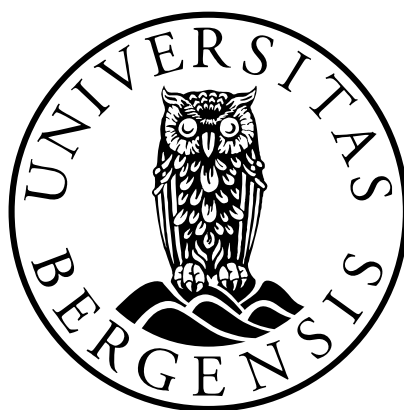


Hvordan klassifiseres salgsvederlaget ved earnout?

*En analyse av grensen mellom arbeidsinntekt og
kapitalinntekt i sktl. § 5-1*

Kandidatnummer: 91

Antall ord: 13134



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning – tema og problemstilling	3
2 Presisering av temaet.....	6
2.1 Grunnvilkårene for skatteplikt – sktl. § 5-1	6
2.2 Nærmere om problemstillingen og avgrensninger	7
2.3 Begrepsavklaringer.....	9
2.3.1 Bindingsklausul.....	9
2.3.2 Konkurransesklausuler.....	9
2.3.3 Resultatklausuler	9
2.4 Rettskildebildet og metodiske betraktninger.....	10
3 En innføring i problemstillingen	13
3.1 Arbeid.....	13
3.2 Kapital	14
3.3 Forretningsverdi	15
3.4 Privatrettslige forhold som utgangspunkt for vurderingen	17
4 Skogli-dommen	19
4.1 Faktum.....	19
4.2 Domsresultatet.....	20
4.3 Den konkrete bedømmelsen i Skogli-dommen	22
4.3.1 Tilknytningskravet	22
4.3.2 Bindingstid	24
4.3.3 Markedslønn.....	26
5 Gaard/Tveit-dommen	28
5.1 Faktum.....	28
5.2 Domsresultatet.....	29
5.3 Den konkrete bedømmelsen I Gaard/Tveit-dommen	31
5.3.1 Bindingsklausul.....	31
5.3.2 Konkurransesklausuler.....	32
5.3.3 Konkurransesklausuler: fordeling av vederlaget mellom flere aksjonærer	34
5.3.4 Resultatklausuler	35
5.3.5 Periodiske utbetalinger	37

5.3.6	Betydningen av verdivurderinger	38
6	Avsluttende refleksjoner	41
	Litteraturliste	43
	Figurer og vedlegg	49

1 Innledning – tema og problemstilling

Historisk har det skjedd en oppblomstring av norske «virksomheter»¹. Fra 1. januar 2009 til 1. januar 2020 har antallet virksomheter økt fra 467 330 til 590 810.² Statistisk sentralbyrå (SSB) rapporterer at det har vært størst vekst i antall tilbydere av spesialiserte ytelser, som informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IT) og ingeniørtjenester.³ Utviklingen illustrerer en stabil vekst i norsk næringsliv, hvor gründervirksomhet har blitt stadig mer lønnsom og attraktiv.

Denne trenden samspiller med veksten i antall virksomhetsoverdragelser i Norge. I 2019 var det 404 registrerte norske fusjoner og oppkjøp, definert som transaksjoner der enten målselskapet/selger eller kjøper er en norsk virksomhet.⁴ Dette i kontrast til 72 registrerte transaksjoner i 2000. Det er ingen grunn til å anta at det økende antallet virksomhetsoverdragelser vil avta. Selv om verdensøkonomien er svak som følge av Covid-19 pandemien og politisk uro, kan man forvente økt aktivitet. Dette fordi ikke alle selskaper vil klare seg uten ny kapital, og investorer vil se muligheten til å kjøpe selskaper til en «distressed price»⁵.

Markedets utvikling medfører høy etterspørsel etter attraktive selskaper, og i mange tilfeller en rekke konkurrerende budgivere i transaksjonsprosessen. Særlig mindre, spesialiserte selskaper utgjør gode investeringsobjekter, samtidig som de er utsatt for svingninger i markedet. Typisk ved slike selskaper, er at det avtales at de tidligere aktive eierne skal fortsette å arbeide i virksomheten, i en periode etter overdragelsen. Dette blant annet for å drive videreutvikling, samt sikre kontinuitet overfor kunder, leverandører og ansatte. Ofte pålegges også de tidligere eierne et konkurranseforbud, slik at de for et bestemt tidsrom er avskåret fra å starte opp konkurrerende virksomhet. Det blir derfor stadig viktigere med god strukturering av ledelsesincentiver, og konkrete planer for å motvirke frafall av selskapers

¹ Med virksomheter eller foretak menes en juridisk person, som produserer varer eller tjenester, jf. <https://jusleksikon.no/wiki/Virksomhet> (sist besøkt 03.06.2020)

² Se vedlegg 1 og 2

³ Se vedlegg 1 og 2

⁴ Se figur 1

⁵ Med «distressed price» menes at andeler i selskapet selges for en lavere pris enn markedsverdi. Dette for å sikre kapital i et trykket marked, jf. <https://www.investopedia.com/terms/d/distress-price.asp> (sist besøkt 24.05.2020)

nøkkelpersoner. På denne måten skjermes kjøper mot at verdiene i selskapet forsvinner, mens selger til gjengjeld oppnår attraktive økonomiske ordninger.

Utarbeidelsen av slike incentivordninger krever kompetanse på flere områder, særlig skatteretten. Overdragelser hvor selger tar ansettelse eller fortsetter sitt arbeidsforhold i virksomheten omtales skatterettslig som earnout.⁶ Ved earnout er spørsmålet om deler av vederlaget for selskapet, i realiteten er forskudd på selgers arbeidsvederlag eller kompensasjon for bortfall av annet arbeid for selger. I så fall er denne delen av vederlaget arbeidsinntekt, som beskattes både som alminnelig inntekt og personinntekt, jf. sktl. § 5-1 første ledd og § 12-2 a.

Skattemyndighetene har gjennom årene hatt særlig fokus på denne problemstillingen. Årsaken er blant annet forskjellen i skattesatser og tilordningen av skatteplikten. Klassifiseres vederlaget som aksjevederlag, kan skattesatsen i første omgang bli så lav som 0 %, hvis forholdet faller inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38. Dette er typisk når aksjonæren eier målselskapet gjennom et mellomliggende «holdingselskap»⁷. Da fritas det mellomliggende selskapet for skatteplikt, slik at selskapet kan reinvestere vederlaget skattefritt. Eier vedkommende aksjene selv, tilordnes skatteplikten ham direkte. Da blir aksjegevinsten oppjustert med 1,44, jf. sktl. § 10-31, og deretter beskattet med 22 %.⁸ Dette gir en effektiv beskatning på 31,68 %. Dersom vederlaget i realiteten er en arbeidsinntekt kan skattesatsen bli opp til 46,4 %.⁹ Både skattesatsen og tilordningen av skatteplikten vil ha mye å si for aksjonærens skatteplanlegging.

Det er særlig to grunner til at grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt er interessant. Den ene er betydningen en redegjørelse har for «skattyters»¹⁰ forutberegnelighet og skatteplanlegging. En av skattemyndighetenes oppgave er å kontrollere skattemeldingene til skattyter, herunder det oppgitte virksomhetsvederlaget. Dersom denne kommer til at hele eller deler av vederlaget skulle vært klassifisert annerledes, fattes et vedtak om

⁶ Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 615

⁷ Med holdingselskap menes et selskap som eier andre selskaper. Holdingselskapet produserer som regel ikke no selv, men eier aksjer eller andre typer kapitalandeler i andre selskaper, jf.

<https://www.visma.no/eaccounting/regnskapsordbok/h/holdingselskap/> (sist besøkt 05.06.2020)

⁸ Skattesatsen forskriftsfestes årlig av Stortinget, jf. sktl. § 15-1. Skattesatsene for 2020 er hentet fra regjeringens hjemmeside; <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatte-og-avgifter/skattesatser-2020/id2671009/> (sist besøkt 01.06.2020)

⁹ Skattesatsene for 2020 er hentet fra regjeringens hjemmeside; <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatte-og-avgifter/skattesatser-2020/id2671009/> (sist besøkt 01.06.2020)

¹⁰ Med skattyter eller skattepliktig menes fysisk eller juridisk person som skal svare eller få kompensert skatt, jf. sktflv. § 1-2 bokstav b og <https://data.skatteetaten.no/begrep/skattyter> (sist besøkt 01.06.2020)

omklassifisering. Konsekvensen av dette er at skatteleggingen finner sted på grunnlag av det rekarakteriserte forholdet. Potensielt tilordnes skatteyteren skatteplikten direkte, isteden for holdingselskapet, eller så endres skattesatsen fra 31,68 % til 46,6 % for selger. Samtidig risikerer partene en tilleggsskatt på opptil 60 %, jf. sktfvl. § 14-6 og § 14-3 jf. § 14-5. En redegjørelse vil derfor være av stor betydning for at skattyterne skal få en riktig klassifisering allerede ved avtaleinngåelsen. Den andre begrunnelsen er den økende aktualiteten problemstillingen har. Bare i første kvartal av 2020 ble det stiftet 18 406 nye foretak.¹¹ Den betydelige veksten i antall norske aksjonærer og virksomhetsoverdragelser, gjør at stadig flere skattytere stilles overfor problemstillingen.

Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt er ikke direkte regulert i skatteloven eller ved forskrift. Spørsmålet må derfor løses på bakgrunn av alminnelige skatterettslige bestemmelser og prinsipper. Høyesterett satte tydelig presedens i to nyere avgjørelser; Rt. 2008 s. 1307 (Skogli) og Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit). Avgjørelsene må anses som klare seiere for skattemyndighetene. Daværende finansminister Sigbjørn Johnsen uttalte i 2009 at disse dommene har vært avklarende for spørsmålet om hvordan aksjevederlaget skal klassifiseres.¹² Som denne oppgaven vil vise er det likevel ikke lett å trekke eksakte grenser i denne typen saker, og ofte beror resultatet på en skjønnsmessig helhetsvurdering av de faktiske forholdene. Siktemålet med denne oppgaven er å tydeliggjøre hvor grensen går, og hvordan ulike klausuler og forhold i kjøpsavtalen innvirker på skatteleggingen.

¹¹ <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/foretak> (sist besøkt 21.05.2020)

¹² Dokument nr. 15: 148 (2009-2010) Skriftlig spørsmål fra Gunnar Gundersen (H) til finansministeren <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=44706> (sist besøkt 04.06.2020)

2 Presisering av temaet

2.1 Grunnvilkårene for skatteplikt – sktl. § 5-1

Sktl. § 5-1 oppstiller hovedregelen om hva slags inntekt som er skattepliktig for skattyter. Bestemmelsen hjemler skatteplikt for «**enhver fordel** vunnet **ved** arbeid, kapital eller virksomhet» (mine uthevinger). I dette ligger at skatteplikt foreligger når skattyters arbeid, kapital eller virksomhet resulterer i en økonomisk verdi. Skatteplikten er med andre ord positivt avgrenset til tilfeller der de tre aktivitetene medfører en økonomisk fortjeneste for skattyter.

Fordelsbegrepet er ikke definert i loven eller eksemplifisert i lovforarbeidene. Det er sikker rett at begrepet favner vidt. Det klareste eksempelet på en fordel er penger, men også «naturalinntekter»¹³ omfattes av begrepet.¹⁴ Dette kommer til uttrykk forutsetningsvis flere steder i skatteloven, eksempelvis sktl. § 5-12. Fordelsbegrepet omfatter også økonomiske gevinster som oppstår innenfor skattyters egen økonomi, og er derfor ikke begrenset til penger eller naturalinntekter som stammer fra andre. Eksempler på dette er forbruk av egenproduserte gjenstander, og verdien av tjenester som skattyteren yter seg selv.

Det er fordeler vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet som medfører skatteplikt. Skatteloven § 5-1 første ledd angir med dette et tilknytningskrav; fordelene må stamme fra en av de opplistede aktivitetene. Dette for å trekke grensen mot ikke skattepliktige aktiviteter. Tilknytningskravet er egnet til å avgjøre om disposisjonen som resulterer i fordelene er skattepliktig. Ordlyden gir derimot ikke nærmere veiledning når det skal sondres mellom flere mulige kilder/årsaker. Det nærmere innholdet i lovens tilknytningskrav er utviklet i rettspraksis.

I Rt. 1958 s. 583 (Hagerup) hadde forfatteren Inger Hagerup fått et «stipend» på 5000 kroner av Aschehous forlag, i forbindelse med forlagets 75-årsjubileum. Spørsmålet var om beløpet var en skattefri gave eller en fordel vunnet ved arbeid eller virksomhet. Høyesterett kom til at beløpet måtte anses som arbeidsinntekt og uttalte om spørsmålet:

¹³ Med naturalinntekter menes godtgjørelse i form av varer og tjenester, og ikke i penger, jf. <https://www.finansleksikon.no/Finansleksikon/N/Naturalinntekt.html> (sist besøkt 03.06.2020)

¹⁴ Ot.prp. nr. 86 (1996-1997) s. 47 om ny skattelov

«Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det [er] 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 arbeid eller virksomhet» (min kursivering).

Det følger av høyesterettsavgjørelsen at det ikke er et vilkår for skatteplikt at skattyter har krav på ytelsen eller at den er typisk. Selv fordeler fra fjerntliggende inntektsmuligheter, og mer tilfeldige fordeler kan være skattepliktige.¹⁵ På en annen side må det trekkes en grense; jo fjernere sammenhengen er, eller jo mindre påregnelig fordelingen er, desto større er muligheten for at fordelingen faller utenfor skatteplikten. Eksempler på dette er lottogevinster og pengepremier for deltakelse i kunnskapsprogrammer. Det synspunktet Høyesterett enstemmig innehadde i Hagerup-dommen har siden blitt utbrodert i rettspraksis¹⁶, og uttalelsen er inntatt i forarbeidene¹⁷ til den nåværende skatteloven.

Ved klassifisering i earnout-sakene vil det sjeldent være spørsmål om selve vederlaget er skattepliktig. Beløpet selger mottar i bytte mot eierskap i selskapet, er klart en fordel som knytter seg til en skattepliktig disposisjon. Det sentrale i disse sakene er å avgjøre om hele eller deler av vederlaget er foranlediget av samme eller forskjellige skattepliktige aktiviteter.

2.2 Nærmere om problemstillingen og avgrensninger

Oppgaven behandler situasjonen der aksjer i et aksjeselskap overdras til en uavhengig kjøper, en eller flere av aksjonærene i selskapet er aktive i driften, og disse skal fortsette å arbeide i virksomheten etter salget. Problemstillingen er hvordan vederlaget skal skattlegges, herunder om deler av vederlaget skal klassifiseres som aksjevederlag eller som arbeidsinntekt.

Oppgaven har som formål å klarlegge hvordan ulike forhold og avtalevilkår innvirker på klassifiseringen.

For å kunne oppfylle formålet med oppgaven må det foretas en rekke avgrensninger. Earnout-transaksjoner medfører en rekke interessante problemstillinger, men det blir for omfattende å redegjøre for alle.

¹⁵ Zimmer, *Lærebok i Skatterett* (2018) s. 159

¹⁶ Eksempelvis Rt. 1974 s. 976 (Vesaas); Rt. 1979 s. 481 (Havrevold); Rt. 2003 s. 504 (Lungaard)

¹⁷ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 49 om ny skattelov

Fremstillingen omhandler klassifiseringsspørsmålet på transaksjonstidspunktet, hvor det er kjøper og selger som skal trekke grensene for aksjegevinsten. Jeg vil derfor ikke redegjøre for skattemyndighetenes adgang til å senere omklassifisere vederlaget, og konsekvensene dette har for skattyter. Omklassifisering er at skattemyndighetene endrer skattyters ligning for det aktuelle året eller tilbake i tid. Dette innebærer at skattyters betegnelse må vike for en riktig skatterettslig bedømmelse.

En forutsetning i det videre er at aksjonæren eier virksomheten som skal overdras direkte. Dette i motsetning til om selskapet er eid av et annet aksjeselskap, som igjen er helt eller delvis eid av aksjonæren som tar ansettelse i virksomheten. Klassifiseringsvurderingen vil i disse tilfellene være den samme. Det som ikke behandles er identitetsspørsmålet ved mer kompliserte eierstrukturer og forholdet til de øvrige aksjonærene.

Videre avgrenses det mot internasjonale skattespørsmål. I en stadig mer globalisert verden skjer oppkjøp oftere på tvers av landegrenser, noe som kan medføre at vederlaget følger andre skatteregler. Fokuset for denne oppgaven er kjøp av bedrifter med tilhørighet til Norge, jf. sktl. § 2-2, og hvor aksjonæren er bosatt i Norge, jf. sktl. § 2-1.

Earnout har enkelte likhetstrekk med vurderingen av skatteplikt ved «sign on-fee»¹⁸. I denne situasjonen mottar arbeidstakeren en økonomisk fordel, enten i form av bonus eller erverv av aksjer/opsjoner til underpris ved et fremtidig arbeidsforhold.¹⁹ Dette er likevel en annerledes skatteposisjon, da den nyansatte ikke har noen tidligere eierbefatning med selskapet. Det vil derfor ikke sees hen til eventuelle paralleller mellom disse skattespørsmålene.

Avhengig av om vederlaget skal anses som arbeidsinntekt eller kapitalgevinst, oppstår det spørsmål om når fordelen skal anses «innvunnet»²⁰ og «tidfestes»²¹. Arbeidsinntekt skattlegges som hovedregel etter kontantprinsippet, jf. sktl. § 14-3, mens kapitalgevinster følger realisasjonsprinsippet, jf. sktl. § 14-2. Utover at de forskjellige inntektstypene følger ulike tidfestingsregler, avgrenser oppgaven seg mot en nærmere redegjørelse av innholdet i reglene og konsekvensene dette har for skattyter.

¹⁸ Med «sign on-fee» menes en økonomisk fordel som en skattyter mottar som et incentiv til å ta arbeid i en virksomhet, jf. <https://www.investopedia.com/terms/s/signing-bonus.asp> (sist besøkt 06.06.2020)

¹⁹ Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 599.

²⁰ Innvinningsreglene bestemmer hvilke begivenheter som er avgjørende for om aktuell skatteplikt overhode foreligger; grensen mellom inntektsmulighet og aktuell inntekt, jf. Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 338.

²¹ Tidfestingsreglene bestemmer når – på hvilket tidspunkt – en inntektspost skal skattlegges eller en kostnad kan fradras, jf. Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 132.

Når en del av vederlaget klassifiseres som arbeidsinntekt, pålegges arbeidsgiveren flere plikter. Herunder en plikt til å gi lønnsopplysninger, foreta forskuddstrekk, og plikt til å beregne og betale arbeidsgiveravgift av fordelene. Denne oppgaven vil ikke utdype disse pliktene. I forlengelse av dette avgrenses det også mot vurderingen av om det er kjøper eller virksomheten som arbeidsgiver, som pålegges pliktene og tidfestingen av denne plikten.

2.3 Begrepsavklaringer

2.3.1 Bindingsklausul

Bindingsklausul er en betegnelse som brukes om avtaler der selger av aksjene påtar seg en plikt til å arbeide i selskapet for en bestemt periode, i bindingstiden. Selger er dermed bundet til å arbeide, fordi utbetaling av hele eller deler av vederlaget er betinget av at arbeidsplikten overholdes.

2.3.2 Konkurransesklausuler

Konkurransesklausuler er ofte kalt karensklausuler. Disse innebærer at selger i en bestemt periode avstår fra å utøve konkurrerende virksomhet. Denne klausulen er ofte spesifisert, og omfatter eksempelvis både å ta ansettelse i, starte opp, og/eller eie aksjer eller andeler i selskaper som indirekte eller direkte konkurrerer med det solgte selskapet. I noen tilfeller er konkurransesklausulen så omfattende at den nærmest medfører et yrkesforbud for selger.

2.3.3 Resultatklausuler

En resultatklausul innebærer at en del av vederlaget er betinget av at selskapet oppnår et bestemt resultat i fremtiden. Selger av aksjene forplikter seg med dette indirekte til å arbeide videre i selskapet, men størrelsen på utbetalingen avhenger av at selskapet presterer. Eksempler på dette er at selskapet skal gå med et visst overskudd eller oppnå et visst driftsresultat, at selskapet skal nå en bestemt børskurs, eller at selskapet skal oppnå en viss markedsandel.

2.4 Rettskildebildet og metodiske betraktninger

Den klare hovedregelen er at gevinst ved salg av aksjer skal beskattes som kapitalinntekt, jf. sktl. § 10-30 og § 5-1, jf. § 5-20. Det sentrale spørsmålet i earnout-saker er imidlertid hvorvidt deler av vederlaget, i realiteten, utgjør en fordel vunnet ved arbeid.²² Før jeg går inn på den konkrete grensdragningen, vil jeg redegjøre for bakgrunnsretten; kjennetegnene ved hver av de ulike inntektstypene, verdsetting av forretningsverdi og utgangspunktet for klassifiseringen. Jeg mener at en slik gjennomgang er nødvendig for at leseren skal få et helhetlig innblikk i problemstillingen, og forståelse for hvorfor klassifiseringen ved earnout er blitt et så utbredt spørsmål. Denne delen av oppgaven er ment som en generell beskrivelse, og det vil kunne være aspekter som ikke presenteres. Etter min mening er imidlertid kapittel 3 dekkende for å hvilken bakgrunnsinformasjon som innvirker på klassifiseringsspørsmålet.

Det vil illustreres at lovteksten med tilhørende forarbeider, ikke er nok for å besvare klassifiseringsspørsmålet ved earnout. I kapittel 4 og 5 vil jeg derfor dykke dypere i rettskildematerialet ved å foreta en analyse av Høyesterettsavgjørelsene som omhandler grensdragningen mellom kapital- og arbeidsinntekt ved earnout; Rt. 2008 s. 1307 (Skogli) og Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit). Dette er de eneste gangene Høyesterett har tatt stilling til problemstillingen. Dommene gikk langt i å knytte det partene oppfattet som vederlag for virksomheten, til eiernes videre forpliktelser i selskapet. I etterkant hevdet mange skattejurister at denne klassifiseringen stred markant fra tidligere praksis.²³ Da dommene har virket avklarende for grensdragningen, begrenser denne oppgaven seg mot underrettspraksis og skattemyndighetspraksis fra forut for domsavsigelsene.

Etter Skogli- og Gaard/Tveit-dommen har det vært lite underrettspraksis og skattemyndighetspraksis, som presenterer nye momenter til vurderingen. Betydningen av slik praksis vil avhenge av dens varighet, frekvens (hvor ofte tilfellet har forekommet) og dens konsistens (om og i hvilken utstrekning andre løsninger har vært lagt til grunn).²⁴ På grunn av manglende praksis, Høyesteretts rolle som øverste dømmende makt, jf. Grl. § 88, og dens rettsavklarende funksjon, har disse dommene stor autoritet ved grensdragningen. Praksisen fra Høyesterett er derfor hovedfokuset for analysen. Dette betyr imidlertid ikke at

²² Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 615

²³ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=44706> (sist besøkt 04.06.2020)

²⁴ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 55

problemstillingen er avklart. I kjølvannet av avgjørelsene er det fortsatt enkelte spørsmål som Høyesterett ikke adresserer. Disse vil jeg aktualisere både ved å stille meg kritisk til Høyesteretts argumentasjon, og forsøke å hente ut essensen av deres begrunnelse og tankerekker.

I skattespørsmål avgis en rekke administrative uttalelser, særlig fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet. Slike uttalelser vil gjerne bli tillagt stor vekt av skattemyndighetene, og kan via myndighetspraksis få betydning for løsningen av skattespørsmål. Enkeltstående uttalelser har imidlertid liten vekt som rettskilde. I flere dommer har Høyesterett ikke fulgt opp den oppfatningen som de administrative uttalelsene har gitt uttrykk for.²⁵

Finansdepartementet har gitt en prinsipputtalelse om klassifiseringen ved earnout.²⁶ Innholdet er uklart, og Høyesterett tok ikke stilling til uttalelsens rekkevidde ved behandlingen av klassifiseringsspørsmålet i Skogli- og Gaard/Tveit-dommen.²⁷ Da uttalelsen ble publisert forut for praksisen i Høyesterett, og særtrekkene som fremheves ikke tilfører noe ytterligere enn det som fremgår av avgjørelsene, vil den ikke bli behandlet i det videre.

Skatte-ABC (tidligere lignings-ABC) er en håndbok som utgis årlig av Skattedirektoratet, med Skatteetaten som hovedadressat. Skatte-ABC 2019/2020 inneholder stoff av ulik art og med ulik betydning for rettsanvendelsen. Kapittel 3 redegjør for et selskaps forretningsverdi, og kapittel 4.8 omhandler klassifisering av vederlag ved overdragelse av et formuesobjekt.²⁸ Disse betraktningene er generelle, og vil kunne gi anvisning på momenter av betydning for klassifiseringen. For Skatteklagenemnda og for domstolene har imidlertid anvisningene ikke større vekt enn administrative uttalelser ellers. Skatte-ABC vil derfor bare trekkes frem som argumentasjonskilde ved uavklarte underproblemstillinger.

Juridisk teori har alene begrenset betydning som rettskilde. I praksis benyttes den likevel for å klargjøre meningsinnholdet i lovgitte regler, og i rettspraksis. Kilden er egnet til å belyse et standpunkt der den er skrevet av eksperter på sine respektive rettsområder, og underbygges av andre autoritative rettskilder. Særlig danner derfor Fredrik Zimmer sine lærebøker og artikler bakteppet for noen av problemstillingene som drøftes ved gjennomgangen av avgjørelsene fra Høyesterett.

²⁵ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 58; Rt. 1990 s. 958 (Quatro); Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe)

²⁶ Bruttoskatteplikt mv ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler («earn-out»), <https://lovdata.no/pro/#document/UFIN/avgjorelse/ufin-1998-10026> (sist besøkt 03.06.2020)

²⁷ Rt. 2008 s. 1307 (Skogli) avsnitt 37 og Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit)

²⁸ <https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/handboker/skatte-abc/gjeldende/> (sist besøkt 03.06.2020)

Etter domsavsigelsene har det vært sparsomt med juridisk teori, som drøfter problemstillingen. Særlig artikler knyttet til tidsskriftet *Skatterett* har vært av relevans for å få et innblikk i klassifiseringsspørsmålet. Selv om noen av de artiklene som trekkes frem er publisert før domsavsigelsene, gir de uttrykk for generelle betraktninger og problemstillinger fra ulike juridiske fagfelt. Der disse fortsatt er aktuelle har jeg løftet disse frem som argumentasjonskilder.

3 En innføring i problemstillingen

3.1 Arbeid

Hva som kvalifiserer som fordel vunnet ved arbeid etter sktl. § 5-1 første ledd, er ikke definert i skatteloven. Lovens §§ 5-10 til 5-15 eksemplifiserer, men gir en ikke-uttømmende oppstilling. Juridisk teori ved Fredrik Zimmer har analysert ordlyden og rettspraksis. Essensen av arbeid er at det ytes en personlig innsats (eller tjeneste) med økonomisk karakter.²⁹ Det vanligste er at arbeid utføres i tjenesteforhold, altså at skattyteren er ansatt hos en arbeidsgiver. Da består arbeid normalt i å yte tjenester til andre mot vederlag. Dette oppfyller klart vilkåret om økonomisk karakter.

Av skattelovens forarbeider³⁰ fremgår det at:

«[i] tjenesteforhold må fordeler som arbeidstaker erverver fra arbeidsgiver, med få unntak anses som vunnet ved arbeid (visse unntak er lovfestet i § 5-15). Foruten kontant lønn og andre fordeler som arbeidstakeren har rettslig krav på, omfatter arbeidsregelen også andre og mer tilfeldige fordeler som arbeidstakeren mottar fra arbeidsgiveren» (min kursivering).

Forarbeidene gir uttrykk for at der det foreligger et tjenesteforhold, skal det lite til før en økonomisk gevinst, som skattyter mottar fra arbeidsgiveren, skal anses som skattepliktig. Selv fordeler som tilflyter skattyter mer tilfeldig omfattes. Stipendet som Hagerup mottok i den tidligere nevnte høyesterettsdommen, er et eksempel på dette. Den videre utdypingen i forarbeidene³¹ til sktl. § 5-10 underbygger at lovgiver tilsiktet at arbeidsregelen skulle favne vidt:

«Denne eksemplifiseringen danner ikke noen ytre grense for inntektsbegrepet. Avgjørende vil være om fordelene kan anses vunnet ved arbeidsforholdet. Dette vilkåret kan være oppfylt også for fordeler som har løsere tilknytning til arbeidsforholdet enn de fordelene som er nevnt eksplisitt i bokstav a annet punktum» (min kursivering).

Skattelovens struktur og forarbeider illustrerer at arbeidsinntektsbegrepet er dynamisk.

Kjernen er de opplistede inntektene som lønn, feriepengene, sykepenger og dagpenger i sktl. §

²⁹ Zimmer, *Lærebok i Skatterett* (2018) s. 143.

³⁰ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 47 om ny skattelov

³¹ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 50 om ny skattelov

5-10. Likevel omfatter begrepet også andre utilsiktede og ikke-avtalefestede fordeler. Avgjørende er, slik som i Hagerup-avgjørelsen, at arbeidet må ha vært foranledningen til ervervet av fordelene.

3.2 Kapital

Hva som ligger i fordel vunnet ved kapital er ikke definert i skatteloven. Kapital er ikke-uttømmende eksemplifisert i §§ 5-20 til 5-22, på samme måte som arbeid. Begrepet er omfattende, og dekker både fysiske gjenstander, finansgjenstander og immaterielle gjenstander, samt disse gjenstandenes tilhørende rettigheter, jf. sktl. § 5-20 første ledd. Fordelen innvinnes ved avkastning av slike gjenstander.

Ved den skattemessige vurderingen må det trekkes en grense mot gevinster ved realisasjon av formuesobjekter. Slike kapitalgevinster er utenfor virksomhet skattepliktige etter skatteloven § 5-1 annet ledd. Begrepet «formuesobjekt» tilsvarer kapitalbegrepet i § 5-20. Det omfatter realobjekter (fast eiendom og løsøre), finansobjekter (særlig aksjer og fordringer, men også andre finansielle instrumenter), immaterielle aktiva (for eksempel patenter, varemerker, og forretningsverdi), samt begrensede rettigheter i slike objekter (for eksempel en leierett).³² At slike aksjegevinster som hovedregel er skattepliktige følger også av sktl. § 10-31.

Skattelovens forarbeider³³ tydeliggjør skillet mellom kapitalgevinst og annen kapitalinntekt:

«Bestemmelsen i § 5-1 annet ledd er hjemmel for skattlegging av kapitalgevinster. Mens bestemmelsen om kapitalinntekter i første ledd omfatter løpende inntekter av kapitalobjektet, omfatter annet ledd de fordelene som tilflyter eieren ved opphør av eierposisjonen, dvs ved realisasjon av kapitalobjektet» (min kursivering).

Forarbeidene gir uttrykk for at kapitalgevinster er inntekter som innvinnes ved realisasjon, mens inntekt som innvinnes på annen måte utgjør kapitalinntekt. Men det kan foreligge kapitalgevinst uten realisasjon³⁴, og kapitalinntekt kan også innvinnes ved realisasjon. Det lar seg ikke gjøre å trekke opp grensen mellom skattlegging av kapital etter § 5-1 første og annet ledd ved innvinningsmåten. Men det kan pekes på enkelte generelle trekk: kapitalinntekt

³² Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 253

³³ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 50

³⁴ Eksempelvis Rt. 1932 s. 233 (Løvenskjold I)

innebærer ofte en løpende ytelse som knytter seg til en angitt tidsperiode.³⁵ Eksempler på dette er renter for en rentetermin og leie for en leieperiode. En kapitalgevinst representerer på sin side ofte antatt fremtidig verdiutvikling på gjenstanden – man kan se vederlag ved salg av en gjenstand som nåverdien av all fremtidig forventet avkastning av eiendelen. Dette betyr at det er knyttet en helt annen grad av usikkerhet til gevinster enn til annen kapitalinntekt.

Etter dette kan man trekke noen grenser ved å sammenlikne kapitalgevinst med arbeidsinntekt. Der fordelene stammer fra opphør av en eierposisjon, vil det fort være tale om en aksjegevinst. Dette i motsetning til der skattyterens personlige innsats resulterer i fordelene. Dette uavhengig av om skattyteren hadde krav på inntekten, eller om den tilfaller ham mer tilfeldig. Det synes som at kjennetegnene ved arbeidsinntekter er mer uklare, og at inntektstypen favner videre enn kapitalgevinster. For å klargjøre hvor grensen går er det imidlertid behov for en ytterligere konkretisering.

3.3 Forretningsverdi

Ved virksomhetsoverdragelse hyrer partene normalt en uavhengig tredjemann, typisk et revisjonsselskap, til å utarbeide en verddivurdering. Dette for at kjøper og selger skal identifisere de verdier som er i selskapet ved fastsettelsen av selskapets markedspris. En av postene i den sammenheng er selskapets «forretningsverdi»³⁶.

Forretningsverdi er et formuesobjekt, og skattlegges derfor som hovedregel som kapital ved realisasjon. At forretningsverdi omfattes innebærer at hele gevinsten ved salg av en virksomhet blir skattepliktig. Begrepet forretningsverdi benyttes flere steder i skatteloven, men er ikke definert her. I forarbeidene til den gamle skatteloven³⁷ fremgår det at begrepet «er gitt tilsvarende vide innhold som etter aksje- og regnskapslovgivningen». Høyesterett har fulgt opp dette synspunktet, og lagt til grunn at regnskapslovens definisjon står sentralt også i skatteretten.³⁸ Dette medfører at de regnskapsrettslige normene er sentrale for om en slik

³⁵ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 295

³⁶ Ved regnskap og revisjon benyttes «goodwill», heller enn forretningsverdi. Innholdet i begrepene er det samme, men skatteloven, rettspraksis i skattespørsmål, og skattemyndighetene benytter forretningsverdi. Derfor brukes forretningsverdi gjennomgående i oppgaven.

³⁷ Ot.prp. nr. 19 (1983-1984) s. 17

³⁸ Eksempelvis Rt. 2007 s. 1543 (Scansales), Rt. 2008 s. 343 (Hafslund) og Rt. 2014 s. 986 (Roa Medisinske Senter)

identifiserbar immateriell eiendel foreligger. I Regnskapsloven § 5-7 er forretningsverdi definert som:

«Goodwill er differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten» (min kursivering).

Forretningsverdi er således en restkategori, som defineres negativt. Det siktes til den delen av vederlaget som overstiger verdien av identifiserbare materielle og immaterielle aktiva. Herunder, men ikke avgrenset til, virksomhetens kundekrets, renommé, erfaring og kompetanse, samt de mer alminnelige fordelene ved å overta en igangværende virksomhet fremfor å starte en ny.³⁹ Ved earnout blir den delen av vederlaget som ikke kan identifiseres, ofte klassifisert som forretningsverdi av avtalepartene. Et eksempel på dette er Skoglidommen, der avtalt vederlag utgjorde 2 millioner kroner. Av disse ble 400 000 kroner identifisert som verdi for varelager og driftsmidler, mens de resterende 1,6 millioner kronene ble klassifisert som forretningsverdi.

Begrepet forretningsverdi må likevel avgrenses ytterligere, og denne grensen har betydning for gresedragningen mellom kapital og arbeid. Ved personlig eide foretak med få eller ingen ansatte, eller nylig etablerte tjenestebaserte virksomheter, vil store deler av forretningsverdien kunne bero umiddelbart på eieren – såkalt personavhengig forretningsverdi. Spørsmålet ved earnout er om den oppgitte forretningsverdien er personavhengig, og ikke knyttet til virksomheten i seg selv. Hvis så er tilfellet vil vederlaget være knyttet til selgerens videre forpliktelse i virksomheten, og ikke aksjenes reelle markedsverdi. Vederlaget må da rubriseres som fordel vunnet ved arbeid, jf. sktl. § 5-1.

Høyesterett har flere ganger tatt stilling til hvordan forretningsverdi skal verdsettes. Særlig relevant er Rt. 2000 s. 772 (Paulsen-dommen – dissens 3-2) og Rt. 2001 s. 640 (Alst-dommen). I disse dommene var spørsmålet om personavhengig forretningsverdi skulle bedømmes på lik fot skatterettslig, som virksomhetens øvrige forretningsverdi. Selv om Paulsen-dommen ble avsagt under dissens, var det enighet om hvordan den personlige forretningsverdien skulle skattlegges. Dette synspunktet ble videreført i Alst-dommen hvor førstvoterende på side 649 uttalte at:

³⁹ Rt. 2005 s. 1461 (Firda Sjøfarmer) avsnitt 41

«Ved fastlegginga av goodwillen ved sal av eit personleg eigd føretak må det spørjast kva marknaden ville vere viljug til å betale for verksemda i ein situasjon der innehavaren ikkje sjølv skal følgje med, og der han heller ikkje skal etablere ny verksemd i konkurranse med den gamle verksemda si...» (min kursivering).

I dette ligger at ved verdsettelsen av selskapets alminnelige forretningsverdi, må den personlige forretningsverdien holdes utenfor. Dette blir også utgangspunktet for hvordan grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst skal trekkes. I de neste kapitlene vil relevante momenter for vurderingen av om vederlaget er foranlediget av aksjonærenes videre arbeidsforpliktelse belyses.

3.4 Privatrettslige forhold som utgangspunkt for vurderingen

Selv om skatteretten regnes som spesiell forvaltningsrett, er det viktige kontaktflater mot privatretten. For det første bruker skattelovgivningen i stor utstrekning ord og uttrykk som er hentet fra privatretten, og privatrettslige transaksjoner ligger oftest til grunn for den skatterettslige bedømmelsen. Dette innebærer at en viktig del av rettsanvendelsen er å fastlegge hva slags privatrettslige forhold som foreligger i det aktuelle tilfellet. Dette beror på en tolkning av det private grunnlaget.

Ved overdragelse av aksjer vil det typisk foreligge en kjøpsavtale. En tolkning av denne avtalen danner derfor utgangspunktet for vurderingen. Det er rettsforholdets privatrettslige realitet som er det sentrale, ikke hvilken betegnelse partene har gitt den. Partenes subjektive oppfatning av forholdene er ikke avgjørende. Dette er naturlig da rettferdighet og likebehandling er sentrale hensyn i skatteretten. Et eksempel på dette er at en avtale er omtalt som en kjøpekontrakt, men er i realiteten også en ansettelsesavtale. Eller at partene har avtalt et vederlag for virksomhetens forretningsverdi, mens vederlaget i realiteten er betaling for selgerens konkurranseklausul eller bindingstid.

En klassifisering innebærer en vurdering av hva som er riktig privatrettslig bedømmelse. Det er de privatrettslige transaksjonsmønstrene som skattyter har valgt å gå inn i, som skal legges til grunn. En side til dette er at skattyter ikke kan påberope seg at han kunne oppnådd et

gunstigere skatteresultat ved å velge et annet transaksjonsmønster enn det valgte. Slike anførsler fører stort sett ikke frem.⁴⁰

Overført til problemstillingen om en fordel skal anses som vederlag for aksjesalg eller forskudd på lønn, må grensedragningen foretas på objektivt grunnlag. Det vil si ut ifra hvordan forholdene objektivt sett fremstår ut fra de opplysninger som foreligger. Partenes subjektive forhold og intensjoner, vil likevel inngå som momenter i denne vurderingen. Dette skyldes at de kan være egnet til å bevise tilknytningen til den ene inntektsformen, fremfor den andre.

⁴⁰ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (2018) s. 53; Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime)

4 Skogli-dommen

4.1 Faktum

Høyesterett tok i Skogli-dommen stilling til hvorvidt et avtalt vederlag skulle anses som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Bakgrunnen for tvisten var at Kjell Olav Skogli i 2001 solgte sitt enkeltmannsforetak «Malermester Kjell Olav Skogli» til selskapet Alvdal Bygg AS. I tillegg inngikk partene en separat ansettelsesavtale for Skogli, som avdelingsleder hos Alvdal Bygg. Partene anså hele kjøpesummen på 2 millioner kroner som vederlag for enkeltmannsforetaket. Partene identifiserte 400 000 kroner som dekning for varelageret og bedriftens driftsmidler, mens de resterende 1,6 millioner kronene ble definert som forretningsverdi. Det er den skatterettslige bedømmelsen av posten for forretningsverdi som var omtvistet.

Kjøpsavtalen beskrev forretningsverdien som «renomme og omdømme, etablerte kundeforhold, fagkunnskap og dyktighet». I tillegg fulgte det av salgavtalen at Alvdal Bygg ervervet retten til å bruke firmanavnet «Malermester Kjell Olav Skogli», og retten til å bruke kjedenavnet «Mesterfarve». Dette var rettigheter som var knyttet til Skoglis mesterbrev og personlige medlemskap i malermesterkjeden Mesterfarve. Det samme gjaldt retten til å handle gjennom Malermesternes Andelslag, noe som medførte gunstige innkjøpsavtaler for kjøper.

I arbeidsavtalen ble lønnen satt til 360 000 kr, uten kompensasjon for overtidarbeid. Dette til tross for at det var klart for partene at Skogli ville arbeide et betydelig antall overtidstimer. Det ble også avtalt bindingstid. Skogli forpliktet seg til å arbeide hos kjøper frem til oppnådd pensjonsalder, under den forutsetning at helsen hans muliggjorde dette. Om denne avtaleklausulen uttalte leder og styreformann i Alvdal Bygg at dersom Skogli hadde sluttet umiddelbart, ville dette bli betraktet som et brudd på forutsetningene for avtalen.⁴¹

Forut for salget ble det utarbeidet en verdivurdering av Revisorkonsult AS. Deler av denne ble sitert i avsnitt 46:

«Malervirksomheten Kjell Olav Skogli anses for å være den mest anerkjente malervirksomheten i distriktet. Hans unike kompetanse er av størst betydning for å kunne gi et

⁴¹ Rt. 2008 s. 1307 avsnitt 47

produkt med den kvalitet som etterspørres. Maleravdelingen i Alvdal Bygg As bygger helt og fullt på hans kompetanse og det er derfor inngått avtale om at han skal arbeid[e] i selskapet fram til oppnådd pensjonsalder. Med hans kompetanse kan selskapet gi en komplett pakkeløsning ved så vel vedlikehold av eksisterende bygg som oppføring av nye bygg. Dette er et konkurransefortrinn for selskapet. Man oppnår også de gunstige innkjøpsavtalene som er knyttet til Malermesternes Andelslag, og som kun dets medlemmer kan nyte godt av. Det vil i praksis være svært vanskelig å etablere en egen malervirksomhet uten oppkjøp av en allerede veldrevet virksomhet» (min kursivering).

På bakgrunn av kjøpsavtalen og den tilhørende arbeidsavtalen fattet Ligningsnemnda⁴² i 2004 vedtak om endring av ligningen for Skogli og Alvdal Bygg for året 2001. Skattyterne motsatte seg omklassifiseringen. De fikk medhold i tingretten, men tapte i lagmannsretten. Skattyter anket saken til Høyesterett.

Skogli og Alvdal Bygg argumenterte for at lønnen var markedsbasert og at forretningsverdien var knyttet til selskapet, fremfor malermesteren. Enkeltmannsforetaket var et selskap med generelt godt renommé, og virksomheten hadde over lang tid vært godt profilert i et stort distrikt. I tillegg fikk selskapet ubegrenset adgang til den etablerte kundekretsen som bestod av kunder med sikker økonomi. Overligningsnemnda erkjente at dette hadde en viss forretningsverdi, men at disse punktene i vesentlig grad var knyttet til navnet Malermester Kjell Olav Skogli. Alvdal Bygg ville ikke kunne bruke navnet i sin markedsføring dersom Skogli ikke var ansatt i selskapet, fordi dette ville være villedende reklame. Angående kundekretsen ble det fremhevet at verdien var forholdsvis begrenset så lenge det ikke forelå langsiktige kontrakter med kundene.

4.2 Domsresultatet

Høyesterett kom enstemmig til at 1,3 millioner kroner måtte omklassifiseres fra forretningsverdi til forskuddsbetaling av lønn. Dette er samme konklusjon som Overligningsnemnda⁴³ kom til. Denne delen av vederlaget måtte anses som arbeidsinntekt etter Sktl. § 5-10 jf. § 5-1 første ledd, og ikke kapitalinntekt etter § 5-30 jf. § 5-1 annet ledd.

⁴² Ligningsnemnda var det tidligere klageorganet knyttet til det enkelte ligningskontor. Nå er Skattekontoret første klageinstans.

⁴³ Overligningsnemnda var tidligere klageinstans for ligningsnemndas vedtak. Ordningen er erstattet av en skatteklagenemnd i hver ligningsregion.

Høyesterett viste til de nevnte Paulsen- og Alst-dommen, som kilde for vurderingen av om vederlaget for personavhengig forretningsverdi skatterettslig skal bedømmes på lik fot som virksomhetens øvrige forretningsverdi. I avsnitt 35 slo Høyesterett fast at:

«Jeg legger etter dette mer generelt til grunn at den såkalte personavhengige forretningsverdien knyttet til selger skal holdes utenfor forretningsverdien. Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt» (min kursivering).

Høyesterett inntar med dette et generelt syn på grensedragningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, ved at den personavhengige forretningsverdien må skjermes. Til gjengjeld må den delen av vederlaget, som har en nær sammenheng med selgerens fortsatte innsats i virksomheten, rubriseres som fordel vunnet ved arbeid. Men det er ikke tale om noen automatikk i hvor grensen går. Avgjørende er om fordelene er «foranlediget» av selgerens senere innsats for kjøper.

Høyesterett foretok så en konkret vurdering av avtaleforholdet mellom kjøper og selger for å avgjøre om vederlaget var foranlediget av selgerens senere innsats. I denne saken mente Høyesterett at det var få momenter som talte for at den omtvistede delen av vederlaget skulle anses som kapitalinntekt. Det utslagsgivende ble at den beskrevne forretningsverdien i partenes kjøpekontrakt, var knyttet til Skogli som person og hans fortsatte arbeidsinnsats. Ved at Skogli fortsatte i virksomheten ville kjøper ha rett til å benytte hans navn og kjedenavnet «Mesterfarve», slik selger personlig hadde adgang til. Uten Skogli sin tjeneste ville Alvdal Bygg ikke kunne nyttiggjøre seg noen av de rettigheter partene tok sikte på å overføre ved virksomhetsoverdragelsen. Bindingstiden i arbeidskontrakten, og at tidligere oppsigelse kunne bli ansett som mislighold av salgavtalen, ble også avgjørende. Det var klart for Høyesterett at selskapets forretningsverdi ikke var verdt mer enn 300 000 kroner, dersom Skogli ikke ble værende i selskapet.

4.3 Den konkrete bedømmelsen i Skogli-dommen

4.3.1 Tilknytningskravet

Det sentrale i Skogli-dommen var å konkretisere den delen av vederlaget som Skogli og Alvdal Bygg AS hadde definert som forretningsverdi. Om dette uttalte førstvoterende at:

«Jeg tolker både Paulsen- og Alst-dommen slik at man ved den skatterettslige bedømmelsen av forretningsverdi skal holde utenfor verdien det har for kjøper at selger tar ansettelse hos ham etter overdragelsen. Forretningsverdien skal fastsettes som om selgeren tenkes borte. Dette innebærer at personavhengig forretningsverdi trekkes ut før den skatterettslige forretningsverdien fremkommer» (min kursivering).

Høyesterett er med dette svært klare. All inntjening som bortfaller uten selgerens videre deltakelse er ikke forretningsverdi. Denne delen av vederlaget er personlig forretningsverdi som skal følge andre skatterettslige regler. For å skille mellom personlig forretningsverdi og alminnelig forretningsverdi, uttalte Høyesterett i avsnitt 35 at *«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» (min kursivering)*. Selgers senere innsats for kjøper knytter seg klart til de plikter og oppgaver som selger påtar seg etter at overføringen av selskapet har funnet sted. Det interessante er å klargjøre hva som ligger i «foranlediget».

Høyesterettsbruk av «foranlediget» gir anvisning på et krav om sammenheng. Det vil være tale om arbeidsinntekt dersom det er selgers senere forpliktelser overfor kjøper som resulterer i fordelen. Det er derfor en tolkning av premissene for fordelen som vil trekke grensen mellom personlig forretningsverdi og alminnelig forretningsverdi, og dermed også skillet mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt. Det vil være tale om alminnelig forretningsverdi hvis vederlagets størrelse er uavhengig av selgers etterfølgende deltakelse i selskapet. Høyesterett gir dermed uttrykk for at for å besvare klassifiseringsspørsmålet, må det avgjøres konkret hvilken forpliktelse fra selger som ga rett på den enkelte del av vederlaget.

Det er uklart om Høyesterett i «foranlediget» tilsiktet et annet tilknytningskrav enn det som følger av sktl. § 5-1 første ledd; «fordel vunnet **ved** arbeid, kapital eller virksomhet» (mine uthevinger). Om dette kravet er det som tidligere nevnt sikker rett at det må påvises *«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 arbeid eller virksomhet»⁴⁴ (min kursivering). Den rettslige problemstillingen ved klassifiseringen vil være grensedragningen mellom de to inntektskategoriene. Problemstillingen er således ikke knyttet til avklaring av yttergrensen for det skatterettslige inntektsbegrepet, slik rettsspørsmålet var i Hagerup-dommen. Det som søkes avklart er grensedragningen mellom to inntektsarter hvor begge er skattepliktige.

Forut for Skogli-dommen var det uenighet i juridisk teori om tilknytningskravet i disse to rettsspørsmålene var det samme. Kristian Kvamme, daværende spesialutreder i Skattedirektoratet, hevder at det er tale om det samme tilknytningskravet.⁴⁵ Han viser til tre tidligere rettsavgjørelser for å underbygge sitt syn. To dommer gjaldt grensen mellom kapitalgevinst og fordel vunnet ved arbeid⁴⁶, mens den tredje dommen omhandlet grensen mellom fordel vunnet ved arbeid og fordel vunnet ved kapital⁴⁷. Morten Foros Krohnstad, nåværende parter i Advokatfirmaet Schjødt AS, motsier Kvammes tolkning av de nevnte rettsavgjørelsene.⁴⁸ Han hevder i artikkelens punkt 2.1 at det må ligge noe mer i tilknytningskravet, én «naturlighetstest»:

«Det følger av Høyesteretts uttalelse at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at det er en tilknytning mellom arbeidsinnsatsen og fordelene hva angår selve årsaksforholdet. Tilknytningen må også gi som resultat at arbeidsinntekt fremstår som det naturlige valget foran (i vårt tilfelle) kapitalgevinstregelen.

Det er således kvalifikasjonen, dvs. naturlighetstesten, som utgjør det sentrale vilkåret for når en kan fravike hovedregelen (kapitalgevinstregelen) til fordel for unntaket (arbeidsregelen), og ikke det at en kan påvise tilknytningspunkter» (min kursivering).

Det er uheldig at Høyesterett ikke utdyper hva som ligger i «foranlediget» og på den måten avgjør forholdet til det alminnelige tilknytningskravet i sktl. § 5-1. Dette fordi det ville virket rettsavklarende for bevisterskelen i etterfølgende omklassifiseringsspørsmål. Dersom Høyesterett mener at det foreligger en høyere terskel enn i det alminnelige tilknytningskravet,

⁴⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 49 om ny skattelov; Rt. 1958 s. 583 (Hagerup)

⁴⁵ Kristian Kvamme, «Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2005 artikkel 1.

⁴⁶ Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith-dommen) og Rt. 2000 s. 1739 (PreFinans)

⁴⁷ Rt. 2003 s. 504 (Lungaard)

⁴⁸ Morten Foros Krohnstad, «En delingsmodell for aksjegevinster?», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 1/2006 artikkel 4

er konsekvensen at det skal mer til for å sannsynliggjøre at vederlaget er knyttet til arbeidsinntekt, og ikke kapitalgevinst.

Etter min mening er det ikke mulig å utlede et forhøyet tilknytningskrav basert på argumentasjonen i dommen. Høyesterett foretar en konkret vurdering av forholdene i saken, hvor terskelen er det alminnelige prinsippet om sannsynlighetsovervekt.⁴⁹ Det synes som at førstvoterende tydeliggjør grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst ved å avklare de faktiske premissene bak vederlaget, noe som blir utslagsgivende for klassifiseringen. Med dette inntar Høyesterett et annet synspunkt enn Krohnstad, som mener at hele vederlaget i utgangspunktet er kapitalgevinst. Høyesteretts fremgangsmåte har de beste grunner for seg. Om en fordel er foranlediget av arbeid eller kapitalgevinst er en objektivvurdering, og skattyters oppgivelse bør derfor ikke være utgangspunktet for vurderingen, jf. punkt 3.4. Når skattemyndigheten, eventuelt domstolen, skal kontrollere vederlaget bør man innta et objektivt syn og se på karakteren av vederlaget, før klassifiseringen faller. Rettferdighetshensynet ved at like skatterettslige fordeler skal skattlegges likt, tilsier også denne løsningen.

Når kjøper ved en virksomhetsoverdragelse skal klassifisere vederlaget, gjør han lurt i å foreta en detaljert vurdering. Hvilken del er klart knyttet til overdragelsen, og hvor mye utgjør forretningsverdien i selskapet? Er det deler av dette som kan knyttes til hans videre forpliktelser, eller ville han oppnådd samme markedspris om han hadde sluttet på transaksjonstidspunktet? Det kan være vanskelig for selger å foreta en objektiv vurdering av virksomhetens verdi, uten hans videre ansettelse. I tillegg knytter det seg en rekke usikkerheter til nyetablerte bedrifter og mindre, spesialiserte tjenesteytere. Et utgangspunkt er at dersom usikkerheten i vederlaget knytter seg til utviklingen i markedet, vil dette være usikkerhet knyttet til verdsettingen av forretningsverdien. Mens vederlag for usikkerhet knyttet til risikoen for at nøkkelpersoner starter konkurrerende virksomhet eller slutter i selskapet, vil være foranlediget av den personlige forretningsverdien.

4.3.2 Bindingstid

I Skogli-dommen hadde partene avtalt følgende under punktet «Bindingstid»:

⁴⁹ Rt. 2008 s. 1537 U (Skogli) avsnitt 25

«Arbeidstaker forplikter seg til å arbeide hos arbeidsgiver frem til oppnådd pensjonsalder under forutsetning av at hans helse gjør dette mulig» (min kursivering).

Skogli og Alvdal Bygg argumenterte for at partene ikke hadde til hensikt å avtale bindingstid. Om dette uttaler Høyesterett i avsnitt 49 at det ikke var avgjørende om klausulen om bindingstid var reell, da det var klart at det var en forutsetning at selger skulle ta ansettelse i virksomheten. Selv om denne delen av avtalen ikke ville være arbeidsrettslig bindende, ville et brudd medføre mislighold av kontrakten. Dette fremgikk både i uttalelsen fra Revisorkonsult AS og i svaret fra daglig leder og styreformann i Alvdal Bygg, Oddbjørn Steien. For Høyesterett bekreftet dette at det var en direkte link mellom Skoglis ansettelse, og de verdier malervirksomheten representerte på kjøpers hånd.

På dette punktet er det vanskelig å trekke ut av dommen hvilken betydning en bindingsklausul har. I Skogli-dommen var det forutsetningen om at selger skulle ta ansettelse i selskapet, ikke hvor lenge forpliktelsen vedvarte, som ble utslagsgivende. Dette kan tilsi at en del av vederlaget ved virksomhetsoverdragelsen må være tilknyttet den personlige forretningsverdien i alle tilfeller hvor selger tar ansettelse i virksomheten. En slik tolkning har likevel lite for seg. Som utledet av tidligere Høyesterettspraksis i Alst- og Paulsen-dommen, må forretningsverdien beregnes ved isolere den personlige forretningsverdien. Det er altså først når kjøpers behov for bindingstid resulterer i en avtalt bindingsklausul, at vederlaget er foranlediget av den etterfølgende forpliktelsen. I Skogli-dommen må det ha vært Skoglis tittel som malermester og konkurransefortrinnet ved innkjøpsavtaler som ble avgjørende, selv om dette ikke uttales direkte av førstvoterende.

Det er mange måter det kan avtales bindingstid. I Skogli-dommen var det tale om en bindingstid uten betinget vederlag. Utbetalingen av salgsvederlaget var dermed ikke betinget av at selger holdt avtalen. Dette medfører at det ved første øyekast ikke er samme tilknytning til arbeidsinnsatsen, som der selgers vederlag utbetales i tråd med bindingstiden.

Man kunne hevde at ved brudd på en ubetinget bindingsklausul vil tilbakebetalingskravet måtte anses som en sanksjon, som ikke har noen tilknytning til arbeidsforholdet overhodet. En slik forståelse kan ikke være riktig. Partene kan ikke komme seg unna med å formulere brudd på bindingstiden som en avtalt erstatningsklausul. Det må være den konkrete tilknytningen mellom vederlaget og det videre arbeidsforholdet som er avgjørende. Imidlertid er det ikke

like lett å skille ut hvilken del av vederlaget denne tilknytningen refererer seg til, som det er ved bindingsklausuler med betinget vederlag.

Mitt synspunkt er at førstvoterendes argumentasjon angående bindingstiden burde ha vært utbrodert. Det har formodningen mot seg at kjøper ville betale et forskudd på lønn for en periode som strekker seg fra vederlagsoverføringen, til pensjonsalder. Jo lengre tid selger binder seg til en ansettelse, jo mindre blir tilknytningen til arbeidsinnsatsen. Dette fordi det for selger er lenge å leve i et lojalitetsforhold, hvor avtalebrudd kan resultere i erstatningsansvar eller heving av avtalen. Samtidig virker det som lite sannsynlig at kjøper i ubegrenset tid vil være like avhengig av selger. At kjøper ikke har gjort seg opp noen tanker om hvor lang bindingstid som er avgjørende for den videre utviklingen i selskapet, svekker den beviselige tilknytningen mellom vederlaget og den videre arbeidsforpliktelsen.

Videre må det trekkes frem at det er mange ulike årsaker til at en kjøper kan ha behov for å avtale bindingstid, uten at det har direkte sammenheng med selskapets verdi. Det kan være rent praktiske formål, eksempelvis å drive opplæring eller selgers spesielle arbeidserfaring og kompetanse, som generelt gjør ham til en attraktiv ansatt. Samtidig kan det på selgers side være grunner til at videre ansettelse er ønskelig. På grunn av alder kan selger være redd for å stå uten arbeid. Eller så har han et ønske om å trappe ned, og ikke lenger være ansvarlig for selskapets fremgang og konkurranse. I slike tilfeller er det selger som ønsker videre ansettelse, ikke nødvendigvis kjøper. Slik jeg forstår Skogli-dommen synes det strengt å anta at en klausul om bindingstid automatisk resulterer i at vederlaget er knyttet til selgers videre arbeid i bedriften. Det må foreligge konkrete forhold ved selger, som gjør at han ikke kan erstattes av andre med samme utdanning eller bakgrunn.

4.3.3 Markedslønn

Skogli og Alvdal Bygg gjorde gjeldende at Skogli hadde god lønn for sitt arbeid, noe som talte mot omklassifisering. I ansettelsesavtalen var lønnen satt til 360 000 kr årlig, uten kompensasjon for overtid. Om påstanden uttalte Høyesterett i avsnitt 51 at:

«Forhold omkring den samlede avlønningen av Skogli, herunder at han har arbeidet et betydelig antall timer overtid uten kompensasjon, kan gi grunn til å stille spørsmål ved om lønnen gir et dekkende uttrykk for gjengse lønnsnivå for malermestre med Skoglis kompetanse. For meg er dette likevel underordnet. Jeg har tidligere pekt på at den

personavhengige forretningsverdien rekker ut over lønnen. Skulle lønn på markedsnivå få betydning, måtte det være fordi slik lønn bevismessig kan tale mot at det er en kobling mellom vederlag for virksomheten og tidligere eiers arbeid for den nye eier. Når en slik sammenheng mellom vederlag og senere arbeid for ny eier er bragt på det rene på annet grunnlag, er selgers lønn hos den nye eier uten særlig betydning» (min kursivering).

Uttalelsen vitner om at markedslønn ikke er et moment som vektlegges i den konkrete vurderingen dersom det er andre momenter og omstendigheter, som underbygger at deler av vederlaget er foranlediget av selgers videre innsats. Fra mitt synspunkt er uttalelsen verken informativ hva gjelder grensedragningen, eller godt begrunnet. Hva som kvalifiserer som «bevismessig kan tale mot at det er en kobling» mellom vederlaget og tidligere eiers arbeid for den nye eier, forblir usikkert.

Det er klart at i tilfeller hvor partene har avtalt en markant lavere lønn enn markedsnivået, vil en rimelig antagelse være at deler av vederlaget må erstatte den tapte lønnsinntekten. Dette gjelder selv om selger beholder samme lønn som forut for salget. En aktiv aksjonær vil undertiden ta ut lønn som ligger under nivået for markedslønn fordi han har egne interesser i selskapets økonomiske vekst. I tillegg har han muligheten til å ta ut utbytte eller låne penger av selskapet, selv om skatteforskjellen mellom disse alternativene i dag er mer eller mindre visket ut.

Et ytterligere poeng er at det kan være vanskelig å fastslå hva som er markedslønn for en person. Ved earnout vil normalt nøkkelpersonene fortsette i ledende stillinger i virksomheten. Dette er stillinger det kan være vanskelig å finne noen markedsriktig lønn for. Eierne sitter ofte på en unik kompetanse og innsikt i bransjen, og har kanskje personlige egenskaper som gjør dem særlig egnet for stillingen. At det er vanskelig å fastsette hva markedslønn for selger vil være, medfører at dette momentet ikke kan tillegges stor bevismessig vekt.

Etter dette synes det som klart at dersom partene har avtalt markedslønn, eller en lønn lavere enn markedsnivået, vil det være naturlig å knytte en del av vederlaget til den videre arbeidsforpliktelsen. Skattyter vil altså ikke bli hørt med markedslønn som motbevis på tilknytning til ansettelsen.

5 Gaard/Tveit-dommen

5.1 Faktum

Høyesterett tok i Gaard/Tveit-dommen stilling til hvorvidt et avtalt periodisk vederlag skulle anses som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Bakgrunnen for tvisten var at aksjonærene i aksjeselskapet «Maritime Industry Services AS» (heretter forkortet MIS) i 1998 solgte virksomheten til Hitec ASA. Det var tre selgende aksjonærer. Høyesterettssaken gjaldt likningen til to av selgerne, Lars Gaard og Knut Johan Tveit. Salget av aksjene var regulert i en felles avtale for alle aksjonærene, og den samlede betalingen for aksjene skulle fordeles forholdsmessig etter hvor mange aksjer den enkelte selger eide. Partene anså hele kjøpesummen på 12 millioner kroner som vederlag for aksjene. Kjøpesummen ble i kjøpsavtalen definert som en fast og en variabel del. Den variable delen på 5 millioner kroner knyttet seg til «egenkapitalen»⁵⁰ i selskapet. Utover dette konkretiserte ikke overdragelsesavtalen hvordan betalingen var fordelt på de underliggende verdiene i selskapet. Det er den skatterettslige bedømmelsen av de resterende 7 millioner kronene som var omtvistet i saken.

Overdragelsen av aksjene skulle foretas i tre trinn. 91 % av aksjene ble overført 1. januar 1998, og de resterende 9 % ble overdratt i to like store omganger, 1. januar 2000 og 1. januar 2001. Det omtvistede vederlaget ble utbetalt i to like store omganger samtidig som aksjene ble overført i trinn 2 og trinn 3. Kjøpsavtalen inneholdt et punkt 4.1, hvor selgerne forpliktet seg til å ta ansettelse i virksomheten. Grunnlaget for arbeidsforholdet skulle være kjøpers standardarbeidsavtale. I punkt 4.2 forpliktet selgerne seg til en treårig bindingstid, som varte ut år 2000. Utbetalingen i trinn 2 og 3 var betinget av overholdelse av arbeidsforpliktelsen. Etter punkt 3.5 kunne bortfall av betaling kun gjøres gjeldende overfor den aktuelle selger som sluttet, ikke kollektivt for alle. I tillegg ble det i punkt 4.3 inngått en konkurranseklausul med varighet minimum frem til 31.12.2000. Denne klausulen forbød selgerne samlet eller hver for seg, å drive virksomhet i konkurranse med kjøpers virksomhet eller planlagte utøvelse.

⁵⁰ Egenkapital er den delen av kapitalen som eierne i virksomheten har skutt inn selv, og/eller som er opptjent gjennom drift og reinvestert i bedriften <https://www.visma.no/eaccounting/regnskapsordbok/e/egenkapital/> (sist besøkt 26.05.2020).

Forut for salget ble det utarbeidet en verdivurdering av den statsautoriserte revisoren, Erga. Denne konkluderte med at selskapet hadde en markedsverdi på 22 millioner kroner. Verdien var basert på ett års regnskap, inntektsåret 1996, og det ble fremhevet at «selskapet er nylig etablert og har hatt få år med positiv inntjening». Videre var vurderingen basert på at selger skulle fortsette i selskapet.

På bakgrunn av kjøpsavtalen, herunder punktene om videre ansettelse, bindingstid og konkurranseklausul, fattet Ligningsnemnda i 2006 vedtak om endring av ligningen for Gaard, Tveit og Hitec for inntektsårene 2000 og 2001. Aksjonærene motsatte seg klassifiseringen og fikk medhold i både tingretten og lagmannsretten. Staten v/ Skatt vest anket saken til Høyesterett.

Aksjonærene argumenterte for at avtalens formål var å overføre aksjer, og at det i praksis neppe forekom at vederlaget er begrenset til selskapets bokførte egenkapital.⁵¹ Når det er tale om en stor produksjonsbedrift må hele vederlaget vanligvis anses som vederlag for aksjene. De bestred at aksjonærene kunne regnes som nøkkelpersoner og at vederlaget derfor var knyttet til dem. Videre skulle aksjonærene motta markedslønn for sitt videre arbeid, dette måtte tale mot ligningsmyndighetenes tolkning av avtalen.⁵² Staten på sin side hevdet at det var tale om to realytelser; overdragelse av aksjene og en arbeidsforpliktelse, kombinert med en plikt til i den samme perioden å avstå fra konkurrerende virksomhet.⁵³ Staten trakk frem at brudd på bindings- og konkurranseklausulen, altså vilkårene for utbetalingene i trinn 2 og 3, ville selger fortsatt være forpliktet til å overføre de resterende aksjene. De 7 millioner kronene som skulle utbetales i disse trinnene hadde følgelig ikke noen tilknytning til aksjesalget.

5.2 Domsresultatet

Høyesterett kom enstemmig til at det resterende vederlaget på 7 millioner kroner skulle omklassifiseres i samsvar med Overligningsnemndas forståelse. Denne delen av vederlaget måtte anses som arbeidsinntekt etter Sktl. § 5-10, jf. § 5-1 første ledd, og ikke kapitalgevinst etter § 5-30 jf. § 5-1 annet ledd.

⁵¹ Rt. 2009 s. 813 avsnitt 40

⁵² Rt. 2009 s. 813 avsnitt 39

⁵³ Rt. 2009 s. 813 avsnitt 28

Høyesterett konstaterte at spørsmålet i saken var hvordan salgssummen skulle fordeles mellom kapital- og arbeidsinntekt, i tilfeller hvor selgeren av et foretak fortsetter å arbeide i foretaket eller blir ansatt i det. I avsnitt 50 og 51 henviste førstvoterende til Skogli-dommen i, for skillet mellom personavhengig og alminnelig forretningsverdi og siterte fra dommens avsnitt 35:

«Jeg legger etter dette til grunn mer generelt at den såkalte personavhengige forretningsverdien knyttet til selger skal holdes utenfor forretningsverdien. Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt» (min kursivering).

Høyesterett bekrefter og viderefører at klassifiseringsspørsmål ved earnout, løses ved å skjerme den personavhengige forretningsverdien. For å skille ut den personavhengige forretningsverdien, må man tolke premissene for de ulike delene av vederlaget. Selv om Skogli-dommen gjaldt overdragelse av enkeltmannsforetak legger Høyesterett til grunn i avsnitt 52 at:

«De rettslige kriteriene som er sitert foran om sontringen mellom arbeids- og kapitalinntekt vil imidlertid være de samme. En annen sak er at foretakets størrelse og karakter ved den konkrete bevisvurderingen vil kunne ha betydning for om noen del av det avtalte vederlaget kan regnes som «fordel vunnet ved arbeid» (min kursivering).

Løsningen av tvisten berodde på en konkret vurdering, tilsvarende den som forelå i Skogli-dommen. Forhold knyttet til den valgte selskapsstrukturen vil kunne spille inn ved vurderingen. Det avgjørende spørsmålet var hvilket faktisk forhold som foranlediget vederlaget, se punkt 4.3.1.

Ved tolkningen av partsavtalen var det få momenter som talte for at den omtvistede delen av vederlaget skulle anses som kapitalinntekt. Høyesterett fremhevet den nære tilknytningen mellom aksjonærenes forpliktelse til videre ansettelse i selskapet, og den resterende utbetalingen. I tillegg mente Høyesterett at en betydelig del av vederlaget måtte være godtgjørelse for konkurranseklausulen. MIS var en nystartet bedrift, som allerede etter to år hadde 47 ansatte, i tillegg til innleid arbeidskraft. Når aksjonærene på så kort tid hadde maktet å etablere en bedrift av denne størrelsen, var det utvilsomt at de på kort tid kunne gjenta

suksessen dersom de etter salget stod fritt til å gjøre som de ønsket. For ledelsen i Hitec må det ha vært åpenbart at man måtte gardere seg mot denne muligheten, og at det var nødvendig å betale selgerne for å avstå fra å etablere konkurrerende virksomhet. Verdiberegningen på 22 millioner kunne ikke veie opp for dette. Høyesterett trakk særlig frem at det mest sannsynlige var at 12 millioner kroner, med de påfølgende klausulene, var det høyeste tilbudet selger fikk. Salgsvederlaget representerer derfor den faktiske markedsverdien. Om aksjonærenes markedslønn sluttet Høyesterett seg til synspunktet i Skogli-dommen, og konstaterte at det var åpenbart at aksjonærene måtte tilbys noe mer enn markedslønn når de påtok seg en så omfattende konkurranseklausul.⁵⁴

5.3 Den konkrete bedømmelsen I Gaard/Tveit-dommen

5.3.1 Bindingsklausul

I Gaard/Tveit-dommen hadde partene avtalt en treårig bindingstid hvor utbetalingen av restvederlaget skjedde i tråd med overholdelsen av vilkåret. Partene hadde altså avtalt et betinget vederlag. Denne delen av vederlaget vil, som tidligere nevnt i punkt 4.3.2, ha en sterkere tilknytning til arbeidsforpliktelsen enn det som var situasjonen i Skogli-dommen. Selger hadde tatt inn en reservasjon i avtalens punkt 3.5 for uskyldsgrunner; herunder dødsfall, uførhet samt oppsigelse og avskjed fra selgers side. I tillegg var det inntatt en klausul om at det ikke skulle få konsekvenser for de to andre selgerne om en av dem sluttet før bindingstiden var utløpt. Dette underbygget at arbeidsplikten var reell og dermed foranlediget utbetalingen av restvederlaget.

I avsnitt 62 trekker førstvoterende også frem aksjonærenes etterfølgende handlinger som argument for tilknytningen til arbeidsforpliktelsen. Gaard, som før salget var ansatt i Gaard Consulting AS, ble ansatt i selskapet. Men arbeidsforholdet opphørte kort tid etter utløpet av bindingstiden. Jeg er enig med Zimmer⁵⁵ i at aksjonærenes etterfølgende opptreden ikke kan underbygge at arbeidsforpliktelsen var foranledningen til vederlagsutbetalingen. Høyesterett må i så fall også forutsette at Gaard og Tveit hadde andre handlingsalternativer. At Gaard sluttet i selskapet kort tid etter at bindingstiden var over, er bare et moment dersom det er

⁵⁴ Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit) avsnitt 65 og 66

⁵⁵ Fredrik Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2010 artikkel 2 punkt 4.

klart at han ville ha sluttet tidligere om dette ikke var et vilkår for utbetalingen. Gaards alternative karrierevalg, jobbtilbud eller trivsel i selskapet sier faktum i dommen ikke noe om. Hans etterfølgende handlinger har etter min mening derfor svak bevismessig verdi.

Det er mer relevant å se på behovet for bindingsklausulen ved vurderingen av tilknytningen mellom det videre arbeidet for selskapet og utbetalingen av vederlaget. I denne saken forsøkte skattyterne å argumentere for at de ikke var nøkkelpersoner i selskapet ved å vise til deres yrkesbakgrunn, henholdsvis som rørlegger eller ingeniør. Høyesterett avfeide dette på bevismessig grunnlag; aksjonærene hadde forut for avtaleutformingen oppgitt seg selv som nøkkelpersoner i intensjonsavtalen med Hitec.

Zimmer hevder at det er mer nærliggende å tolke aksjonærenes påstand som at deres yrkesbakgrunn beviser at arbeidsplikten ikke var essensiell for den videre driften av selskapet, og derfor ikke var personlig forretningsverdi.⁵⁶ Jeg kan likevel ikke se at aksjonærene ville fått medhold i denne påstanden. Ved å starte og utvikle selskapet i det omfanget de gjorde på to år, beviser at deres personlige egenskaper, og forståelse av bransjen og forretningslivet, var en viktig faktor for selskapets videre ekspansjon.

Gaard/Tveit-dommen illustrerer at der vederlaget er betinget av overholdelse av bindingsklausulen, og hvor vederlagsutbetalingen skjer løpende i tråd med bindingstiden, skal det lite til før tilknytningsvilkåret er oppfylt. Denne delen av vederlaget må da anses foranlediget av arbeidstakers videre forpliktelser i selskapet. Det synes som at det er det motsatte resultatet som må begrunnes og dokumenteres av skattyterne.

5.3.2 Konkurransesklausuler

Konkurransesklausuler er ofte inntatt i alminnelige arbeidskontrakter, så vell som i avtaler om virksomhetsoverdragelser hvor eier ikke ansettes i selskapet. For at konkurransesklausulen skal kunne innvirke på klassifiseringen av vederlaget, må det derfor noe mer til. I Skogli-dommen fremheves det av Høyesterett at kjøpsavtalens kapittel 4 – spesielt punkt 4.3 – dekket omlag enhver tenkelig mulighet for konkurrerende virksomhet. I avsnitt 67 stadfester Høyesterett at den avtalte konkurransesklausulen var en forutsetning for vederlagets størrelse og utbetaling:

⁵⁶ Fredrik Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2010, artikkel 2 punkt 4.

«I tillegg kommer at etter min mening må en betydelig del av restvederlaget ha vært vederlag for karensklausulen. (...) Sentralt i denne sammenheng er at det var tale om en nystartet bedrift som allerede etter to år hadde 47 ansatte og i tillegg benyttet innleid arbeidskraft. Når de personene som hadde stiftet denne bedriften, på så kort tid hadde maktet å etablere en bedrift av denne størrelsen, lå det i sakens natur at de på kort tid kunne gjenta dette dersom de etter salget stod fritt til å gjøre hva de ønsket. Og dersom de etablerte et nytt, konkurrerende selskap, kunne Hitec også risikere at ansatte MIS ble ansatt i det nye selskapet. For ledelsen i Hitec må det ha vært åpenbart at man måtte gardere seg mot denne muligheten, og at det var nødvendig å betale selgerne for å avstå fra i en treårsperiode å etablere en konkurrerende virksomhet» (min kursivering).

Høyesterett gir med dette uttrykk for at konkurranseklausulen i seg selv ikke er nok for at vederlaget skal anses som arbeidsinntekt. Der forhold ved aksjonærene skaper et behov for et konkurranseforbud, vil deler av vederlaget kunne knytte seg til dette avtalevilkåret. I slike tilfeller medfører konkurranseklausulen i prinsippet den samme tilknytningen til fremtidig arbeidsinnsats, som en avtalt arbeidsplikt.⁵⁷ Ved klassifiseringen av vederlaget må selger derfor se hen til omfanget av konkurranseklausulen. Der konkurranseklausulen omfatter både forbud mot ansettelse, oppstart og eierskap av all direkte og indirekte virksomhet, som har potensiale til å konkurrere med selskapet, foreligger det i realiteten et yrkesforbud for selger. Dersom dette medfører at tidligere eier i en periode er totalt forhindrede fra å ta annet lønnet arbeid, må en del av vederlaget anses som erstatning for lønnstap.⁵⁸ Det samme gjelder der selgeren senere er mindre attraktiv på arbeidsmarkedet – eksempelvis på grunn av alder, og/eller at bransjen reformerer seg slik at hans kompetanse utgår. Dette skiller en sykepleier fra en ingeniør i IT-bransjen. I slike tilfeller vil det være nærliggende at en del av vederlaget må anses som kompensasjon for tapt arbeidsinntekt.

Et ytterligere spørsmål er hvordan konkurranseklausulen skal verdsettes. Arbeidsmiljølovens reguleringer vil her kunne tjene som et utgangspunkt. Lovens kapittel 14 A regulerer adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold, og § 14 A-3 fastsetter størrelsen på kompensasjonen dersom en konkurranseklausul gjøres gjeldende overfor den ansatte. Arbeidsgiveren plikter å kompensere 100 % av arbeidstakerens lønn opp til 8 G⁵⁹, og

⁵⁷ Zimmer *Bedrift, selskap og skatterett* (2019) s. 617

⁵⁸ Zimmer *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 618 med henvisninger til Gjems-Onstad i Utv. 2001 s. 692, Vangen i RR nr. 8 2002 og Kvamme i SR 2005 s. 305.

⁵⁹ G er forkortelsen for grunnbeløpet i folketrygden. For tiden utgjør 1 G 99 858 kr, jf. <https://www.skatteetaten.no/satser/grunnbelopet-i-folketrygden/> (sist besøkt 05.06.2020)

deretter 70 % av arbeidstakerens lønn over 8 G. Kompensasjonen beregnes på grunnlag av opptjent arbeidsvederlag de siste 12 månedene.

Reguleringen i arbeidsmiljøloven gjelder den situasjon der arbeidstaker slutter, og konkurranseklausulen forhindrer ham i å ta nytt arbeid. Ved earnout er situasjonen motsatt, det er når aksjonæren tar arbeid i virksomheten at konkurranseklausulen utløses.

Klassifiseringen av vederlaget, og vurderingen av konkurranseklausulens størrelse, skjer derfor forut for en eventuell oppsigelse. Videre er klassifiseringen av arbeidsvederlaget det problematiske ved earnout. Aksjonæren kan forut for overdragelsen ha avstått fra å ta ut lønn, fordi han har andre økonomiske interesser i selskapet. Et annet alternativ er at han har tatt ut utbytte eller lån, fremfor lønn. Det er derfor vanskelig å beregne arbeidsvederlaget ved earnout, sammenliknet med en alminnelig lønnstaker. Likevel er det utvilsomt at der aksjonæren har mottatt lønn regelmessig de siste 12 månedene, vil Arbeidsmiljøloven kunne tjene som et utgangspunkt for fastsettelsen av størrelsen på konkurranseklausulen.

5.3.3 Konkurransesklausuler: fordeling av vederlaget mellom flere aksjonærer

Der alle aksjonærene er aktive avtales det normalt et felles vederlag for selgerne, uavhengig av betydningen den enkeltes innsats har for verdien av selskapet. Vederlaget vil i disse tilfellene gjerne bli fordelt etter den enkeltes eierandel i selskapet.⁶⁰ Dette var tilfellet i Gaard/Tveit-dommen. Aksjonærene hevdet at vederlaget ikke var knyttet til arbeidet da alle aksjonærene ble ansatt på fulltid og hadde samme konkurranseklausul, mens vederlaget ble fordelt forholdsmessig etter eierprosenten. Førstvoterende uttaler i avsnitt 69 at:

«Jeg er enig i at dette umiddelbart kan synes å tale mot statens tolkning. Men jeg kan ikke se at dette forholdet har den vekten som ankemotparten 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» (min kursivering).

Høyesterett gir med dette uttrykk for at en forholdsmessig fordeling i tråd med eierforholdet taler mot klassifisering som arbeidsinntekt. Høyesteretts videre argumentasjon er imidlertid

⁶⁰ Zimmer *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 618

ikke spesielt overbevisende. Som Zimmer i sin artikkel⁶¹ fremhever, innebærer synspunktet at kjøperen hadde betalt nesten fem ganger så mye til Liseth og Gaard, som til Tveit for likelydende klausuler.

Det er mulig at det var Liseth og Gaards kunnskaper og egenskaper, som kjøper hadde størst behov for å beskytte seg mot. Derfor var de også villig til å betale mer for å binde opp disse. Det er likevel lite plausibelt at denne verdien skulle korrespondere akkurat med aksjeforholdet. Motsatt tilfelle kan illustrere dette. En aksjonær har en liten aksjepost, mens majoritetsene mer formelt har en aktiv rolle i selskapet. Der minsteaksjonæren står for majoriteten av inntektene og er den sentrale nøkkelpersonen, gir det lite mening at størrelsen på den personlige forretningsverdien fordeles forholdsmessig etter eierprosenten. Fra mitt ståsted må man ved klassifiseringen se på betydningen av hver enkelt aksjonær individuelt, ved vurderingen av størrelsen på vederlaget for konkurranseklausulen.

5.3.4 Resultatklausuler

I trinn 1 av virksomhetsoverdragelsen ble 91 % av aksjene overført den 01.01.1998. Vederlaget for disse aksjene var delt i to: 2,2 millioner kroner ble overført samtidig som overdragelsen av aksjene, mens 2,8 millioner ble utbetalt 01.03.1998. Det beløpet som skulle utbetales 01.03.1998 tilsvarte forventet økning i egenkapitalen i 1997. Dersom det senere skulle vise seg at egenkapitalen var lavere på utbetalingstidspunktet, ville vederlaget justeres for denne verdien. Klassifiseringen av vederlaget i trinn 1 ble ikke ansett som problematisk i den aktuelle saken, og Høyesterett drøftet heller ikke betydningen av en eventuell resultatklauseul. Dette kan gi inntrykk av at slike forpliktelser ikke skaper det samme klassifiseringsspørsmålet som bindings- og konkurranseklausuler.

Skatte-ABC 2019/2020 opplister i punkt 4.8.2 bare bindings- og konkurranseklausuler som indikatorer på at vederlaget er knyttet til selgers videre arbeid. Dette gir uttrykk for at heller ikke skattemyndighetene anser eventuelle resultatklauseuler som relevante for klassifiseringsspørsmålet.

Etter min mening er et slikt skille mellom bindings- og konkurranseklausuler, og resultatklauseuler lite logisk. Ved resultatklauseuler betinger selgeren en del av vederlaget til

⁶¹ Fredrik Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2010, artikkel 2 punkt 4.

bestemte mål, for å sikre videreføringen og utviklingen av selskapet. Der det er selgeren som nøkkelperson som muliggjør resultatet, vil kjøpers behov og begrunnelsen for klausulen være det samme som ved bindings- og konkurranseklausuler. Det gir dårlig sammenheng i regelverket og ulik behandling av like tilfeller, dersom kjøper og selger skal kunne forkle tilknytningen til videre arbeidsforpliktelse som en resultatklausul.

Et slikt skille har heller ikke fått medhold i juridisk teori. Zimmer gir i sin lærebok⁶² uttrykk for at:

«Dersom hele eller deler av vederlaget forutsetter at visse betingelser inntreffer eller knyttes opp mot særlige måloppnåelser, f.eks. at selskapet når budsjett, oppnår en børskurs, kundemasse e.l., vil det etter en konkret vurdering kunne legges til grunn at selgeren har bundet seg til en fremtidig innsats i selskapet. Selv om de tidligere aktive eierne i slike tilfeller ikke har påtatt seg en avtalerettslig forpliktelse til å arbeide i selskapet, vil denne type avtaleklausuler etter omstendighetene kunne innebære en reell eller faktisk binding av selgerens fremtidige arbeidsinnsats» (min kursivering).

Det samme synspunktet kommer til uttrykk i Kvamme i sin artikkel⁶³:

«Det etterfølgende vederlag er i noen tilfelle ikke bare knyttet opp til fortsatt ansettelse, men også omsetning/resultat i den mellomliggende periode. Resultatavhengig vederlag kan svekke den direkte nærhet mellom selgers arbeidsinnsats og utbetalingen, og det kan således være mindre aktuelt å foreta beskatning som arbeidsvederlag. I fåmannsselskaper hvor resultatet er nær knyttet til nøkkelmans innsats, kan situasjonen likevel stille seg annerledes. Dernest må risikoen knyttet til muligheten for oppnåelse av disse resultater vurderes» (min kursivering).

Det synes å være enighet i teorien om at tilfeller hvor det fremtidige resultatet og videreføringen av selskapet, påvirkes av selgerens handlinger vil det være nærliggende å anse fordelene som vunnet ved arbeid. Og motsatt: dersom resultatet påvirkes av eksterne faktorer – som markedet generelt, offentlige føringer, og videreutvikling av produktet – vil det være mindre naturlig å anse hele eller deler av vederlaget som arbeidsinntekt. Det samme gjelder der selskapet har flere ansatte, eller at det av andre grunner er uklart hvor stor betydning

⁶² Zimmer *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 617

⁶³ Kristian Kvamme «Aksjegevinst i grenseland mot arbeidsinntekter», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2005, artikkel 1

selgerens aktivitet har for selskapets resultater. I slike tilfeller innebærer en resultatklausul ikke noen reell binding, fordi måloppnåelsen i stor grad er uavhengig av om vedkommende fortsetter i selskapet eller ikke.⁶⁴

Dette synspunktet kan presiseres videre. Dersom det er tale om en stor og allerede veletablert virksomhet, vil selskapsresultatet kunne bero på andre faktorer enn den videre ansettelsen. Videre må det sees hen til hva slags stilling aksjonæren har. Der han tiltrår eller fortsetter i en topplederstilling, er han allerede ansvarlig for inntjeningen i selskapet. Dette i kontrast til om han tar arbeid som en av flere montører eller selgere. Ved IT- og andre spesifiserte ingeniørtjenester vil rollen som produktutvikler kunne havne i en mellomposisjon. Der selskapet er lite og aksjonæren innehar hovedansvaret for utviklingen av tjenestene som tilbys, vil resultatet kunne ha sterk tilknytning til selgers videre ansettelse. Motsatt kan det tenkes at aksjonæren er en av flere utviklere. Da vil ikke den samme tilknytningen mellom selger og resultatet foreligge.

5.3.5 Periodiske utbetalinger

Partene i Gaard/Tveit-dommen hadde som nevnt avtalt periodisk utbetaling. Trinn 1 bestod av en variabel del hvor det avtalte vederlaget på 5 millioner kroner var knyttet til kapitalverdien på utbetalingstidspunktet. På dette utbetalingstidspunktet skulle 91 % av aksjene overføres fra aksjonærene til Hitec. Vederlaget i trinn 2 og 3 var fastsatt til 7 millioner, som skulle utbetales i to like store omganger. 3,5 millioner kroner skulle dermed utbetales i trinn 2 samtidig som 4,5 % av aksjene skulle overføres fra selger til kjøper. I trinn 3 skulle de resterende 3,5 millioner kronene utbetales, samtidig som de resterende 4,5 % av aksjene skulle overføres fra aksjonærene til Hitec.

I avsnitt 72 tok Høyesterett stilling til ankemotpartens anførsel om at restvederlaget måtte knyttes til de aksjene som skulle overføres i trinn 2 og 3. Om dette uttalte førstvoterende at:

«Dersom deler av restvederlaget var vederlag for aksjene, kan jeg ikke se at vederlaget for disse aksjene under noen omstendighet ville være høyere enn det som ble betalt pr. aksje for de aksjene som ble overført under Trinn 1. Det innebærer at vederlaget for aksjene i Trinn 2 og 3 ville være i overkant av kr 500 000 og altså utgjøre mindre enn 10 % av restvederlaget. En slik fordeling hvor utelukkende en mindre del av restvederlaget ble

⁶⁴ Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 617.

allokert til aksjene har i seg selv formodningen mot seg. Når dessuten avtalen, som tidligere nevnt, ikke inneholder noen klausul om reduksjon av restvederlaget dersom bokført egenkapital den 31. desember 1997 skulle være lavere enn forutsatt, underbygger det at partene ikke forutsatte at noen del av restvederlaget var vederlag for de aktuelle aksjene» (min kursivering).

En periodevis utbetaling er altså i seg selv ikke et bevis på at det utbetales vederlag for noe annet enn aksjer. Det avgjørende er hva de aktuelle utbetalingene knytter seg til. I Gaard/Tveit-dommen var det klart for Høyesterett at vederlaget ikke knyttet seg til aksjeoverdragelsen. Det kunne ikke påvises noe forhold mellom antall aksjer som ble overført i de ulike trinnene, og størrelsen på vederlaget som samtidig ble utbetalt. I tillegg hadde partene knyttet den usikre delen om bokført egenkapital til vederlaget som skulle utbetales i trinn 1.

En innvending er at partene kan ha tenkt at en lavere bokført egenkapital enn fem millioner kroner i tilstrekkelig grad var tatt i betraktning ved den reduksjonen som ville blitt aktuell i 1998. Partene hadde da innkalkulert et fall på 2,2 millioner kroner. Dette har likevel formodningen mot seg da det er vanskelig å forutsi en treårig utvikling, to måneder etter overdragelsen. Det avgjørende ved klassifiseringen er således begrunnelsen for oppdelingen, og om det finnes andre forhold ved avtalen som det er mer naturlig å knytte de trinnvise utbetalingene til. Utgangspunktet er likevel at det ikke har noe å si hvordan betalingen struktureres.

5.3.6 Betydningen av verdivurderinger

Ved virksomhetsoverdragelser er det som nevnt vanlig at partene hyrer en tredjepart til å foreta en verdsettelse av selskapet. Både Skogli- og Gaard/Tveit-dommen illustrerer dette. Hensikten er å få avklart hvilke verdier selskapet innehar, og for å få en indikasjon på den videre utviklingen i selskapet. Slike verdsettelse inneholder likevel store usikkerhetsmomenter, særlig der virksomheten som skal overdras er nyetablert eller det er stor risiko knyttet til teknologiske fremskritt, offentlige dispensasjoner, eller liknende.

I Gaard/Tveit anførte skattyterne at selskapets markedsverdi var minst 12 millioner kroner, uavhengig av om selgerne fortsatte i selskapet. Det ble vist til en utarbeidet objektiv verdivurdering, som verdsatte selskapet til 22 millioner kroner. I avsnitt 70 uttaler

førstvoterende at denne verdivurderingen ikke var tilstrekkelig til å underbygge at selskapet hadde den påståtte markedsverdien. Tre forhold ble trukket frem: at verdien bare var basert på årsregnskapet for ett år, at vurderingen var basert på at selgerne skulle fortsette i selskapet og at det ved beregningen utelukkende var trukket frem risikoen for at aksjonærene skulle slutte. Det siste forholdet var at det ble opplyst at aksjonærene forut for salget var i kontakt med flere interesserte. Det hadde derfor formodningen for seg at selskapet ble solgt til kjøperen med det beste tilbudet. På grunn av usikkerhetene ved verdivurderingen var den faktiske salgsprisen den sikreste indikatoren på markedsverdien i 1997. Verdivurderingen ble ikke ansett som god nok dokumentasjon for at selskapet, sett bort fra selgerens etterfølgende innsats og konkurranseklausul, hadde en verdi på 12 millioner kroner.

Det synes som at en innhentet verdivurdering av mindre gründerbedrifter, eller nylig etablerte selskaper ikke vil være av stor bevismessig betydning. Særlig gjelder dette der Høyesterett alltid vil kunne bruke argumentet om at den endelige vederlagsavtalen vil være en sikrere indikator på den reelle markedsverdien. Etter min mening må denne forståelsen nyanseres. I motsetning til Skogli-dommen, avveies ikke avtalen og forutsetningene for denne mot konkrete forhold ved selskapet. Dette er underlig når førstvoterende i avsnitt 52 selv påpeker at disse momentene vil kunne spille inn ved vurderingen:

«En annen sak er at foretakets størrelse og karakter ved den konkrete bevisvurderingen vil kunne ha betydning for om noen del av det avtalte vederlaget kan regnes som «fordel vunnet ved arbeid».» (min kursivering og utheving).

I punkt 3.1 i Skatte-ABC for 2019/2020 fremgår momenter som indikerer at et selskap innehar forretningsverdi; en etablert og rasjonell organisasjon, gode kontorrutiner, en godt og profilert renommé, en kundekrets som har god bransjetilhørighet, sammensetning og soliditet, og at det er lite rom for nyetableringer innen bransjen. Dette i kontrast til om virksomheten er nyetablert, at det gode renommé er knyttet til eierens person, en kundekrets som er ugunstig sammensatt og mangler soliditet, og at det er rom for nyetableringer. I så fall vil det ikke foreligge verdier utover identifiserbare eiendeler.

Dette synspunktet gir en viss indikasjon på hva skattemyndighetene vektlegger ved kontroll av partenes ligninger og klassifisering. Det må likevel presiseres at denne oppstillingen ikke har noen større rettskildemessig vekt utover at den er førende for skattemyndighetenes praksis. Det er merkverdig om skatteetaten skulle anses bedre skikket til å foreta en

verdivurdering av en virksomhet, enn profesjonelle aktører med bransjekunnskap og innsikt i virksomheten. Det er klart at usikkerhetene ved verdivurderingen vil kunne svekke dens betydning, slik som i Gaard/Tveit hvor vurderingen baserte seg på ett års driftsresultater, og at selskapet var nyetablert. Det synes derimot ikke riktig å bare basere seg på størrelsen av det avtalte vederlaget.

I juridisk teori er det trukket frem at «dersom det kan antas – dokumentert f.eks. ved uavhengig verdsettelse, bud fra andre, eller på andre måter – at selger kunne oppnådd samme pris uten forutsetninger og forpliktelser om fremtidig arbeidsinnsats, konkurransebegrensninger, e.l., taler det med betydelig vekt mot at deler av vederlaget anses som arbeidsinntekt».⁶⁵ Denne forståelsen harmonerer bedre med vurderingen i Skogli-dommen, og det utgangspunktet Høyesterett fastsatte i Gaard/Tveit-dommen. Konklusjonen er at der skattyter får utarbeidet en detaljert verdivurdering, og der det fastsettes en verdi både med og uten aktuelle klausuler, vil dette tjene som sterke indikasjoner på klassifiseringen av vederlaget.

⁶⁵ Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 616

6 Avsluttende refleksjoner

Fremstillingen illustrerer at klassifiseringsspørsmålet ved earnout er langt fra avklart. Denne oppgaven omhandler et utvalg av problemstillinger som kan oppstå, og selv ikke her er det lett å trekke klare linjer. Som daværende finansminister Sigbjørn Johnsen uttalte:

«Fordelingen av salgssummen vil bero på en helhetsvurdering av den konkrete transaksjonen, og denne problemstillingen er lite egnet for detaljregulering».⁶⁶

Etter denne analysen er fremgangsmåten for å besvare klassifiseringsspørsmålet er sikker: skattyter må vurdere hvilken avtaleforpliktelse som foranlediger hele eller deler av vederlaget. Basert på Skogli- og Gaard/Tveit-dommen må det ved vurderingen av klassifiseringsspørsmålet tas utgangspunkt i et vilkår om at en del av vederlaget for aksjene må reflektere selgerens arbeidsforhold, dvs. fremtidige arbeidsinnsats (inklusive eventuell konkurranseklausul).⁶⁷ Dersom selger ville mottatt det samme vederlaget uavhengig av de videre forpliktelsene han påtar seg for virksomheten, vil det være tale om et alminnelig aksjevederlag. For å dokumentere skillet må hver enkelt del av selskapet identifiseres og verdsettes, slik at man enkelt kan spore hva kjøper betaler for.

Bindingsklausuler, konkurranseklausuler og resultatklusuler er avtaleforhold som skattyter forut for klassifisering må avklare betydningen av. Oppgaven illustrerer at disse vilkårene ikke medfører at vederlaget, utover identifiserbare verdier, automatisk utgjør arbeidsinntekt. Men der klausulene utgjør en betingelse for utbetalingen av vederlaget, har dette formodningen for seg. Det er unntaket som må dokumenteres.

Virksomhetsoverdragelser ved earnout krever en grundigere og mer detaljert verdsettelse, enn ved alminnelige kjøp og salg. Alle forhold ved virksomheten må utredes og objektiveres. Denne måten å strukturere kjøpet på, krever også at kjøper og selger er mer involvert ved utformingen av verdivurderingen. Kjøper og selger må avklare de forutsetninger og behov som foreligger ved videreføringen av virksomheten. I hvilken grad er aksjonæren avgjørende for selskapets fremtid, og i hvilken grad avgrenser avtalevilkårene selgers fremtidige karrierevalg? Der selskapets fremtid avhenger av andre faktorer enn aksjonærens handlinger,

⁶⁶ Dokument nr 15: 148 (2009-2010). Skriftlig spørsmål fra Gunnar Gundersen (H) til finansministeren og Syvertsen <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=44706> (sist besøkt 26.05.2020)

⁶⁷ Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019) s. 616.

og der aksjonæren ikke ilegges et yrkesforbud, vil den usikre delen av vederlaget kunne knyttes til selskapets øvrige verdier og styrker.

I praksis vil det være problematisk med en slik åpenhjertig kontakt mellom selger og kjøper. I en salgsprosess er det ikke uvanlig at partene har ulike meninger om hva et selskap er verdt. Selger ønsker naturligvis en høyest mulig pris, mens kjøper ikke ønsker å betale mer enn nødvendig og samtidig få mest mulig igjen for pengene. En earnout kan her fungere som en brobygger, ved at vederlaget utbetales når man ser den faktiske utviklingen i selskapet. Det er likevel lite sannsynlig at partene på dette tidspunktet vil se verdien av å avsløre alle svakheter og styrker ved virksomheten. Dette vil igjen gå utover verdsettelsen, som senere påvirker klassifiseringen.

Uenigheten i størrelsen på vederlaget knytter seg ofte til forutsetningene for fremtidig inntjeningen og utviklingen i selskapet. Oppgaven underbygger at det er utfordrende å foreta en korrekt klassifisering der virksomheten som overdras er nyetablert, og/eller tilbyr spesialiserte tjenester på et marked i utvikling. Det betyr at det er den voksende gründernæringen, som er mest utsatt for omklassifiseringsvedtak fra av skattemyndighetene. At det er de små virksomhetene som hyppigere stilles overfor problemstillingen, kan fremstå som urettferdig. Dette synspunktet må avkrefte.

Et klassifiseringsspørsmål handler om å identifisere hvilken skattepliktig aktivitet, som resulterer i skatteplikten. Som Skogli og Gaard/Tveit illustrerer, vil det enten være tale om arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. Selv om det generelt er vanskelig å trekke grensen, vil det i det konkrete tilfellet være et riktig svar på klassifiseringsspørsmålet. Et grunnleggende prinsipp i skatteretten er at like tilfeller skal skattlegges likt. Der noe som opprinnelig fremstår som overdragelse av aksjer, ved en nærmere analyse viser seg å være en arbeidsforpliktelse, er det rettferdig at dette skattlegges som arbeid. Først da sikrer man en enhetlig skatteplikt, ved at like skattytere skattlegges likt.

Litteraturliste

Lov og forskrift

Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
Skatteforvaltningsloven	Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning
Ligningsloven (opphevet)	Lov 13. mars 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning, opphevet ved lov 27. mai 2016 nr. 14
Regnskapsloven	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Stortingets skattevedtak	Forskrift 13. desember 2019 om Stortingets vedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2020 (Stortingets skattevedtak)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 19 (1983-1984)	Ot.prp. nr. 19 (1983-1984) om lov om endringer i lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m.fl.
Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)	Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) om ny skattelov

Rettsavgjørelser

Høyesterett

- Rt. 1932 s. 233 A (Løvenskjold I)
Rt. 1958 s. 583 A (Hagerup)

Rt. 1974 s. 976 A (Vesaas)
Rt. 1990 s. 958 A (Quatro)
Rt. 1990 s. 1293 A (Ytterbøe)
Rt. 1979 s. 481 A (Havrevold)
Rt. 2000 s. 758 A (Kruse Smith)
Rt. 2000 s. 1739 A (PreFinans)
Rt. 2003 s. 504 A (Lungaard)
Rt. 2004 s. 1331 A (Aker Maritime)
Rt. 2005 s. 1461 A (Firda Sjøfarmer)
Rt. 2007 s. 1543 A (Scansales)
Rt. 2008 s. 343 A (Hafslund)
Rt. 2008 s. 1307 A (Skogli)
Rt. 2009 s. 813 A (Gaard/Tveit)
Rt. 2010 s. 999 A (First Securities)
Rt. 2014 s. 986 A (Roa Medisinske Senter)

Lagmannsrett

Utv. 2008 s. 633 – Eidsivating Lagmannsrett (Skogli)
Utv. 2008 s. 1586 – Gulating Lagmannsrett (Gaard/Tveit)
Utv. 2010 s. 37 – Borgarting Lagmannsrett (First Securities)

Administrative uttalelser

Finansdepartementets uttalelser Bruttoskatteplikt mv ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler («earn-out»), Finansdepartementets uttalelser, utv. 1999 s. 225

Skatteetaten	Kommentarer til HR-dom av 9. oktober 2008 (Skogli), 03.12.2008
Skatteetaten	Kommentarer til HR-dom av 17. juni 2009 (Gaard/Tveit), 12.08.2009
Skatteetaten	Kommentarer til HR-dom av 1. september 2010 (First Securities ASA), 18.11.2010

Skatte-ABC

Skatte-ABC 2019/2020

Litteratur

Bøker

Folkvord mfl. 2018	Folkvord, Benn, Eivind Furuseth, Sanaz Ormaz Ferdowsi og Ole Gjems-Onstad, <i>Norsk bedriftsskatterett</i> , 1. opplag, Gyldendal Norsk Forlag, 2018
Zimmer 2018	Zimmer, Fredrik, <i>Lærebok i skatterett</i> , 8. utgave, 2. opplag, Universitetsforlaget, 2018
Zimmer 2019	Zimmer, Fredrik i samarbeid med Advokatfirmaet Bahr AS, <i>Bedrift, selskap og skatt; skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere</i> , 7. utgave, Universitetsforlaget, 2019

Artikler

Kvamme 2005	Kvamme, Kristian, «Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter», Tidsskriftet <i>Skatterett</i> nr. 4/2005 artikkel 1
-------------	--

- Kronhstad 2006
Kronhstad, Morten Foros, «En delingsmodell for aksjegevinster?», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 1/2006 artikkel 4
- Zimmer 2009
Zimmer, Fredrik, «Rt. 2008 s. 1307 (Utv. 2008 s. 1537) Alvdal Bygg – goodwill eller arbeidsinntekt ved salg av enkeltpersonforetak», Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2009 artikkel 2
- Zimmer 2010
Zimmer, Fredrik, «Rt. 2009 s. 813 (Utv. 2009 s. 949) Gaard/Tveit – kapitalgevinst eller arbeidsinntekt («earn out»)), Tidsskriftet *Skatterett* nr. 4/2010 artikkel 4
- Stovland 2009
Stovland, Per Helge, «Lønnsbeskatning ved virksomhetsoverdragelse», Tidsskriftet *Magma* nr. 7/2009
- Gulbrandsen mfl. 2017
Gulbrandsen, Terje, Torgeir Fjeldskaar, «Earn-out», *Nyhetsbrev fra Advokatfirmaet SANDS*, publisert 18. desember 2017
- Bender mfl. 2017
Bender, Hans Jørgen, Are Fagerhaug, «Dette må du vite om bonus- og incentivordninger», *Fagartikkel av Advokatfirmaet Selmer*, publisert 19. september 2017
- Hellebust mfl. 2019
Hellebust, Harald, Sverre Sandvik, «Transaksjonsåret 2019 i Norge», *Nyhetsbrev fra Advokatfirmaet Wiersholm*, publisert 04.02.2020

Elektroniske kilder

- Jusleksikon
<https://jusleksikon.no/wiki/Virksomhet> (sist besøkt 03.06.2020)
- Investopia
<https://www.investopedia.com/terms/d/distress-price.asp> (sist besøkt 24.05.2020)

- Investopedia <https://www.investopedia.com/terms/s/signing-bonus.asp>
(sist besøkt 06.06.2020)
- Visma <https://www.visma.no/eaccounting/regnskapsordbok/e/egenkapital/> (sist besøkt 26.05.2020)
- Visma <https://www.visma.no/eaccounting/regnskapsordbok/h/holdingselskap/> (sist besøkt 05.06.2020)
- Regjeringen <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skattesatser-2020/id2671009/>
(sist besøkt 01.06.2020)
- Skatteetaten <https://data.skatteetaten.no/begrep/skattyter> (sist besøkt 01.06.2020)
- Skatteetaten <https://www.skatteetaten.no/satser/grunnbelopet-i-folketrygden/> (sist besøkt 05.06.2020)
- Statistisk sentralbyrå <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/foretak> (sist besøkt 21.05.2020)
- Statistisk sentralbyrå <https://www.ssb.no/a/kortnavn/bedrifter/arkiv/tab-2009-01-23-01.html> (sist besøkt 06.06.2020)
- Statistisk sentralbyrå <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/bedrifter> (sist besøkt 06.06.2020)
- Stortinget <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=44706> (sist besøkt 04.06.2020)

Finansleksikon

[https://www.finansleksikon.no/Finansleksikon/N/Natural
inntekt.html](https://www.finansleksikon.no/Finansleksikon/N/Natural
inntekt.html) (sist besøkt 03.06.2020)

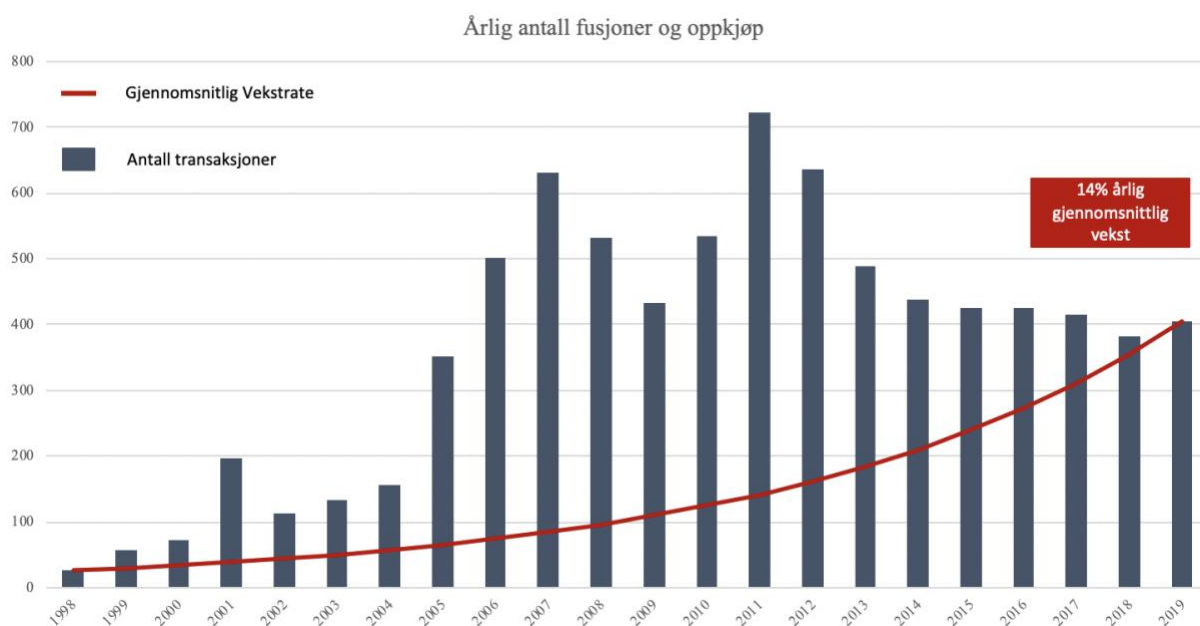
Figurer og vedlegg

Figur 1

Egenkonstruert diagram, som illustrerer vekst i registrerte antall fusjoner og oppkjøp i Norge fra år 1998 til 2019. Statistikken er hentet ut fra CapitalIQ sin database

(<https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/>) (sist besøkt 05.06.2020). CapitalIQ er en tilbyder av forskning og analyse av de globale kapitalmarkedene, og er et verktøy for å hente ut detaljert finansiell statistikk.

Den samme trenden illustreres i Nyhetsbrevet til Wiersholm, hvor statistikken er hentet fra en liknende datatilbyder; MergerMarket (<https://wiersholm.no/nyhetsbrev/transaksjonsaret-2019-i-norge>) (sist besøkt 05.06.2020).



Vedlegg nr. 1

Statistikk over antall virksomheter, etter størrelse og næring per 1. januar 2009 – Utarbeidet av Statistisk sentralbyrå (<https://www.ssb.no/a/kortnavn/bedrifter/arkiv/tab-2009-01-23-01.html>) (sist besøkt 07.06.2020)

1 Bedrifter, etter ansattegrupper og næring. 1. januar 2009

Næringshovedområde	Bedrifter i alt	Uten ansatte	1-4 ansatte	5-9 ansatte	10-19 ansatte	20-49 ansatte	50-99 ansatte	100-249 ansatte	250 ansatte og over
I alt	467 330	276 734	100 814	38 897	26 030	16 891	4 981	2 312	671
A - Jordbruk, skogbruk og fiske	67 972	59 910	6 877	754	292	122	14	3	-
B - Bergverksdrift og utvinning	1 271	602	261	128	116	76	42	24	22
C - Industri	20 296	9 060	4 728	2 249	1 738	1 458	573	360	130
D - Elektrisitets-, gass-, damp- og varmtvannsforsyning	1 441	682	269	140	150	143	38	17	2
E - Vannforsyning, avløp- og renovasjonsvirksomhet	1 645	661	405	221	184	136	32	6	-
F - Bygge- og anleggsvirksomhet	52 669	32 643	11 366	4 025	2 643	1 499	349	111	33
G - Varehandel, reparasjon av motorvogner	67 973	23 988	21 123	12 522	6 987	2 734	448	146	25
H - Transport og lagring	24 575	13 505	6 890	1 892	1 068	728	268	155	69
I - Overnattings- og serveringsvirksomhet	12 222	4 567	3 222	1 848	1 501	851	164	61	8
J - Informasjon og kommunikasjon	16 734	10 718	3 662	968	650	444	174	85	33
K - Finansierings- og forsikringsvirksomhet	4 517	1 759	1 293	640	396	271	89	47	22
L - Omsetning og drift av fast eiendom	43 888	36 738	6 002	811	247	70	17	3	-
M - Faglig, vitenskapelig og teknisk tjenesteyting	42 071	26 217	11 324	2 310	1 305	636	162	94	23
N - Forretningsmessig tjenesteyting	19 367	11 523	4 148	1 365	958	775	324	199	75
O - Offentlig administrasjon og forsvær, og trygdeordninger underlagt offentlig forvaltning	5 776	559	1 643	1 210	988	833	282	192	69
P - Undervisning	12 420	5 788	1 653	945	1 098	1 908	790	201	37
Q - Helse- og sosialtjenester	41 000	17 138	8 978	4 649	4 714	3 717	1 121	565	118
R - Kulturell virksomhet, underholdning og fritidsaktiviteter	15 231	12 036	1 871	602	396	257	46	20	3
S - Annen tjenesteyting	15 773	8 301	5 007	1 593	580	227	44	19	2
T - Lønnet arbeid i private husholdninger	69	49	19	-	1	-	-	-	-
U - Internasjonale organisasjoner og organer	11	1	5	3	2	-	-	-	-
Uoppgitt	409	289	68	22	16	6	4	4	-

Vedlegg nr. 2

Statistikk over antall virksomheter, etter størrelse og næring per 1. januar 2020 – Utarbeidet av Statistisk sentralbyrå (<https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/bedrifter>) (sist besøkt 07.06.2020)

Virksomheter etter størrelse og næring	2020								
	Virksomheter i alt	Ingen ansatte	1-4 ansatte	5-9 ansatte	10-19 ansatte	20-49 ansatte	50-99 ansatte	100-249 ansatte	250 ansatte og over
Alle næringer	590 810	387 923	100 326	41 438	30 051	21 062	6 334	2 831	845
Jordbruk, skogbruk og fiske	65 886	58 564	5 963	681	420	201	47	10	0
Bergverksdrift og utvinning	1 636	898	257	124	117	99	45	44	52
Industri	21 660	11 983	3 846	1 860	1 661	1 345	545	315	105
Kraftforsyning	1 882	1 080	302	153	138	142	42	19	6
Vannforsyning, avløp og renovasjon	2 324	1 196	359	265	236	205	46	16	1
Bygge- og anleggsvirksomhet	69 607	44 112	14 315	4 941	3 355	2 158	509	182	35
Varehandel, reparasjon av motorvogner	71 669	30 425	16 361	13 330	8 165	2 793	436	129	30
Transport og lagring	25 849	14 973	6 556	1 832	1 151	833	301	136	67
Overnattings- og serveringsvirksomhet	17 053	6 952	3 815	2 619	2 173	1 177	234	77	6
Informasjon og kommunikasjon	23 615	16 014	4 598	1 152	865	629	221	97	39
Finansiering og forsikring	4 468	2 275	1 050	458	307	223	76	54	25
Omsetning og drift av fast eiendom	57 579	49 712	6 372	1 003	354	114	15	9	0
Faglig, vitenskapelig og teknisk tjenesteyting	63 660	44 632	13 158	2 886	1 694	913	224	107	46
Forretningsmessig tjenesteyting	28 741	19 654	4 719	1 584	1 091	978	404	241	70
Offentlig administrasjon og forsvær, trygdeordninger underlagt offentlig forvaltning	4 975	596	1 009	861	862	923	370	253	101
Undervisning	19 477	12 591	1 915	818	989	1 748	1 055	300	61
Helse- og sosialtjenester	54 789	29 026	8 105	4 302	5 089	5 744	1 573	763	187
Kultur, underholdning og fritid i alt	29 047	24 616	2 336	757	635	528	112	52	11
Personlig tjenesteyting	23 241	15 270	5 006	1 803	744	309	79	27	3
Lønnet arbeid i private husholdninger	24	19	5	0	0	0	0	0	0
Internasjonale organer	8	0	2	4	2	0	0	0	0
Uoppgitt	3 620	3 335	277	5	3	0	0	0	0