalingens størrelse, den ytte arbeidsinnsats og skattyters arbeidsoppgaver, samt virksomhetens størrelse og inntjening.³³⁵ Praksis viser likevel at det ikke stilles særlig strenge krav til forholdsmessighet mellom utført arbeid og utbetalt lønn, og det er antakelig kun i tilfeller hvor skattyters arbeidsinnsats står i et klart misforhold med tidligere avlønning det er nærliggende å se hele eller deler av utbetalingen som vunnet ved arbeid.

³³⁴ Jf. punkt 4.5.4.

³³⁵ LF-2020-80116, LB-2014-89447 og TBERG-2013-80445.

6.2.2.3 Skjevdeling av utbytte

At utbytte skjevdeles betyr at utbyttegrunnlaget ikke utdeles i tråd med eierandelen. Selskapsrettslig kan aksjonærene fritt avtale skjevdeling av utbytte i aksjonæravtaler eller i vedtekter, f.eks. som forskjellige aksjeklasser med ulike avkastningsprofiler.³³⁶ Hvis det ikke er holdepunkter for annet, må det skatterettslig legges til grunn at utbytte fordeles i tråd med eierandelen. Løsningen forutsettes Enskilda-dommen (avsnitt 91):

«Da det ikke er noe holdepunkt for noe annet, må det legges til grunn at virksomhetsinntekten må fordeles i forhold til eierandel, og det følger da at avkastningen på innskutt kapital blir den samme for alle Interessentene.»

Hvis en aktiv eier innehar 30 prosent av aksjeandelen i et selskap, og det ikke er ulike aksjeklasser, må det skatterettslige utgangspunktet være at 30 prosent av utbyttegrunnlaget deles ut til ham. Selv om det selskapsrettslig kan aksepteres at de øvrige aksjonærene sier fra seg sin del utbytte, må det skatterettslig oppstilles en presumsjon for at utbytte som overskyter eierandelen har tilknytning til arbeid. Dette kommer ikke *direkte* til uttrykk i Enskilda-dommen eller i andre rettskilder, men kan mitt syn forankres i Høyesteretts skissering av utgangspunktet om fordeling i tråd med eierandel fra Enskilda-dommen, lest sammenheng med det øvrige rettskildematerialet.

Allerede i Rt. 1927 s. 819 (Foyn) var nemlig Høyesterett inne på et lignende resonnement. I saken skulle en lampefabrikk gjennomgå en likvidasjon. Direktøren av selskapet, som også satt på en større aksjepost, motsatte seg salget med mindre han fikk full dekning for sine aksjer. Selskapet ble likvidert og fabrikk ble solgt, men etter kjøpsavtalen skulle direktøren få full dekning for sine aksjer. Spørsmålet var om denne dekningen skulle skattlegges som arbeidsinntekt på direktørens hånd. Høyesterett besvarte dette bekreftende og uttalte (side 819):

«Der er ikke efter sakens oplysninger og procedyren grund til at gaa ut fra, at de 65.000 kroner, som er utbetalt Foyn utenom den dividende som ved likvidationen vilde falde paa hans aktier, blev ydet ham, fordi disse aktier av særlige grunde hadde større værdi end de andre.»

³³⁶ Hammerich/Jøtun (2019) s. 51.

Avgjørelsen gjelder riktignok vederlaget ved likvidasjon, men resonnementet gir etter mitt syn uttrykk for et skatterettslig utgangspunkt om at like aksjer er like mye verdt.³³⁷ Dersom like aksjer ikke gir like verdier, skal det altså temmelig lite til før ekstraverdiene klassifiseres som arbeidsinntekt når aksjonæren også yter en arbeidsinnsats for selskapet.³³⁸

Presumsjonen har også forankring i forarbeidene til endringsloven som innførte reglene om arbeidsgodtgjørelse for selskapsdeltakere, og som nå er videreført i skattelov § 12-2 bokstav f). I forarbeidene forutsettes det at skjevdeling av selskapsandel ikke kan skattlegges som kapitalavkastning dersom skattyter også yter arbeidsinnsats for selskapet.³³⁹

I THEDM-2005-70869 kom tingretten til at alle utbetalinger som oversteg aksjonærs eierandel på 30 prosent av aksjene, skulle skattlegges som arbeidsinntekt. Avgjørelsen er riktignok fra tingretten, men den er klar i sitt resultat, og bekrefter presumsjonen jeg drøftet ovenfor: Det skal temmelig lite for at tilleggsutbytte har tilknytning til arbeid dersom skattyter får mer en eierandelen tilsier og samtidig gjør en arbeidsinnsats for selskapet.

6.2.2.4 Utbyttet henger sammen med arbeidsprestasjoner

En aktuell problemstilling er at utbyttets størrelse gjøres betinget av at selskapet eller ansatte når en viss omsetning eller inntjening. Ikke alle former for nærhet mellom arbeidsprestasjoner og utbytte medfører en klassifisering som arbeidsinntekt. Hvis aksjonærene på generalforsamling vedtar at utbyttestørrelsen varierer ut fra selskapets inntjeningsevne, kan ikke utbytte til aktive aksjonærer skattlegges som arbeidsinntekt, selv om utbyttestørrelsen er avhengig av de ansattes arbeidsprestasjoner. Utbytte er «vederlagsfritt», selv om skattyter har skapt utbyttegrunnlaget gjennom arbeidsinnsatsen i selskapet. Selskapets inntjeningsevne som ligger til grunn for selskapets mulighet til å ta ut utbytte, er alltid en konsekvens av de ansattes arbeidsprestasjoner.³⁴⁰ Forskjellen til lønn er imidlertid innlysende: Ved et aksjeinnehav er det ingen forventning om betaling for personlige ytelser, kun et *håp* om fremtidig inntjening.³⁴¹ Også her kan tannlegeeksempelet være illustrerende: Uten gode arbeidsprestasjoner ville aldri tannlegevirksomheten generert overskudd. Arbeidsprestasjonen er egentlig hovedårsaken til at

³³⁷ Sml. danske avgjørelsen inntatt i TfS 2003.677.

³³⁸ Å tilbakeholde informasjon om at utbytte skjevdeles kan også gi grunnlag for tilleggsskatt, se LB-2013-7008.

³³⁹ Ot.prp. nr. 22 (1993–1994) s. 5.

³⁴⁰ Jf. punkt 4.5.2.

³⁴¹ Gjems-Onstad (2008) s. 273.

overskuddsdisponeringen som ligger til grunn for utbytte, men likevel ikke avgjørende for klassifiseringen.

Mer problematisk er det når størrelsen på utbytte er nærmere knyttet opp mot arbeidsprestasjonene. Hvis størrelsen på utbetalingen er basert på faktorer som tradisjonelt brukes for å betegne arbeidsprestasjoner, er det nærliggende å se utbytte som vederlag for arbeidsprestasjoner. For grensen mellom arbeidsgodtgjørelse og virksomhetsinntekt for stille deltakere kom dette eksplisitt til uttrykk i Rt. 2009 s. 105 (Enskilda). I saken ble som nevnt deltakernes avkastninger omklassifisert til arbeidsgodtgjørelse. Det ble særlig lagt vekt på at avkastningsgrunnlaget ble justert i lys av arbeidsprestasjonene. Hvis en bilforhandlers utbyttegrunnlag justeres i lys av antall solgte biler, må disse utbetalingene anses som en bonus som er «vunnet ved arbeid», jf. § 5-1.

En sak fra lagmannsretten, LB-2013-7008, gir en god illustrasjon på at utbytte som henger sammen med prestasjoner vanskelig kan klassifiseres som utbytte. I saken solgte Nordialog Oslo mobilabonnementer på vegne av Nordialog AS, samtidig som de satt på en mindre aksjepost i selskapet. Fordi Nordialog AS sin majoritetsaksjonær – Telenor – planla et oppkjøp av Nordialog AS, ble det bestemt at de andre aksjonærene, herunder Nordialog Oslo, skulle få sin del av betalingen for aksjene som utbytte. For Nordialog Oslo ble imidlertid størrelsen på utbyttet fastsatt ut fra antall solgte mobilabonnementer. Andre forhandlere som ikke var selskapsaksjonærer mottok også en ekstraordinær bonus basert på solgte abonnementer til samme fordelingsnøkkel som utbyttet til Nordialog Oslo. Fordi utbyttet var påvirket av prestasjonene til selskapet, ble det ikke ansett som vederlagsfritt etter sktl. § 10-11 andre ledd, men som en bonus for selskapets inntjening.³⁴² Avgjørelsen omhandlet grensen mellom virksomhetsinntekt og kapitalinntekt, fordi Nordialog Oslo var et aksjeselskap. Hvis aksjonæren derimot var personlig skattyter, måtte utbytte vært klassifisert som arbeidsinntekt.³⁴³

Hvis en personlig skattyter investerer med et personlig holdingsselskap som ledd i arbeidsutførelsen, kan det bli spørsmål om utbetalinger til selskapet skal klassifiseres som arbeidsinntekt. Som nevnt i punkt 4.5.3 og 4.5.5 omhandlet Herkules-dommen et tilgrensende spørsmål. Høyesterett kom likevel til at suksesshonoraret ikke var vunnet ved arbeid. Det var

³⁴² Det fremgår ikke direkte av lagmannsretten votum, men bonusen er å regne som virksomhetsinntekt på selskapets hånd.

³⁴³ Høyesterett nektet anken fremmet, se HR-2014-1123-U.

en rekke andre omstendigheter som hadde ledet frem til innvinningen av suksesshonoraret: Veksten i de investerte selskapene og den alminnelige markedsutvikling. I tillegg ble holdingsselskapene ansett som rettighetshavere til utbetalingen etter det underliggende rettsforhold. På denne bakgrunn var aksjonærposisjonen nærmere utbetalingen enn prinsipalenes personlige arbeidsinnsats.³⁴⁴ Det er usikkert hvilken betydning avgjørelsen har for grensen mellom utbytte og lønn i fremtidige saker, men *de lege lata* må det legges til grunn at investeringsoppsett med paralleller til saksforholdet i Herkules-saken ikke kan skattlegges som arbeidsinntekt for tilretteleggerne av opplegget.³⁴⁵

6.2.3 Klassifiseringens størrelse

De omstendigheter som taler for klassifisering som arbeidsinntekt eller utbytte, gir også normalt anvisning på den nærmere fordelingen: Dersom utbytte skjevdeles er det nærliggende å se alt som overstiger skattyters eierandel, «tilleggsutbyttet»,³⁴⁶ som arbeidsinntekt. For utbytte som justeres i lys av arbeidsprestasjoner, vil normalt alle slike klassifiseres som arbeidsinntekt. I disse tilfellene volder fastleggelsen av klassifiseringens størrelse få problemer.

I andre tilfeller kan den nærmere allokeringen være mer krevende, f.eks. dersom en del av utbetalingen anses som arbeidsinntekt på bakgrunn av manglende forholdsmessighet mellom lønn og arbeidsutførelse, jf. punkt 6.2.2.2. I slike tilfeller har det i juridisk teori, etter inspirasjon fra rettspraksis, blitt utviklet to ulike modeller for å undersøke normalavkastning på kapitalinnskuddet og arbeidet: Kapitalinntekstmodellen og lønnsinntekstmodellen. Modellene er ulike metoder som benyttes for å undersøke hva som utgjør en normalavkastning på egenkapital og lønn. Modellene er altså *bevismomenter* på veien frem til en korrekt klassifisering av utbetalingen, men disse må vike dersom det på andre måter kan dokumenteres at aksjonæren har ytt en arbeidsinnsats i et omfang som reflekterer lønnen, eller at avkastningen i selskapet er ekstraordinært god det enkelte skatteåret.³⁴⁷

³⁴⁴ Utbetalingen ble imidlertid ansett som virksomhetsinntekt hos prinsipalenes holdingsselskap, jf. LB-2014-48039. Dette ble ikke behandlet av Høyesterett.

³⁴⁵ Zimmer mfl. (2019) s. 604. Etter avgjørelsen har imidlertid Skattedirektoratet åpnet for å anvende reglene om internprising etter sktl. § 13-1 dersom vederlaget til GP og forvalterselskapet ikke er fordelt i forhold til verdien av de tjenester selskapet har ytet, jf. UTV-2016-859.

³⁴⁶ Formuleringen ble brukt i THEDM-2005-70869.

³⁴⁷ Folkvord (2013) s. 148.

I rettspraksis er det foreløpig bare kapitalinntektsmetoden som er tatt i bruk. I Enskilda-dommen aksepterte Høyesterett at metoden kunne benyttes for å beregne normalavkastningen for de stille deltakernes innskudd (avsnitt 91):

«Det samlede overskudd, som Interessentene mottar, skal fordeles på virksomhetsinntekt og arbeidsgodtgjørelse, og det er etter mitt syn uproblematisk at ligningsnemnden ved fastsettelsen av arbeidsgodtgjørelsen tar utgangspunkt i hva som kan anses som avkastning på innskutt kapital.»

Kapitalinntektsmetoden innebærer å beregne en forventet normalavkastning av skattyters kapitalinnskudd. Utbytte som overstiger normalavkastningen på innskuddet, må klassifiseres som arbeidsinntekt.³⁴⁸ Beregningen baseres på to faktorer: Aksjonærenes andel av selskapets totale kapital multiplisert med normalavkastning.³⁴⁹ I beregningen må det tas hensyn til innskutt egenkapital og risikokapital.³⁵⁰ Risikokapital er kapital som aksjonæren på nærmere angitte vilkår plikter å skyte inn i selskapet, for eksempel dersom selskapet har prekært behov for kapital. Risikokapital er altså ikke innskutt i selskapet, men fungerer som en garanti. Avkastningsgrunnlaget må også ta hensyn til kompensasjon for alternativ avkastning, inflasjonskompensasjon og risikokompensasjon.³⁵¹

I teorien har det vært noe uenighet om rentesatsen på kortsiktige eller langsiktige statsobligasjoner skal benyttes ved fastsettingen av risikogrunnlaget. Det er typisk kortsiktige obligasjoner som gir lavest risikopremie, og dermed lavest normalavkastning. Ravnaas er kritisk til bruken av kortsiktige obligasjoner i beregningsgrunnlaget, fordi aktive eiere ofte ikke vil avhende sine andeler før etter lang tid.³⁵² Folkvord mener derimot at bruken av kortsiktige obligasjoner er legitim, fordi de tilpasses markedet og markedssvingningene.³⁵³ I Sverige har man lignende regler for beregningen av normalavkastningen for majoritetsiere i mindre selskaper. Beregningen tar utgangspunkt i en såkalt «klyvningsränta» som er statslånsrenten utgangen av november før beskatningsåret oppjustert med 9 prosent. I svensk rett er det altså

³⁴⁸ For en dypere behandling av beregningsgrunnlaget viss det til Folkvord (2013) s. 149–154.

³⁴⁹ *Ibid.* s. 148.

³⁵⁰ Dette synes også forutsatt i Rt. 2010 s. 527 (BCG) avsnitt 42, selv om det ikke ble tillagt vekt da det var tegnet forsikring for deltakeransvaret.

³⁵¹ Folkvord (2013) s. 149–150.

³⁵² Ravnaas (2008) s. 133.

³⁵³ Folkvord (2013) s. 151.

fjorårets statsobligasjon som benyttes i beregningen av normalavkastningen.³⁵⁴ For egen del har jeg mest sansen for Folkvords syn, fordi kortsiktige obligasjoner tilpasses og justeres i lys av markedsutviklingen. Jeg erkjenner likevel at det er fordeler og ulemper med bruken av både kortsiktige og langsiktige obligasjoner.

Lønnsinntektsmetoden går ut på å identifisere normallønn for skattyters arbeid og beregne det overskytende som utbytte.³⁵⁵ Identifiseringen av normallønn må vurderes ut fra avlønningen til andre ansatte i samme bransje som arbeider på samme arbeidsvilkår. Det må også tas hensyn til selgers tidligere erfaring, kompetanse, utdanning o.l.³⁵⁶

Valget av modell for beregning av normalavkastning er omdiskutert i juridisk teori. Folkvord hevder at kapitalinntektsmodellen er mer presis enn lønnsinntektsmodellen. Ravnaas er derimot kritisk til kapitalinntektsmetoden, og argumenterer at metoden er skjønnsmessig og vanskelig å anvende i praksis, fordi det er vanskelig å beregne selskapskapitalen og normal avkastningsrate presist.³⁵⁷ Også andre sider av modellene har vært møtt med kritisk blick i skatterettslitteraturen. Før Enskilda- og BCG-dommene hevdet Banoun at ligningsmyndighetenes fastleggelse av avkastningsgrunnlaget gjennom kapitalinntektsmetoden «mangler enhver rettslig forankring.»³⁵⁸ Gjems-Onstad er kritisk til slike modeller generelt, og peker på at reglene strider mot «kravet til individuell og konkret vurdering.»³⁵⁹ Når Høyesterett likevel la kapitalinntektsmetoden til grunn i meglersakene, må det etter mitt syn legges til grunn at modellene kan benyttes som et utgangspunkt ved beregning av normalavkastningen.

Det kan spørres om kapitalinntektsmetoden er den *mest* hensiktsmessige fremgangsmåten i oppdelingsvurderingen mellom utbytte og lønn. Beregningen synes å være tidkrevende og skjønnsmessig. Mye av begrunnelsen for at det er høy grad av valgfrihet i utgangspunktet, er fordi klassifiseringen har marginal betydning provenymessig: Hensynet til provenyet veier ikke tyngre enn hensynet til skattemyndighetenes effektivitet. Det er kostbart for

³⁵⁴ SOU 2016: 75 s. 161.

³⁵⁵ Ravnaas (2008) s. 78.

³⁵⁶ Sml. Kvamme (2005) s. 315.

³⁵⁷ Ravnaas (2008) s. 133 flg. Det må imidlertid nevnes at Ravnaas publiserte boken sin i anledning tingrettsbehandlingen av avgjørelsen som senere falt i Enskilda-dommen. I tingrettsbehandlingen representerte Ravnaas den tapende part – SEB Enskilda.

³⁵⁸ Banoun (2008) s. 62.

³⁵⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 285.

skattemyndighetene å foreta inngående vurderinger avkastningen, som igjen kan spise opp forskjellen i proveny, fordi forskjellen i skattesats på utbytte og arbeidsinntekt er liten.

Lønnsinntektsmetoden synes å være retts teknisk enklere å anvende, fordi vurderingen i større grad beror på kvantifiserbart materiale og det er færre faktorer involvert i beregningen.³⁶⁰ Som nevnt bekrefter aktive eieres valgfrihet at den ene eller andre løsningen har liten betydning for provenyet. Anvendelse av lønnsinntektsmodellen harmonerer derfor godt med de hensyn som valgfriheten hviler på, og bør etter mitt syn benyttes i beregningen av normalavkastningen. Kapitalinntektsmetoden må derfor forbeholdes tilfeller der skattyter ikke har mulighet eller ønsker å legge frem dokumentasjon på hva som er normallønn i tilsvarende stillinger.³⁶¹

6.3 Aksjesalg med earn out-klausuler – hvor mye er arbeidsinntekt og aksjevederlag?

6.3.1 Innledning

I dette punktet behandler jeg klassifiseringen av vederlaget ved aksjesalg når salget kombineres med en arbeidsforpliktelse eller fortsatt arbeidsforhold. I skatterettslig terminologi kalles dette *earn out*.³⁶² Ved virksomhetsoverdragelser er det vanlig at nøkkelansatte forplikter seg til arbeid i kjøpende selskap en periode etter overdragelsen, og at utbetaling av kjøpesummen fordeles over tid i tråd med at ulike vilkår oppfylles.³⁶³ Det er to sentrale kommersielle årsaker til dette. For det første ønsker kjøper normalt å opprettholde stabilitet og kontinuitet i målselskapet. Dette ivaretas ved at viktige ansatte fortsetter i virksomheten en periode etter overdragelsen. Selgeren kan besitte spesiell bransjekunnskap, ha gode leverandøravtaler, en veletablert kundeportefølje, eller andre konkurransefortrinn som er viktig for selskapets drift.³⁶⁴ For det andre fungerer utløsningen som en brobygger mellom selger og kjøper.³⁶⁵ Ikke sjelden er det uenigheter om selskapets verdi ved oppkjøp av virksomheter.³⁶⁶ Når vederlaget knyttes opp mot konkrete

³⁶⁰ Ravnaas (2008) s. 132.

³⁶¹ Slik også Folkvord (2013) s. 148.

³⁶² Zimmer mfl. (2019) s. 614 flg.

³⁶³ Hansen/Lundgren (2014) s. 193.

³⁶⁴ Zimmer mfl. (2019) s. 615.

³⁶⁵ Aabø-Evensen (2011) s. 179.

³⁶⁶ *Ibid.* s. 512.

resultatmål, flyttes risikoen for kjøpers forventninger over på selger.³⁶⁷ Ikke minst kan det være skattemessige grunner til å forsøke å flytte arbeidsinntekt over i vederlaget for selskapet. Arbeidsinntekt skattlegges som nevnt opp mot 46 prosent, og dersom skattyter realiserer aksjene gjennom eget holdingselskap utløses ingen skatt, jf. § 2-38.

Earn out-klausuler utformes normalt slik at deler av vederlaget tilbakeføres dersom vilkårene ikke oppfylles. Dette kan være plikt til å arbeide en viss tid etter overdragelsen, nå en viss omsetning eller børskurs, eller en kombinasjon av disse.³⁶⁸ Andre ganger knyttes selve tilleggsvederlaget opp mot slike vilkår. Rettslig er det irrelevant om den ene eller andre tilnærmingen velges: Problemstillingen oppstår uansett fordi vederlaget kombineres med selgers deltakelse i den videre driften. Med vederlag menes i dette punktet hele eller deler av det ordinære aksjevederlaget, eller hele eller deler av et eventuelt tilleggsvederlag.³⁶⁹

En usikker markedssituasjon, uenighet rundt prissetting av selskaper og behovet for å knytte til seg kompetanse gjør bruken av earn out-klausuler velegnet som et virkemiddel ved virksomhetsoverdragelser. Den skatterettslige behandlingen av slike avtaler må derfor sies å være viktig, særlig av hensynet til forutsigbarhet.³⁷⁰

Punktet har følgende oppbygging: Først redegjør jeg for vurderingstema ved aksjesalg kombinert med arbeidsforpliktelser (punkt 6.3.2). Deretter undersøker jeg ulike grunnlag som aktualiserer tilknytning til arbeid ved earn out-klausuler. Jeg analyserer først tilknytning gjennom manglende kompensasjon for binding (punkt 6.3.3), før jeg behandler tilknytning på bakgrunn andre omstendigheter (6.3.4). Denne oppdelingen er gjort av pedagogiske årsaker, fordi det er vanlig å avtale at selger binder seg en viss tid etter overdragelsen. Dersom skattemyndighetene eller domstolen kommer til at deler av aksjevederlaget har tilknytning til arbeid, må klassifiseringens størrelse fastlegges. Som nevnt vil ofte tilknytningen gi anvisning på den nærmere fordelingen, men jeg gir likevel en sammenfatning av fremgangsmåten avslutningsvis (punkt 6.3.5).

³⁶⁷ Blauw (2019) s. 138.

³⁶⁸ Blauw (2019) s. 139–140.

³⁶⁹ For en behandling av tidfestingen av fradragene ved en eventuell omklassifisering, se Hauge (2012) s. 363–364.

³⁷⁰ Hansen/Lundgren (2014) s. 193.

Fordelingen av vederlagssummen ved earn out er et velkjent fenomen internasjonalt. I amerikansk rett har særlig *The Lane Processing Trust v. United States* gitt presedens.³⁷¹ I saken ble selskapsandeler solgt med overskudd. Selskapet var eid utelukkende av aktive eiere. For få en del av vederlaget fra salget måtte man være ansatt på ulike tidspunkt. Størrelsen på andelene var basert på selgerens stilling og ansettelsestid. Vederlaget ble av disse årsaker ansett som «compensation» og måtte skattlegges som inntekt og ikke vederlag for andelene. Løsningen ble imidlertid motsatt i *R.J. Reynolds Tobacco Company v. United States*.³⁷²

6.3.2 Nærmere om vurderingstema

Foruten den generelle hjemmelen i sktl. § 5-1 første ledd og andre ledd foreligger det ikke et særskilt lovfestet delingsinstitutt for aksjetransaksjoner.³⁷³ Spørsmålet blir da om deler av vederlaget er «vunnet ved arbeid» når selger skal være aktiv i virksomheten, og deretter hvor stor del av vederlaget som i så fall er vunnet ved arbeid.

I Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) ga Høyesterett retningslinjer for fordelingen av vederlagssummen ved virksomhetsoverdragelse kombinert med arbeidsforpliktelse. Saken omhandlet overdragelse av et enkeltpersonforetak der selger ble ansatt i kjøpers selskap. Etter avtalen fikk kjøper rett til å benytte seg av selgers firmanavn, kundeportefølje mv. I saken anså partene kjøpesummen på 2 millioner kr. som vederlag for enkeltmannsforetaket, hvorav 400 000 kr. var prisen på fast inventar og driftsmidler, mens 1,6 millioner kr. var beregnet som goodwill. Skattemyndighetene klassifiserte 1,6 millioner kr. som arbeidsinntekt, med den begrunnelse av forretningsverdien var personavhengig. Høyesterett tilsluttet skattemyndighetenes klassifisering, og konkluderte enstemmig med at vederlaget på 1,6 millioner kr. utgjorde personavhengig goodwill og skulle skattlegges som arbeidsinntekt. I avsnitt 34 uttales det:

«Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt.»

³⁷¹ 25 F.3d 662 (8th Cir. 1994).

³⁷² 149 F. Supp. 889 (Ct. Cl. 1957).

³⁷³ Krohnstad (1999) s. 7.

Kriteriene er fulgt opp for aksjeoverdragelser i Rt. 2009 s. 813 (Gaard) avsnitt 51.³⁷⁴ Deler av vederlaget er vunnet ved arbeid dersom det reflekterer signeringshonorar, vederlag for fremtidig arbeidsinnsats eller vederlag for konkurransebegrensninger eller arbeidsplikt. I utgangspunktet er det underordnet hvilken av disse vederlaget reelt er ment å godtgjøre, fordi alle uansett reflekterer en «fordel vunnet ved arbeid», jf. § 5-1.

Poenget er at partenes omtale av ytelsene i avtalen ikke er avgjørende for klassifiseringen.³⁷⁵ Som nevnt har partene normalt insentiv til å klassifisere så mye som mulig som vederlag for aksjene. Som presisert av Gjems-Onstad er målsettingen ved klassifiseringen av vederlaget i earn out-saker «at man skal finne den delen av vederlaget som partene har forutsatt skal betales for arbeidsinnsatsen.»³⁷⁶ Hvilken del av betalingen som reflekterer de ulike ytelsene i avtaleforholdet må avgjøres gjennom en tolkning av alle avtaler som kan kaste lys over partenes rettigheter og plikter i avtaleforholdet, herunder kjøps-, arbeids-, og aksjonæravtaler.³⁷⁷

Nedenfor drøfter jeg ulike omstendigheter som aktualiserer tilknytning til arbeid i earn out-saker. En svakhet kategoriseringen er at de fleste earn out-saker inneholder flere av omstendighetene som nedenfor behandles isolert. Jeg vil derfor fortløpende harmonisere de ulike omstendighetene med hverandre for å gi et fullstendig bilde av helheten i problemstillingen.

Drøftelsene nedenfor er i utgangspunktet relevant for aksjesalg kombinert med en arbeidsforpliktelse. Resonnementene kan likevel tenkes å ha overføringsverdi til andre saker der bindingsforpliktelser eksisterer før selve salget. I Rt. 2010 s. 999 (First) var spørsmålet om skattytere som stiftet et aksjeselskap allerede på stiftelsestidspunktet kunne skattlegges for sine andeler av selskapsverdien ut over innskuddet. I saken hadde 50 meglere sluttet i sine stillinger og startet et eget selskap. Alle meglerne fikk tegne aksjer i det nye selskapet. Som følge av meglernes kompetanse var aksjene antakelig vesentlig mer verdt enn det aksjeinnskuddet på stiftelsestidspunktet ga uttrykk for. Kort tid etter stiftelsen ble aksjene solgt med stor gevinst. Meglerne ble skattlagt allerede på stiftelsestidspunktet, men ligningen ble opphevet fordi de ikke kunne ha innvunnet noen fordel allerede på stiftelsestidspunktet. Fordi en skatteplikt allerede på stiftelsestidspunktet utgjorde et annet faktisk forhold enn den senere gevinsten, kunne Høyesterett av prosessuelle årsaker ikke ta stilling til spørsmålet.

³⁷⁴ Uten å tillegge slike utsagn noen rettskildemessig vekt, observerer jeg at enkelte advokatfirmaer i diverse nyhetsbrev har tatt til orde for at det gjelder et krav om «særlig og nær» tilknytning til ansettelsesforholdet for omklassifisering ved earn out. Dette kan naturligvis ikke legges til grunn *de lege lata*.

³⁷⁵ Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal) avsnitt 35.

³⁷⁶ Gjems-Onstad (2001) s. 74–75.

³⁷⁷ Zimmer mfl. (2019) s. 616.

Avgjørelsen gir derfor neppe bidrag for fastleggelsen gjeldende rett i earn out-saker,³⁷⁸ men det kan vel så gjerne tenkes at momentene nedenfor kunne vært relevant i en ny behandling av saken.

6.3.3 Tilknytning gjennom manglende kompensering for binding

6.3.3.1 Foreligger det en binding til arbeidet?

A: Binding gjennom arbeidsplikt og konkurranseklausuler

I det følgende analyserer jeg arbeidsplikt og konkurranseklausuler som mulige tilknytningspunkter til arbeid. Med arbeidsplikt menes at selgeren forplikter seg til å jobbe i virksomheten en viss periode etter salget. En konkurranseklausul begrenser arbeidstakers adgang til å tiltre stillinger hos andre eller starte, drive eller delta i annen virksomhet etter arbeidsforholdets opphør, jf. aml. § 14 A-1. Formålet er å sikre verdier og hindre konkurranse en viss tid etter overdragelsen.

Det er ikke mulig å kreve naturaloppfyllelse for arbeidsforpliktelser, jf. aml. § 1-8, jf. §§ 15-4 og 15-3. Dersom partene avtaler en bindingsklausul, kunne dette i utgangspunktet tilsi at bindingen ikke er så reell som den gir uttrykk for. Dette poenget forsøkte skattyter å bygge på i Alvdal-dommen. Ved overdragelse av et enkeltpersonforetak påtok den eneste ansatte seg å jobbe i kjøpende virksomhet frem til pensjonsalder. Selv om klausulen var arbeidsrettslig ugyldig, og skattyter når som helst kunne si opp stillingen, konkluderte Høyesterett med at bindingen var reell. Det ble lagt vekt på at arbeidstaker av ulike årsaker kan være moralsk og økonomisk forpliktet til å fortsette arbeidet, og at et avsluttet arbeidsforhold i seg selv utgjør et mislighold av salgavtalen.³⁷⁹ Vederlaget kan derfor være basert på en *de facto* arbeidsforpliktelse.³⁸⁰ Det samme gjelder for konkurranseklausuler: Disse kan ikke håndheves av en domstol, men brudd kan likevel utgjøre et mislighold på salgavtalen. I teorien er det også antatt at det er en viss adgang for å kreve vinningsavståelseskrav som brudd på avtalte konkurranseklausuler.³⁸¹ Dersom konkurranseklausulen er så omfattende at det i realiteten

³⁷⁸ Folkvord mfl. (2018) s. 1204.

³⁷⁹ Rt. 2006 s. 420 avsnitt 35.

³⁸⁰ Zimmer mfl. (2019) s. 617.

³⁸¹ Monsen (2006) s. 173.

innebærer en fullstendig arbeidsnekt, kan det argumenteres for at vederlaget har tilknytning til arbeid, fordi det «trer i stedet for arbeidsinntekt», jf. sktl. § 5-10 bokstav c).³⁸²

Det er ikke avgjørende om selgeren formelt har bundet seg til selskapet. Skattemyndighetene kan etter en konkret bevisvurdering legge til grunn at selgeren har bundet seg til å jobbe i selskapet uten at dette er avtalt. I Alvdal-dommen var ikke vederlaget betinget av selgers ansettelse, men det fremgikk forutsetningsvis av avtalen fordi kjøper skulle benytte seg av firmanavnet som var identifisert med selger (avsnitt 44). Dessuten hadde kjøper uttalt at «forutsetningen var at [selgeren] skulle arbeide hos oss for en periode», og manglende oppfyllelse av dette ble ansett som et mislighold fra deres side.³⁸³ En forutsetning for vederlaget var altså at selgeren tok arbeid i kjøpers virksomhet.

B: Binding gjennom resultatklause

Selv om selgeren ikke formelt har bundet seg gjennom arbeidsforpliktelser eller konkurranseklausuler, kan det i enkelte tilfeller legges til grunn at selgeren reelt har bundet seg gjennom en resultatklause. En resultatklause er vanlig ved virksomhetsoverdragelser og i utgangspunktet medfører ikke slike klausuler alene noen risiko for å etablere tilknytning til arbeidet.³⁸⁴ Dette henger sammen med at resultatklause «i prinsippet kan oppnås uten arbeidsinnsats».³⁸⁵ I dette punktet er imidlertid spørsmålet om et resultat som er særlig avhengig av en eller flere selgers arbeidsinnsats kan gi grunnlag for å etablere tilknytning til selgers arbeid.³⁸⁶ For resultatklause er problemet at kjøpere alltid i større eller mindre grad betaler for virksomhetens – og da ofte de ansatte – sine prestasjoner. I praksis avtales det visstnok etter Alvdal- og Gaard-dommene normalt bare resultatklause som vilkår for utbetaling av tilleggsvederlag.

En resultatklause kombinert med bindingstid og konkurranseklausul er normalt tilstrekkelig for å etablere tilknytning til arbeid, jf. Gaard-dommen. Avgjørelsen gir derfor ikke veiledning for resultatklause når det ikke foreligger øvrige bindinger i form av konkurranseklausul eller arbeidsplikt.

³⁸² Blauw (2019) s. 139.

³⁸³ Dommens avsnitt 49.

³⁸⁴ Blauw (2019) s. 138.

³⁸⁵ Dahl (2012) s. 38.

³⁸⁶ Slike klausuler kan imidlertid skape interessekonflikter mellom kjøper og selger, fordi de nye eierne ønsker å benytte selskapets ressurser for å realisere målene, se Folkvord mfl. (2018) s. 1203.

Skatte-ABC nevner bare konkurranseklausuler og arbeidsplikt som tilfeller som aktualiserer en omklassifisering ved earn out.³⁸⁷ Heller ikke i retts- og ligningspraksis har jeg sett eksempler på omklassifisering ved rene resultatklauseler. Løsningen er diskutabel: Kjøpers formål med klausulen er ofte lik som ordinære bindings- og konkurranseklausuler. Det er derfor en fare for at reelle bindinger avtales gjennom resultatklauseler for å sikre kompetansen til viktige selgere og i tillegg redusere risikoen for omklassifisering. Slik kan partene omgå omklassifisering og samtidig sikre kompetansen til nøkkelansatte. Ved virksomhetsoverdragelser er det nærliggende at struktureringen tar høyde for at resultatklauseler i mindre grad innebærer en risiko for omklassifisering. Men dersom det reelt foreligger binding, på samme måte som arbeidsplikt og konkurranseklausuler, må denne kompenseres på samme måte som for slike.

At resultatklauseler innebærer en risiko for hel eller delvis omklassifisering hvis kjøperne reelt har betalt for selgerens fortsatte arbeid, er også lagt til grunn i juridisk teori.³⁸⁸ Dette er tradisjonelt formulert som at omklassifisering kan skje hvis kjøper reelt har betalt for selgers fortsatte arbeid i det solgte selskapet. At det skal temmelig mye til før det foreligger tilknytning til arbeid ved slike klauseler, er likevel klart.³⁸⁹

Aabø-Evensen argumenterer for at det aldri kan bli tale om omklassifisering uten at selgerne formelt har bundet seg til arbeidsforholdet.³⁹⁰ Han peker på at forholdet til passive aksjonærer tilsier at det ikke bør gjøres en forskjell *bare* fordi man tar arbeid. Han må forstås slik at koblingen til de passive aksjonærene bevismessig utgjør et så tungtveiende argument at vederlaget ikke kan knyttes til selgerens arbeidsforhold. Dersom det aksepteres at formelle bindinger utgjør et minstevilkår for å oppstille tilknytning til arbeid ved earn out-saker – slik Aabø-Evensen tar til orde for – overser man at det kan foreligge reelle, men ikke formelle, bindinger til utbetalingen. Nærheten til arbeidsforholdet er lik uavhengig om man anlegger en reell eller formell betraktning; i begge tilfeller er selger avhengig av å arbeide for å få utbetalt vederlaget. Det er derfor underordnet om man velger å binde selger gjennom en konkurranseklausul, arbeidsplikt eller resultatklausele, dersom virkningen er lik. Som jeg kommer tilbake til i punkt 6.4.4.1, er likhet mellom aktive og passive aksjonærer likevel et

³⁸⁷ Skatte-ABC 2020 3. utgave s. 1274.

³⁸⁸ Zimmer mfl. (2019) s. 618 med videre henvisninger.

³⁸⁹ Klingenberg (2002) s. 106.

³⁹⁰ Aabø-Evensen (2011) s. 181.

temmelig tungtveiende moment i vurderingen av om vederlaget har tilknytning til selgers arbeid.

Et problematisk aspekt ved resultatklausuler imidlertid at det kan være krevende å avgjøre om innfrielsen av resultatklausulen er en konsekvens av selgers arbeidsinnsats eller andre faktorer.³⁹¹ Det er kun i det første tilfellet selger reelt kan sies å ha bundet seg, og det kan etableres tilknytning til arbeidet. Etter mitt syn må det derfor skilles mellom tilfeller der innfrielsen av resultat er avhengig av eksterne faktorer som markedet generelt, den øvrige arbeidsstokkens kollektive innsats, offentlige føringer mv. på den ene siden, og resultater som helt eller delvis er avhengig av selgers innsats på den andre.

Etter mitt syn gir følgende eksempel en god illustrasjon på at tilknytning til arbeid gjennom en resultatklausul: Gründeren som er eneaksjonær i eget selskap har funnet opp en unik programvare. Det er bare gründeren som har kompetanse i programvaren. Etter flere år med god omsetning selger han aksjene for 40 millioner med en earn out-forpliktelse. Selgeren som skal fortsette som daglig leder må tilbakebetale hele vederlaget dersom programvaren ikke omsettes med en viss sum i løpet av tre år. Hvis selger ikke kompenseres for denne bindingen på annen måte, er det grunn til å se det slik at selger har bundet seg til å arbeide der en viss periode, fordi hele vederlaget er sterkt avhengig av gründerens prestasjoner.

6.3.3.2 Er bindingen rimelig kompensert?

Dersom selgeren har bundet seg til arbeid hos kjøper, må det vurderes om bindingen er rimelig kompensert på annen måte enn gjennom vederlaget for aksjene. Hvis bindingen ikke er kompensert, er det nærliggende at en del av vederlaget har tilknytning til selgers arbeid. Det har liten betydning at selger mottar markedslønn parallelt: Lønnsnivået er høyere for skattytere som innskrenker sine handlingsmuligheter sammenlignet med de som ikke gjør det.³⁹²

Et viktig spørsmål er hvorfor bindinger skal kompenseres ut over vederlaget for aksjene. Helt grunnleggende er det naturlig at ingen ønsker å innskrenke sine handlingsalternativer uten godtgjørelse, og hvis innskrenkingen ikke er kompensert er det nærliggende å se en del av vederlaget som kompensasjon for bindingen. På et overordnet nivå er det mer komplekst: Tidligere i oppgaven nevnte jeg at hensynet til å unngå kapitalflukt er den viktigste årsaken til

³⁹¹ Sml. Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 76.

³⁹² Skatte ABC 2020 3. utgave s. 1274.

at forskjellen i skattesats mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt.³⁹³ Dette bygger på et premiss om at kapital flyttes enklere enn arbeidskraft. Hvis kjøper reelt ønsker å knytte seg til arbeidskraft, gjør derfor ikke hensynet til kapitalflukt seg gjeldende, fordi selger uansett blir værende i Norge. Den lave skattesatsen bør derfor ikke komme til anvendelse hvis formålet med vederlaget er å binde arbeidskraft – noe det ofte er i earn out-saker.

I enkelte tilfeller kan det likevel tenkes legitime årsaker for at bindingen ikke skal kompenseres. Dette kan være hvis selger etter overdragelsen ønsker å sikre fremtidig arbeid.³⁹⁴ Dersom selger kan dokumentere at han har et legitimt behov for ikke å stå uten arbeid, som f.eks. av hensyn til alder, sykdom, konkurransesituasjonen i markedet eller lignende, må det legges til grunn at bindingen ikke trenger å kompenseres. I LG-2003-9711 ble tre selgere ikke hørt med at bindingen var gjort for å sikre eget arbeid. I saken solgte tre aksjonærer 51 prosent av aksjene i et selskap. Selgerne måtte være ansatt i tre år for at ikke deler av vederlaget skulle tilbakebetales. Lagmannsretten erkjente at sikring av arbeidsforpliktelse kunne forklare at bindingen ikke var kompensert. Når bindingen ble tolket i lys av en aksjepris på mer enn det dobbelte som for de passive – som satt med to prosent mindre eierandel – ble likevel ikke momentet tillagt særlig vekt. I slike tilfeller er det mer nærliggende å sikre seg med andre klausuler, som f.eks. lengre oppsigelsestid eller regulære avtaler uten tilknytning til tilleggsvederlaget.

I vurderingen av om bindingen er rimelig kompensert må det tas utgangspunkt i selgers lønn i arbeidsperioden. Det må foretas en verdsettelse av bindingstypens lengde og varighet, og holde det opp mot den avtalte lønnen. Selv om selger får markedsmessig lønn for arbeidet, kan lønnen være for lav når arbeidsplikten eller konkurranseklausulen tas i betraktning. Hvis det er et avvik mellom verdien av bindingen og lønnen som utbetales, må forskjellen antas å ligge som en del av aksjevederlaget. Avviket mellom en rimelig kompensasjon og lønnen må derfor omklassifiseres fra aksjevederlag til arbeidsinntekt. I Alvdal-dommen hadde selgeren bundet seg til å jobbe hos kjøper frem til pensjonsalder uten at dette var kompensert i lønnen. Store deler av vederlaget hadde derfor tilknytning til selgerens arbeid, som en kompensasjon for bindingen.

³⁹³ Se punkt 3.2.

³⁹⁴ Slik også Folkvord mfl. (2018) s. 1204.

6.3.4 Tilknytning som følge av andre omstendigheter

6.3.4.1 Ulik behandling av aktive og passive aksjonærer

Selv om det ikke foreligger en formell binding til selskapet, kan tilknytning mellom vederlaget og selgers arbeid etableres på bakgrunn av andre omstendigheter. Det er et grunnleggende utgangspunkt at aksjer med like aksjonærrettigheter er verdt like mye, jf. Rt. 1927 s. 819 (Foyn) og punkt 6.2.2.4.³⁹⁵ Aksjepris kan imidlertid forhandles individuelt i tråd med prinsippene om avtale- og forhandlingsfrihet.³⁹⁶ Prisforskjeller mellom aktive og passive aksjonærer kan derfor tale for at deler av vederlaget er vunnet ved arbeid for selger.³⁹⁷ Dersom aktive eiere mottar et høyere vederlag for sine aksjer enn de passive eierne, indikerer det at differansen av vederlaget reflekterer vederlag for de aktive eiernes arbeidsinnsats. Det samme gjelder hvis det kun er de aktive får rett til tilleggsvederlag. Forskjeller mellom passive og aktive aksjonærer kan altså ofte aktualisere tilknytning til selgers arbeid.

Den danske avgjørelsen inntatt i TfS 2003.677 illustrerer et klart tilfelle på at ulik vederlagssum mellom aktive og passive aksjonærer aktualiserer tilknytning til arbeid. I saken hadde flere aksjonærer solgt alle aksjene i et selskap for totalt 200 millioner DK. Tre av aksjonærene var ansatt i selskapet, og et delvederlag på 50 millioner DK – som ikke tilfløt de øvrige aksjonærene – var betinget av at de var ansatt i tre år. Landsskatteretten klassifiserte hele tilleggsvederlaget som lønn, og la avgjørende vekt på at de passive aksjonærene hadde mottatt betydelig mindre for sine aksjer uten arbeidsforpliktelsen.

At de aktive eierne får mer vederlag for sine aksjer enn de passive, taler likevel ikke alltid for at det kan etableres tilknytning. Ulike aksjonærgrupper kan ha ulikt syn på selskapets verdsettelse og hva de ønsker å selge for. Det kan for eksempel tenkes at en passiv aksjonærgruppe har likviditetsproblemer og sier seg villig til å selge sine andeler til en lavere pris for å få utbetalingen umiddelbart, mens de aktive eierne ikke ønsker å selge til samme pris. Her er det nærliggende å se hen til punkt 5.3.3.2 om hva som er årsaken til den gode forhandlingssituasjonen.

³⁹⁵ Slik også Krohnstad (2006) s. 74.

³⁹⁶ Aabø-Evensen (2011) s. 181.

³⁹⁷ Zimmer mfl. (2019) s. 618.

Etter asl. og asal. § 5-17 til 5-21 må aksjonærene tilfredsstille flertallskrav for å foreta ulike selskapsrettslige disposisjoner.³⁹⁸ Poster som gir flertallskrav kan ofte forklare en noe høyere aksjepris enn ordinære andeler. Men det må oppstilles et ytterpunkt: Som fremholdt av lagmannsretten i LG-2003-9711, kan en «gunstig forhandlingsposisjon [tilsi] utsikt til bedre betaling», men posisjonen kan ikke alene forsvare en pris på mer enn det dobbelte enn den andre aksjonærgruppen (som satt på 51 prosent).³⁹⁹

Det kan imidlertid diskuteres om dette reelt er et spørsmål om *hva* som er markedspris: Aksjer som bidrar til å gi majoritetsaksjonærene kontroll over selskapet verdsettes normalt høyere enn aksjer som ikke gir slike rettigheter.⁴⁰⁰ Uansett illustrerer punktet at forskjell i pris kan forklares i andre omstendigheter enn selve arbeidsforholdet.

I den nevnte LG-2003-9711 hadde kjøper i forbindelse med et oppkjøp ferdigstilt en avtale med passive aksjonærer som eide 49 prosent av selskapsandelen, før de deretter foretok forhandlinger med de aktive som satt på de resterende postene. At avtalene ble inngått på ulike tidspunkt, kunne i utgangspunktet tilsi at en *viss* forskjell i pris burde aksepteres. Prisen var imidlertid betydelig; de aktive eierne fikk mer enn det dobbelte for en aksjonærpost som var to prosent større. I tillegg ble avtalen inngått med en kombinasjon av arbeidsplikt og tilbakebetalingsklausul. I et slikt tilfelle kunne tidspunktet for avtaleinngåelsen vanskelig forklare en så betydelig prisforskjell.

I juridisk teori har Aabø-Evensen vært kritisk til betydningen av prisforskjeller mellom aktive og passive aksjonærer i klassifiseringsspørsmålet ved *earn out*.⁴⁰¹ Han mener at aktive selgere behandles urimelig i lys av at passive selgere ikke risikerer omklassifisering, fordi de ikke har en arbeidsforpliktelse.⁴⁰² Det er likevel en skatterettslig grunntanke at man bedømmes ut fra det man foretar seg – ikke *hva* man *kunne* gjort.⁴⁰³ Når aktive eiere faktisk tar på seg en arbeidsforpliktelse må de altså vurderes ut fra dette. På den andre siden vil lik aksjepris for passive og aktive aksjonærer gjennomgående være et tungtveiende bevismessig argument *mot* tilknytning til selgers arbeidet, selv om det foreligger andre bindinger til selskapet.⁴⁰⁴

³⁹⁸ Se til illustrasjon LG-2004-309.

³⁹⁹ Slik også Kvamme (2005) s. 311. Se også Aabø-Evensen (2011) s. 181.

⁴⁰⁰ Aabø-Evensen (2011) s. 181.

⁴⁰¹ *Ibid* s. 179.

⁴⁰² *Ibid*.

⁴⁰³ NOU 2016: 5 *Omgåelsesregelen i skatteretten – Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten* s. 35.

⁴⁰⁴ Slik også Zimmer mfl. (2019) s. 618.

Som jeg har fremholdt ovenfor taler lik behandling av salgsvederlaget hos passive og aktive aksjonærer normalt for at alle deler av vederlaget er knyttet til selskapets verdier. Unntak må imidlertid oppstilles der de passive aksjonærene eier en uvesentlig del av selskapets andeler og majoriteten av selskapets verdi knytter seg til de aktive selgerne.⁴⁰⁵ Som fremhevet av Zimmer, kan det tenkes at disse har mottatt et mervederlag for sine aksjer med det formål å «legitimere» at de aktive aksjonærene har mottatt vederlag for arbeid for sine.⁴⁰⁶

6.3.4.2 Selgers lønn i arbeidsperioden

Hvis avtalen ikke oppstiller noen bindinger til selgers fortsatte ansettelse i selskapet og selger også mottar markedsmessig lønn, taler det tungtveiende for at hele vederlaget må klassifiseres som aksjevederlag. I Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal), som ble gjennomgått ovenfor, argumenterte skattyter med at han var avlønnet med markedslønn, og at det av den grunn ikke var grunnlag for omklassifisering. Høyesterett valgte likevel å se bort fra lønnen, fordi allerede forelå en «sammenheng mellom vederlag og senere arbeid» (avsnitt 51). Når avtaleforholdet ga et selvstendig grunnlag for tilknytning mellom vederlaget og arbeidet, var det faktum at han også mottok lønn irrelevant. En annen løsning ville ført til at en kunne omgå vederlag for bindingsklausuler og konkurranseklausuler, ved å avtale markedsmessig lønn.

Hvis selger får lavere lønn enn tidligere er det nærliggende å se en del av vederlaget som kompensasjon for lønnen.⁴⁰⁷ Enda større grunn for tilknytning er det hvis selgeren ikke mottar lønn i det hele tatt. Dersom selger er aktiv og får beholde aksjer, kan det likevel være at selger ønsker at lønnen skal være lav, hvis resultatforpliktelsene er knyttet opp mot selskapets omsetning.⁴⁰⁸ Selger kan da vær villig til å prioritere selskapets resultat fremfor egen lønn for å realisere utbetalingen av tilleggsvederlaget. I slike tilfeller må det aksepteres at lønnen er noe lavere uten at dette medfører at deler av vederlaget har tilknytning til arbeid.

Hva som utgjør markedslønn, må vurderes ut fra avlønningen til lignende ansatte i samme situasjon. Det må tas hensyn til selgers tidligere erfaring, kompetanse, utdanning o.l.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Zimmer mfl. (2019) s. 618.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Slik også Wangen (2002) s. 42.

⁴⁰⁸ *Ibid.* s. 41.

⁴⁰⁹ Kvamme (2005) s. 315.

Differansen mellom selgers lønns- og bonusutbetalinger og markedsmessig lønn må antas å ligge i vederlaget for aksjene, og denne må derfor omklassifiseres til arbeidsinntekt.⁴¹⁰

Det kan imidlertid tenkes andre årsaker til at selger får under markedsmessig lønn. Selger kan ha et ønske om å redusere arbeidsinnsatsen.⁴¹¹ Hvis selger overfører alle aksjene til kjøper har han heller ingen aksjonærinteresser ut over tilleggsvederlaget. Det kan også tenkes at selger ikke lenger har særlige interesser i selskapets vekst. Hvorvidt slike omstendigheter skal tillegges vekt i tilknytningsvurderingen mellom vederlaget og selgers arbeid, må avgjøres konkret.

I juridisk teori har Gjems-Onstad holdt åpent for å legge til grunn at skattyters lønn må verdsettes som en alternativ gründerinntekt, dvs. at det ikke skal tas utgangspunkt i en ordinær lønn, men hva selger kunne tjent ved å opparbeide seg et nytt selskap. Standpunktet er imidlertid ikke fulgt opp i juridisk teori eller nyere rettspraksis, og det er derfor neppe grunnlag for at skattyters lønn skal beregnes ut fra en hypotetisk gründerinntekt. Dette følger etter mitt syn allerede av det skatterettslige utgangspunktet om at man bedømmes ut fra det man gjør – ikke hva man kunne ha gjort.⁴¹²

6.3.4.3 Sammenhengen mellom tilleggsvederlaget og selgerens arbeidsprestasjoner

En typisk situasjon er at tilleggsvederlaget størrelse er knyttet til arbeid, som å være ansatt eller avstå fra konkurrerende virksomhet. Dersom tilleggsvederlaget knyttes til en fortsatt arbeidsforpliktelse, innebærer det at utbetalingen må nås gjennom arbeid.⁴¹³ Dette var tilfellet i Gaard-dommen, hvor utbetalingen av tilleggsvederlaget var betinget av opprettholdelse av karensklausuler og ansettelse på utbetalingstidspunktet. Høyesterett konkluderte enstemmig med at alle deler av tilleggsvederlaget som var knyttet til selgernes ansettelse måtte regnes som arbeidsinntekt. Etter mitt syn er det likevel ikke opplagt at verdien av konkurranseklausulen og arbeidsplikten skulle korrespondere med hele tilleggsvederlaget. I saken anførte selgerne at deres andel av tilleggsvederlaget gjenspeilet deres aksjeandel, slik at de fikk ulik lønn til tross for at ansettelsesbetingelsene og arbeidsoppgavene var like. Slik fikk utbetalingen nærmere sammenheng med aksjevederlaget, samtidig som tilknytningen til arbeidet ble mer fjern og

⁴¹⁰ Kvamme (2005) s. 315.

⁴¹¹ Wangen (2002) s. 41.

⁴¹² Rt. 2009 s. 813 (Gaard) avsnitt 55.

⁴¹³ I samme retning, se Blauw (2019) s. 138 som fremholder at arbeid som vilkår for utbetaling av tilleggsvederlag gjør at man «raskt kunne komme i faresonen for skattemessig omklassifisering.»

avledet. Høyesterett erkjente at dette etter omstendighetene kunne tillegges vekt, men uttalte likevel (avsnitt 69):

«Jeg er enig i at dette umiddelbart kan synes å tale mot statens tolking. Men jeg kan ikke se at dette forholdet har den vekten som ankemotpartene tillegger det. Da selgerne minst mottok markedslønn, er det som allerede nevnt mye som taler for at en vesentlig del av restvederlaget var begrunnet i karensklausulen. Og da MIS var stiftet av Liseth og Gaard, var det ikke unaturlig at deres andel tilsvarte deres eierandeler i selskapet.»

Etter min oppfatning kan Høyesteretts begrunnelse diskuteres. Andelene av restvederlaget svarte til selgernes forholdsmessige eierandel.⁴¹⁴ Selgerne hadde også identiske arbeidsforpliktelser, men ulik eierandel – dvs. at den angivelige prisen for konkurranseklausulene var forskjellig selv om klausulene var identiske. Konsekvensen er at kjøperen betalte nesten fem ganger så mye for konkurranseklausulen til selgeren med størst aksjepost, selv om klausulen var felles for alle.⁴¹⁵

Antakelig må det riktige være at en del av aksjevederlaget reflekterte vederlag for konkurranseklausulen og arbeidsplikten.⁴¹⁶ En mer hensiktsmessig fremgangsmåte hadde vært å verdsette konkurranseklausulen og arbeidsplikten og redusere tilleggsvederlaget med disse verdiene.

I andre tilfeller er størrelsen på tilleggsvederlaget nærmere knyttet opp mot arbeidsprestasjoner. Om størrelsen på utbetalingen varierer ut fra lengde og tjenesteytelse, er det nærliggende å se en del av vederlaget som en ordinær bonus. Også her er Høyesteretts argumentasjonsmønster i Rt. 2009 s. 105 (Enskilda) overførbar. Hvis tilleggsvederlaget henger sammen med arbeidsprestasjonene på samme måte som i Enskilda-dommen, er det nærliggende å anse hele eller deler av vederlaget som en form for bonusutbetaling for selgernes prestasjoner.

Det er likevel ingenting i veien for at en aktiv eier jobber hardt i earn out-perioden for å nå et resultatmål.⁴¹⁷ Hvis hardt arbeid utført i arbeidsperioden er kompensert på andre måter enn tilleggsvederlaget, f.eks. gjennom høyere lønn eller særskilt bonusbetalinger, er det mindre nærliggende å se tilleggsvederlaget som en bonus. Her er det også relevant å se hen til typen

⁴¹⁴ Slik også Zimmer (2010b) s. 320.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Dahl (2012) s. 38.

arbeid i earn out-perioden. I teorien er det gjort et hovedskille mellom nyskaping og sikring av eksisterende verdier. Gjems-Onstad argumenterer for at sikring av verdier gjør «parallellen til vanlig markedslønn» nærliggende, og fastholder at:⁴¹⁸

«Er det ekstra vederlaget knyttet opp til bindingstiden, gjort avhengig av ekstraordinære resultater, kan vurderingen bli annerledes. Da kan man se dette som en bonus for ekstra nyskapeende innsats som finner sted i perioden etter at aksjeoverdragelsen fant sted. Dette taler for lønnsbeskatning av denne del av vederlaget eller i hvert fall en del av det.»

6.3.4.4 Partenes formål med og forståelse av transaksjonen

Partene kan ha ulike oppfatninger om selskapets verdi med og uten selgernes fortsatte arbeidsinnsats. Selger kan ha forventning om at kjøperen kun ønsker selskapets verdier, mens kjøper i realiteten ønsker selgers fremtidige arbeidsinnsats. Enkelte ganger kan det tenkes at selgeren ikke forstår at en del av vederlaget knytter seg til selgernes arbeidsinnsats. Et viktig spørsmål er derfor hvilken betydning selgers forståelse av vederlagssummen har for spørsmålet om vederlaget har tilknytning til arbeid.

I Gaard-dommen synes Høyesterett å vektlegge selgers forståelse i tilknytningsspørsmålet. I saken drøftet Høyesterett hvor sentral kjøperen var for at overdragelsen fant sted. I omtalen av reservasjonene for vederlagsfordelingen ved dødsfall, uførhet samt oppsigelse og avskjed, uttaler Høyesterett at disse «underbygger at også [selgerne] oppfattet arbeidsplikten og karensklausulen som et vilkår for å få utbetalt restvederlaget» (avsnitt 63).

Etter mitt syn kan det likevel ikke oppstilles et kunnskapskrav for at vederlaget skal ha tilknytning til arbeid. Oppbyggingen i § 5-1 første ledd og om en fordel er «vunnet ved arbeid» avgjøres objektivt. En slik forståelse underbygges fra praksis om grensen for skatteplikt: Hvis en snekker driver et selskap og bygger et hus til sønnen som også er ansatt i selskapet, er et viktig moment om faren hadde som formål å gi sønnen en gave eller avlønning. Problemet oppstår først når huset – som faren mener er en gave – blir foreslått omklassifisert til arbeidsinntekt av skattemyndighetene. I vurderingen av om huset må regnes som en skattefri gave eller arbeidsinntekt, må det foretas en objektiv vurdering av om gaven er vunnet ved

⁴¹⁸ Gjems-Onstad (2001) s. 74–75.

arbeid, men både givers *formål* og mottakers *forståelse* av gaven er sentrale momenter.⁴¹⁹ Dersom kun givers og mottakers forståelse av gaven ble tillagt vekt, kunne gavedisposisjoner blitt påberopt for å unngå skatteplikt. Den samme tankegangen gjelder for klassifiseringen ved *earn out*: Partenes formål og forståelse av vederlagssummen utgjør momenter i vurderingen av om vederlaget har tilknytning til selgers arbeid, men ikke selvstendige vilkår.

Ved undersøkelsen av partenes formål kan strukturering av transaksjonen få betydning. I *Gaarddommen* skulle vederlagssummen betales i tre omganger. I den første betalingen ble 93 prosent av alle aksjene overført, samtidig som selgere tok arbeid hos kjøper. De siste to vederlagene var på 3,5 millioner kr. Struktureringen av transaksjonen etterlot et inntrykk uttrykk av at en vesentlig del av vederlaget var knyttet til en mindre del av aksjepostene. Bevismessig talte dette for at selgerne gjennom tilleggsvederlaget mente å sikre seg selgerens kompetanse – hvis ikke hadde det vært nærliggende å overføre en forholdsmessig del av vederlaget sammen med en tilsvarende andel av aksjene.

I *Enskilda*-dommen fremgikk det også av interne dokumenter at avkastningen tok sikte på å reflektere godtgjørelse for de ansattes arbeidsprestasjoner.⁴²⁰ Hvis det finnes for dokumentasjon på at transaksjonsprosessen har som formål å overføre selgernes kompetanse og ikke selskapets verdier, taler dette gjennomgående for at hele eller deler av vederlaget har tilknytning til arbeid.

6.3.4.5 Det totale aksjevederlagets størrelse

Ofte vil ikke avtalevilkårene gi tilstrekkelig avklaring på om allokeringen av vederlaget er korrekt.⁴²¹ Det vil da være naturlig å undersøke om kjøper har betalt markedspris for aksjene.⁴²² Hvis det betalte beløp korresponderer med antatt markedsverdi, taler det for at ingen deler av vederlaget relaterer seg til arbeidsforholdet.⁴²³ Dersom det formelle aksjevederlaget er høyere enn selskapets underliggende verdier og inntjeningsevne uten selgernes arbeidsinnsats, antar Finansdepartementet at omklassifisering kan komme på tale.⁴²⁴ Men her er en presisering viktig: Omklassifisering kan ikke skje utelukkende fordi det formelle aksjevederlaget er høyere uten selgernes fortsatte innsats; det er ingen «fordel vunnet ved arbeid» at kjøperne betaler

⁴¹⁹ Se punkt 4.3.

⁴²⁰ Dommens avsnitt 78–82.

⁴²¹ Krohnstad (2006) s. 314.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ UTV-1999-225.

overpris for selgernes aksjer. Slike omstendigheter kan likevel i kombinasjon med andre momenter *bevismessig* indikere at deler av vederlaget er knyttet til selgernes arbeidsforhold. Hvis selskapet derimot har en høy verdi uten selgernes fremtidige innsats, f.eks. ved kostbare driftsmidler, goodwill, fordringer, god egenkapital e.l., taler dette bevismessig mot at vederlaget er knyttet til selgernes fortsatte arbeid. Hvis betalingen for aksjene er proporsjonal med selskapets verdier og inntjeningsevne, taler dette mot tilknytning til selgernes arbeid.

Prisingen av selskapet må ta utgangspunkt i selskapets samlede aktiva. Dersom selger dokumenterer at de kunne oppnådd samme vederlag dersom selger tenkes bort, er det vanskelig å se at deler av vederlaget deler har tilknytning til arbeid. I juridisk teori er den allmenne oppfatning at slike verdsettelse bevismessig er så tungtveiende at det får utslagsgivende betydning for klassifiseringen.⁴²⁵

Høyesterett valgte likevel å se bort fra en uavhengig verdsettelse i Gaard-dommen. I saken viste skattyterne til at selskapet var verdt summen av tilleggsvederlagene uten selgernes fremtidige arbeidsinnsats. Høyesterett avfeide likevel verdsettelsen på bevismessig grunnlag. Det ble pekt på at taksten bare var basert på ett årsregnskap, at taksten hadde lagt vekt på at selgerne fortsatte i selskapet, og at en mest treffende markedspris var det markedet faktisk tilbød.⁴²⁶

Avvisningen av taksten på bakgrunn av forutsetningen om at selgerne tok arbeid i målselskapet synes forsvarlig. Mer anstrengt virker derimot avvisningen av verdsettelsen på grunnlag av at selgerne kun vist til ett årsregnskap.⁴²⁷ Problemet er nemlig at selskapet var nystiftet, og kun hadde ett regnskap å forholde seg til. Det er urimelig hvis uavhengige verdsettelse av nyoppstartede selskaper i vekstfasen blir avvist på dette grunnlag.⁴²⁸ På dette punkt er avgjørelsen kritisert av Folkvord mfl., og etter mitt syn er kritikken berettiget.⁴²⁹

En mulig årsak til avvisningen som ikke var oppe i dommen, er at verdsettelsen ble hentet inn *etter* inngåelsen av salgavtalen. Den beste indikatoren på selskapets markedspris er det kjøper var villig til å betale på salgstidspunktet.⁴³⁰ Dersom taksten innhentes før inngåelsen av

⁴²⁵ Se for eksempel Zimmer mfl. (2019) s. 618 som fremhever at momentet taler med «betydelig vekt mot at deler av vederlaget anses som arbeidsinntekt.»

⁴²⁶ Dommens avsnitt 71.

⁴²⁷ Folkvord mfl. (2018) s. 1203.

⁴²⁸ Zimmer (2009a) s. 320.

⁴²⁹ Folkvord mfl. (2018) s. 1205.

⁴³⁰ Slik også Zimmer (2010b) s. 320 som fremhever at argumentet «åpenbart [er] det sterkeste.»

salgsavtalen, er det nærliggende at skattemyndighetene og domstolen i større grad skal feste lit til verdsettelsen.⁴³¹

6.3.5 Klassifiseringens størrelse

Når det er etablert en tilknytning mellom aksjevederlaget og selgerens arbeid, må det vurderes hvor mye som skal klassifiseres som arbeidsinntekt. De omstendigheter som taler for tilknytning til arbeid gir også normalt anvisning på klassifiseringens størrelse.⁴³² Hvis f.eks. selger får lavere lønn enn tidligere etter overdragelsen, er det nærliggende å omklassifisere differansen mellom avtalt lønn og markedsmessig lønn til arbeidsinntekt. Hvis bindingen ikke er kompensert, må det fastlegges hvor mye slike bindingsklausuler verdsettes for til tredjepersoner, og omklassifisere denne summen fra vederlaget til arbeidsinntekt.

Hvis tilknytningen ikke gir holdepunkter på den nærmere fordelingen, må klassifiseringens størrelse fastsettes «som om selgeren tenkes borte», jf. Alvdal-dommen avsnitt 32. I denne vurderingen må skattemyndighetene og domstolen innrømmes et skjønnsrom: Det er ikke tale om én riktig størrelse for klassifiseringen, men et størrelsesintervall.⁴³³

Helt nederst på størrelsesintervallet kommer selskapets balanse. Som en hovedregel kan det uansett ikke omklassifiseres til noe mindre enn selskapets underliggende verdier: Dette kan være driftsmidler, varelager, fordringer o.l. Balansen vil uansett være lik med og uten selgernes fortsatte arbeidsforpliktelse. I praksis betales det også normalt et tillegg for fremtidig inntjeningssevne.⁴³⁴

En rekke kompetanse- og IT-bedrifter har imidlertid et resultat svært avhengig av selgernes arbeidsprestasjoner. At selgeren tenkes bort, er derfor ikke alltid like godt egnet til å fastsette en presis fordelingen mellom arbeidsinntekt og aksjevederlag. Et eksempel er følgende: Ved salg av en programvare til 100 millioner kr. ønsker kjøperne selgers kompetanse for å håndtere programvaren.⁴³⁵ Selv om kjøperne ikke ville kjøpt programvaren uten selgerens kompetanse,

⁴³¹ Zimmer mfl. (2019) s. 618. I Alvdal-dommen holder Høyesterett åpnet for at skattyter kan ha en bevisføringsplikt for å underbygge verdsettelsen av forretningsverdi ved virksomhetsoverdragelse (avsnitt 39). Jeg foretar ikke en nærmere analyse av denne problemstillingen.

⁴³² *Ibid.* s. 619.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Blauw (2019) s. 22–23.

⁴³⁵ Eksempelet er inspirert av Gjems-Onstad (2001) s. 74.

betyr ikke det at selgers arbeidsinnsats kan prises til 100 millioner kr. Selv om arbeidsforpliktelsen utgjør et viktig premiss for salget, blir det forfeilet å klassifisere hele vederlaget som arbeidsinntekt, bare fordi selgerne beviselig ikke ville inngått avtalen uten selgers innsats. I et slik tilfelle må man, som fremhevet av Gjems-Onstad, ta utgangspunkt i «hva man rimeligvis hadde betalt for [...] som en arbeidsytelse.»⁴³⁶

Når det er etablert tilknytning som følge av manglende kompensasjon for arbeidsplikt og konkurranseklausuler, vil prinsippet om hva en tredjeperson rimeligvis hadde betalt for samme klausul gjelde tilsvarende. Det må foretas en skjønnsmessig verdsettelse lys av typen virksomhet, kjøpers kompetanse og lengden på klausulene for å finne ut hva slike klausuler verdsettes for, og deretter trekke dette fra aksjevederlaget.

⁴³⁶ Gjems-Onstad (2001) s. 74.

7 Avslutning

Fremstillingen har belyst grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Drøftelsene har hatt som formål å tydeliggjøre generelle resonnementer som kan brukes på tvers at typetilfeller. Til tross for at fremstillingen har vært praksisorientert, er tanken at eksemplene bare gir uttrykk for en liten del i et større hele. I punkt 4 redegjorde jeg for kravet til tiknytning mellom fordel og inntektskategori. Ambisjonen er at fremstillingen på dette punkt kan gi veiledning i andre tilfeller der grensedragningen kan komme på spissen. Hovedforskjellen mellom punkt 5 og 6 er at man i førstnevnte punkt springer mellom to ytterpunkter – arbeidsinntekt *eller* kapitalinntekt. I punkt 6 må det i tillegg til spørsmålet om tilknytning, foretas en nøyaktig og presis verdsettelse av inntektskategorienes innvirkning på inntekten.

Gjennomgangen viser at det fortsatt er krevende å trekke opp et helt entydig argumentasjonsmønster i grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Et gjennomgående trekk er at Høyesterett ofte uttrykker seg i generelle vendinger med henvisninger til tidligere praksis, og i mindre grad tilfører noe særlig til grensedragningen. Majoriteten av avgjørelsene er konkret begrunnet – ofte slik at det er uklart hva som er relevant i fremtidige saker. Rettstilstanden blir heller ikke mindre krevende av at grensen trekkes på bakgrunn av nærhetsvurderingen – en rettslig standard hvis nærmere innhold er vagt og uavklart.

Det kan diskuteres om Høyesterett i tilstrekkelig grad har avklart tilknytningsvurderingens innhold. Utgangspunktet for tilknytningsvurderingen, nærhetsvurderingen, er faktisk så tilbakevendende i norsk retts- og ligningspraksis, at Gjems-Onstad hevder den fortjener «laurbærkransen for sitathypighet.»⁴³⁷ Det kan spørres hvorfor et sitat som er så tilbakevendende og viktig ikke er presisert tydeligere i rettspraksis. Riktignok har vi de siste tiårene sett enkelte utviklingstrekk, men det er uansett begrenset hvor mye veiledning henvisninger til «så nær sammenheng at det er naturlig», «foranlediget» og «foranledningen til» reelt gir.

De siste årene har Høyesterett viet tilknytningsvilkåret for fradragsrett mye oppmerksomhet.⁴³⁸ I flere avgjørelser har Høyesterett virkelig forsøkt å være avklarende gjennom angivelse av

⁴³⁷ Gjems-Onstad (2003) s. 280 note 3.

⁴³⁸ Rt. 2012 s. 744 (Skagen), Rt. 2015 s. 1068 (Kverva) og HR-2018-580-A (Salmar).

prinsipielle momenter.⁴³⁹ For grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt er det ingen eksempler på at Høyesterett har påtatt seg en like avklarende rolle. Det er imidlertid ikke gitt at slike prinsipielle tilnærminger utelukkende er positivt. Zimmer er for eksempel temmelig negativ til Høyesterett måte å formulere tilknytningsvilkåret på i disse sakene.⁴⁴⁰ Hovedpunktet i kritikken er være at slike fremstillinger risikerer å bli unyanserte. Konsekvensen, som viser seg i sakene om fradragsrett, er en slags omvendt effekt: I forsøket på å være rettsavklarende tar Høyesterett for hardt i, og resultatet er at rettstilstanden egentlig bare blir mer uklar.

Kompleksiteten i rettsstoffet viser at det er krevende å trekke opp helt generelle retningslinjer for grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Foreløpig gir det overordnede kravet til nærhet rom for en fleksibel tilnærming som kan tilpasses ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende på typetilfellenivå. Og det er nettopp denne fleksibiliteten som *kan* gå på bekostning av skattyteres forutsigbarhet. Etter mitt syn er det derfor ønskelig at Høyesterett kommer med enkelte presiseringer for grensedragningen. Dette kunne for eksempel vært å fremheve at *årsakssammenheng* og *nærhet* utgjør de viktigste momentene i tilknytningsvurderingen. Det er ikke ønskelig med unyanserte angivelser à la tilknytningsvilkåret for fradragsrett, men det finnes en balansegang mellom unyanserte angivelser på den ene siden, og henvisninger til «så nær sammenheng at det er naturlig» på den andre. Eventuelle avklaringer må likevel være reflekterte og velbegrunnede, slik at grensen kan trekkes forutsigbart i fremtidige saker.

⁴³⁹ HR-2018-580-A (Salmar) avsnitt 37 flg.

⁴⁴⁰ Zimmer (2020b) s. 689–691, jf. 684–686.

Kildeliste

Litteraturliste

- Askeland (2004) Askeland, Bjarte, «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004, s. 499–547.
- Backer-Grøndahl (2010) Backer-Grøndahl, Finn, «Indre selskap og omklassifisering», *Revisjon og regnskap* nr. 5 2010, s. 47–49.
- Balsvik (2016) Balsvik, Erlend, «Ansattes erverv av aksjer», *Regnskap og revisjon* nr. 7 2016, s. 18–20.
- Banoun (2003) Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglene: En studie av høyesterettspraksis*, Cappelen Damm 2003.
- Banoun (2008) Banoun, Bettina, «Oslo likningskontors nye praksis for indre selskaper: Den ulovfestede delingsmodellen», *Revisjon og regnskap* nr. 3 2008, s. 62–68.
- Berg-Rolnes (2009) Berg-Rolnes, Gregar, *Inntekt av virksomhet – virksomhetsbegrepet i skatteretten*, Gyldendal akademisk 2009.
- Blauw (2019) Blauw, Harald, *M&A: En praktisk innføring*, Universitetsforlaget 2019.
- Bullen (2010) Bullen, Andreas, «Selskapsfremmede´ disposisjoner à la Storhaugen Invest: Kritisk analyse og raffinert vurderingsmodell basert på OECDs retningslinjer for internprising», *Skatterett* 2010, s. 218–274.
- Bullen (2014) Bullen, Andreas, «Prøving av faktumskjønn og verdsettelsesskjønn i skattesaker for domstolene» i *Høyt*

- skattet, Festskrift til Frederik Zimmer*, Arvid Aage Skaar, Bettina Banoun og Ole Gjems-Onstad (red.), Universitetsforlaget 2014, s. 139–161.
- Bøyum-Folkeseth (2017) Bøyum-Folkeseth, Odd Anders, *Idrett og skatt: Inntektsbeskatning av idrettsutøvere og idrettslag*, Universitet i Stavanger 2017.
- Dahl (2012) Dahl, Gunnar A., «Ulike modeller for oppkjøp og salg av virksomhet», *Praktisk økonomi & Finans* nr. 3 2012, s. 37–48.
- Eckhoff/Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Fagerhaug/Sandli (2013) Fagerhaug, Are og Morten Sandli, «Syntetiske aksjer og opsjoner i arbeidsforhold», *Revisjon og regnskap* nr. 6 2013, s. 52–55.
- Folkvord mfl. (2018) Folkvord, Benn, Eivind Furuseth, Sanaz Ormaz Ferdowski og Ole Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, 10. utgave, Gyldendal forlag 2018.
- Folkvord (2006) Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon*, Gyldendal akademisk 2006.
- Folkvord (2012) Folkvord, Benn, «Tvangslønn», *Skatterett* 2012, s. 200–209.
- Folkvord (2013) Folkvord, Benn, *Utbytte: Lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene*, Gyldendal 2013.
- Folkvord (2016) Folkvord, Benn, «Omklassifisering av aksjonærlån til utbytte», *Skatterett* 2016, s. 135–155.

- Gjems-Onstad (2001) Gjems-Onstad, Ole, «Earnout», i *Moderne forretningsjus*, Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red.), 1. utgave, Gyldendal akademisk 2001, s. 64–82.
- Gjems-Onstad (2003) Gjems-Onstad, Ole, «Banoun part 4 – must be read», *Skatterett* 2003, s. 279–289.
- Gjems-Onstad (2005) Gjems-Onstad, «Norsk skatterett 1930–2005: Den vanskelige skatten», *Revisjon og regnskap* nr. 2 2005, s. 38–55.
- Gjems-Onstad (2008) Gjems-Onstad, Ole, «Tvangslønn – status 2008», i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), Cappelen akademisk 2009, s. 273–290.
- Graver (2011) Graver, Hans Petter, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 230–249.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Grindalen mfl. (2010) Grindalen, Ole Anders, Ragnar Bye og Jim Krüger Olsen, «Indre selskap og tilordning av inntekt», *Regnskap og revisjon* nr. 5 2010, s. 45–52.
- Hagstrøm/Stenvik (2019) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Hansen/Lundgren (2014) Hansen, Johannus Egholm og Christian Lundgren, *Køb og salg af virksomheder*, 5. utgave, Nyt Juridisk Forlag 2014.

- Hammerich/Jøtun (2016) Hammerich, Peter og Camilla Jøtun, «Aktive eiere i private equity-bransjen», *Regnskap og revisjon* nr. 1 2016, s. 37–44.
- Hammerich/Jøtun (2019) Hammerich, Peter og Camilla Jøtun, «Skattemessig behandling av medinvesteringsordninger», *Regnskap og revisjon* nr. 3 2019, s. 48–56.
- Hauge (2012) Hauge, Harald, *Realisasjonsprinsippet – skatterettslig tidfesting av kostnader: Særlig om avsetninger og betingede kostnader*, Universitetsforlaget 2012.
- Kaarbø/Banoun (2014) Kaarbø, Tone og Bettina Banoun, «Rentebegrensingsreglene – omklassifisering av eksterngjeld til interngjeld», *Regnskap og revisjon* nr. 1 2014, s. 52–56.
- Klingenberg (2002) Klingenberg, E. Olav, «Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red. gulp): Moderne forretningsjus», *Skatterett* 2002, s. 104–110.
- Knudtzon (2012) Knudtzon, Sigurd, «Å forhandle salg av bedriften», *Praktisk økonomi og finans* 2012, s. 69–81.
- Knuutinen (2018) Knuutinen, Reijo, «The Nordic model: 25 years of drawing the line between earned and capital income in Finland», *Nordic tax journal*, 2018, s. 67–80.
- Krohnstad (1999) Krohnstad, Morten Foros, «Intellektuell kapital ved aksjetransaksjoner: Skattespørsmål ved salg av kunnskapsbedrifter», *Skatterett* 1999, s. 3–14.
- Krohnstad (2006) Krohnstad, Morten Foros, «En delingsmodell for aksjegevinst», *Skatterett* 2006, s. 67–80.

- Kukkonen (2008) Kukkonen, Matti, «General Legal Report» i *Yearbook For Nordic Tax Research 2008*, DJØF publishing 2008, s. 13–21.
- Kvamme (2005) Kvamme, Kristian, «Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter», *Skatterett* 2005, s. 305–320.
- Kvisli (1957) Kvisli, Kåre H., *Skatterett: hovedreglene om inntektsansettelsen* 1. utgave, Brødrene Tengs boktrykkeri 1957.
- Lodin (2008) Lodin, Sven-Olof, «The Nordic Dual Model of Capital Income Taxation – 15 years of Swedish experience» i *Yearbook For Nordic Tax Research 2008*, DJØF publishing 2008, s. 207–217.
- Matre (1998) Matre, Hugo Philip, «Rimelig lån i arbeidsforhold» i *Festskrift til Per Stavang; Stat, Politikk og Folkestyre*, David Roland Doublet, Asbjørn Strandbakken og Kai Krüger (red.), Alma Mater forlag 1998, s. 561–566.
- Monsen (2006) Monsen, Erik, «Vinningsavståelseskrav - et alternativ til erstatningskrav ved overtredelse av konkurransebegrensningsavtale?», *Tidsskrift for forretningsjus* 2006, s. 156–175.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm 2012.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner* 2004, s. 329–342.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

- Olsen (2014) Olsen, Jim Krüger, «Hovedytelseslæren i norsk rett», *Skatterett* 2014, s. 327–359.
- Pedersen (1989) Pedersen, Jan, *Skatteudnyttelse*, 3. utgave, GAD forlag 1989.
- Ravnaas (2008) Ravnaas, Ernst, *Beskatning av deltakere i indre selskap*, Cappelen Damm akademisk 2008.
- Rognstad/Stuevold Lassen (2019) Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Rygh (1923) Rygh, Per, *Om Begreberne Formue og Indtægt efter Skattelovene af 1911 med Tillægslove*, Forlagt AF. H Aschehoug & co 1923.
- Skar (2017) Skar, Henrik, *Den ulovfestede omgåelsesnormen i skatteretten: En analyse av rettsanvendelsesprosessen i omgåelsessaker*, Universitetet i Bergen 2017.
- Skar (2019) Skar, Henrik, «Det skatterettslige skillet mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter til ting» i *Rett i vest: Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved universitet i Bergen*, Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen og Berte-Elen Konow (red.), Fagbokforlaget 2019, s. 577–594.
- Skar (2021) Skar, Henrik, «Tilknytningsvilkåret i sktl. § 6-1 (1)», *Skatterett* 2021, s. 3–40.
- Stoveland mfl. (2020) Stoveland, Per Helge, Hugo Philip Matre, Elin Sund, Svein Torgeir Sønning, *Skatteloven med kommentarer*, 1. utgave, Gyldendal 2020.
- Syversen (1980) Syversen, Jan, «Beskatning av selgende gruppe – sktl. § 54 annet ledd» i *Aksjesalg og inntektsskatt*, Jan Syversen,

- Erik Wahlstrøm og Even Wahr-Hansen (red.), 1. utgave, Tano Aschehoug 1980, s. 94–175.
- Thommessen (1934) Thommessen, Ø.⁴⁴¹, «Skattelovens begrep «næring» belyst ved Høiesterrets praksis», *Retstidende* 1934, s. 97–127.
- Wahr-Hansen (1980) Wahr-Hansen, Erik, «Aksjer i næring», *Aksjesalg og inntektsskatt*, Jan Syversen, Erik Wahlstrøm og Even Wahr-Hansen (red.), 1. utgave, Tano Aschehoug 1980, s. 17–90.
- Wahr-Hansen (1988) Wahr-Hansen, Erik, «Aksjer i næring», *Aksjesalg og inntektsskatt*, Jan Syversen, Erik Wahlstrøm og Even Wahr-Hansen (red.), 2. utgave, Tano Aschehoug 1988, s. 21–114.
- Wangen (2002) Wangen, Ståle, «Earn-out – skattemessige konsekvenser for selgende aksjonær», *Revisjon og regnskap* nr. 8 2002, s. 40–45.
- Wergeland mfl. (2008) Wergeland, Ebba, Aina Schiøtz og Unni Bratt, «Medisinsk sakkyndighet i yrkessykdomssaker – moral misforstått som vitenskap», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008, s. 75–86.
- Zimmer (1981) Zimmer, Frederik, «Aksjeutbytte og inntektsskatt», *Institutt for offentlig retts skriftserie* nr. 4, Universitetsforlaget 1981.
- Zimmer (1982) Zimmer, Frederik, *Inntektsbegrep og rettsutvikling*, Forlaget Tanum-Norli AS 1982.

⁴⁴¹ Forfatterens fornavn er ikke opplyst.

- Zimmer (1986) Zimmer, Frederik, «Ansattes skattefordeler ved aksjekjøp», *Lov og rett* 1986, s. 274–292.
- Zimmer (1988) Zimmer, Frederik, «Inntektsbegrepet og rettsutviklingen i nordisk skatterett», *Jussens venner* 1988 s. 229–240.
- Zimmer (2001a) Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2001.
- Zimmer (2001b) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2000 – del 1», *Skatterett* 2001, s. 276–294.
- Zimmer (2001c) Zimmer, Frederik, «Internasjonale utfordringer i skatteretten», *Skatterett* 2001, s. 297–298.
- Zimmer (2004) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2003 – Del I», *Skatterett* 2004, s. 271–291.
- Zimmer (2006) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2005 – Del I» *Skatterett* 2006, s. 260–291.
- Zimmer (2007) Zimmer, Frederik, «Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker», *Skatterett* 2007, s. 2–13.
- Zimmer (2008) Zimmer, Frederik, «A Critical Assesment of the Nordic Dual Income Tax model», I *Yearbook For Nordic Tax Research* 2008, DJØF publishing Copenhagen 2008, s. 217–225
- Zimmer (2009a) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2008», *Skatterett* 2009, s. 305–367.
- Zimmer (2009b) Zimmer, Frederik, «Fra frynseskatterettens alminnelige del» i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre

- Lilleholt og Dag Michalsen (red.), Cappelen akademisk 2009, s. 623–645.
- Zimmer (2010a) Zimmer, Frederik, «Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?» *Utvalget for skattesaker 2010*, s. 1073–1079.
- Zimmer (2010b) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», *Skatterett 2010*, s. 308–355.
- Zimmer (2011) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2010», *Skatterett 2011*, s. 301–332.
- Zimmer (2016a) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2015», *Skatterett 2016*, s. 189–255.
- Zimmer (2016b) Zimmer, Frederik, «Noe om lovgivning og lovteknikk i skatteretten» i *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Aslak Syse, Hilde Indreberg, Arnulf Tverberg og Hans Christian Bugge (red.), Universitetsforlaget 2016 s. 587–598.
- Zimmer (2017) Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2017.
- Zimmer (2018) Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 8. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Zimmer mfl. (2019) Zimmer, Frederik i samarbeid med Advokatfirmaet BAHR, *Bedrift, selskap og skatt*, 7. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Zimmer (2020a) Zimmer, Frederik, «Inntektsskatt og ulikhet» i *Hvor din skatt er vil, også ditt hjerte være*, Cappelen Damm Akademisk 2020, s. 739–755.

- Zimmer (2020b) Zimmer, Frederik, «Prejudikatdomstolens premisser», i *Uten sammenligning: Festskrift til Eivind Smith 70 år*, Iris Nguyen Duy Sunniva Bragdø-Ellenes, Inge Lorange Backer, Svein Eng og Bjørn Erik Rasch (red.), Fagbokforlaget 2020, s. 675–692.
- Aabø-Evensen (2011) Aabø-Evensen, Ole Kristian, *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet*, Universitetsforlaget 2011.
- Aarbakke (1967) Aarbakke, Magnus, *Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett*, Universitet i Oslo 1967.
- Aarbakke (1990) Aarbakke, Magnus, *Skatt på inntekt*, 4. utgave, Universitetsforlaget 1990.
- Aarbakke/Brudvik (2009) Aarbakke, Magnus og Arthur J. Brudvik, *Skatt på formue*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2009.

Domsregister

Høyesterettspraksis

- Rt. 1922 s. 523
Rt. 1927 s. 819
Rt. 1932 s. 233
Rt. 1958 s. 583
Rt. 1967 s. 897
Rt. 1971 s. 264
Rt. 1974 s. 976
Rt. 1979 s. 481
Rt. 1984 s. 714
Rt. 1993 s. 173

Rt. 1995 s. 530
Rt. 2000 s. 758
Rt. 2000 s. 1739
Rt. 2003 s. 504
Rt. 2005 s. 577
Rt. 2006 s. 420
Rt. 2008 s. 1307
Rt. 2009 s. 813
Rt. 2009 s. 105
Rt. 2010 s. 527
Rt. 2010 s. 999
Rt. 2012 s. 744
Rt. 2014 s. 1281
Rt. 2015 s. 1260
Rt. 2015 s. 1068

HR-2012-734-U
HR-2014-1123-U
HR-2017-350-A
HR-2017-628-A
HR-2018-391-A
HR-2018-580-A
HR-2018-2433-A

Underrettspraksis

Lagmannsrett:

LB-2001-1657
LF-2002-191
LG-2004-309
LB-2004-2435
LB-2008-129897
LB-2011-163392
LB-2013-7008

LB-2014-27268
LB-2014-48039
LB-2014-89447
LB-2014-145049
LF-2020-80116

Tingrett:

THEDM-2005-70869
TBERG-2013-80445

Utenlandsk rettspraksis

Dansk:

TfS 2003.677
Skat 1999.840 LSR

Svensk:

Kammarrättens avgjørelse av 19. desember 2013 (nr. 8755-8764-12)

Engelsk:

Tennant v. Smith [1892] AC 150

Amerikansk:

The Lane Processing Trust vs. United States (25 F.3d 662 (8th Cir. 1994))
R.J. Reynolds Tobacco Company v. United States (149 F. Supp. 889 (Ct. Cl. 1957))

Lovgivning og forskrifter

Lover i kraft

Lov 14. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere [arbeidstakeroppfinnelsesloven].

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

Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven/sktfvl).

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
Lov 13. juni 1997 nr. 45 om aksjeselskaper (aksjeloven/asl).
Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven/aml).
Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav
(skattebetalingsloven).
Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven/mval).
Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Opphevede lover

Lov 18. august 1911 nr. 9 om skattelov for byene (byskatteloven).
Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
Lov 10. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer
[Aksjegevinstbeskatningsloven].
Lov 13. juni 1980 nr. 25 om ligningsforvaltning (ligningsloven).

Utenlandske lover

Inkomstskattelag (1999:1229) (svensk).

Forskrift

Forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14.

Forarbeider

Lovproposisjoner

Ot.prp. nr. 48 (1966–1967) Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere.
Ot. prp. nr. 72 (1983–1984) Beskatning av ansattes kjøp av aksjer til underkurs.
Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) Skattereformen 1992.
Ot.prp. nr. 84 (1991–1992) Om lov om endringer i lov 12 mai 1961 nr 2 om opphavsrett til
åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen.
Ot.prp. nr. 22 (1993–1994) Endringer i skattelovgivningen.
Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) Ny skattelov.

Ot.prp. nr. 1 (2000–2001) Skatte- og avgiftsopplegget 2001 – lovendringer.
Ot.prp. nr. 50 (2001–2002) Om lov om endringer i skatteloven (ny ettårsregel).
Ot.prp. nr. 92 (2004–2005) Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivingen mv.
Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.
Prop. 38 L (2015–2016) Lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven).
Prop. 86 LS (2017–2018) Endringer i skatte-, avgifts- og tollovgivinga.
Prop. 98 L (2018–2019) Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel).
Prop. 1 LS (2020–2021) Endring av Prop. 1 LS (2020–2021) Skatter, avgifter og toll 2021.

Innstillinger

Innst.S. nr. 5 (1990–1991).

Stortingsmeldinger

Meld. St. 4 (2015–2016) Bedre skatt. En skattereform for omstilling og vekst.
Meld. St. 2 (2020–2021) Revidert nasjonalbudsjett 2021 (foreløpig utgave).

Stortingsrapporter

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Norges offentlige utredninger:

NOU 1981: 48 Skattlegging av naturalytelser.
NOU 1989: 14 Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform.
NOU 2003: 9 Skatteutvalget.
NOU 2014: 13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.
NOU 2016: 5 Omgåelsesregelen i skatteretten – Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten.
I NOU 2018: 5 Kapital i omstillingens tid.

Statens offentliga utredningar:

SOU 2016: 23 Beskattning av incitamentsprogram.

SOU 2016: 75 Översyn av skattereglerna för delägare i fåmansföretag.

Spørretime på Stortinget

Dokument nr. 15:148 (2009–2010).

Representantforslag

Dokument nr. 8:27 (2008–2009) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Jan Tore Sanner, Svein Flåtten, Linda C. Hofstad Helleland og Torbjørn Hansen om å legge til rette for at flere ansatte kan bli medeiere i egen bedrift.

Administrative anbefalinger, uttalelser, bindende forhåndsuttalelser og vedtak

Finansdepartementets uttalelser

UTV-1998-100

UTV-1999-225

UTV-2007-460

Skattedirektoratets uttalelser

UTV-2009-1284

UTV-2013-1189

UTV-2016-859

Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser

BFU-2002-16

BFU-2006-42

BFU-2008-49

BFU-2018-11

Skattedirektoratets årlige håndbok

Skatte-ABC 2020 3. utgave

Skatteklagenemndas vedtak

SKNS1-2018-17