

SKATTEMESSIG KLASSIFISERING AV INCENTIVORDNINGER I ARBEIDSFORHOLD

MED HOVEDVEKT PÅ GRENSEN MELLOM
KAPITALINNTEKT/KAPITALGEVINST OG ARBEIDSINNTEKTER

Kandidatnr.: 168505 og 166726

Veileder: Per Helge Stoveland

Leveringsfrist: 2. Juni 2009

Til sammen 23 940 ord

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING.....	4
1.1 Avhandlingens problemstilling og plassering i rettssystemet	4
1.2 Forklaring av viktige begreper	5
1.2.1 Generelt om incentivordninger i arbeidsforhold	5
1.2.2 Generelt om hovedtypene av inntektskategorier	5
1.2.2.1 Arbeidsinntekt	5
1.2.2.2 Kapitalinntekt.....	6
1.2.2.3 Kapitalgevinst.....	6
1.3 Avhandlingens videre inndeling	7
2 PROBLEMSTILLINGENS AKTUALITET I DAGENS SKATTESYSTEM.....	7
2.1 Bakgrunnen for at grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt er en aktuell problemstilling i dag	7
2.1.1 Innledning.....	7
2.1.2 Betydningen av den skatterettslige klassifisering av inntekter og mulige konsekvenser av omklassifisering for skattyter	8
2.1.2.1 Aksjegevinst og utbytte.....	8
2.1.2.2. Aksjer ervervet i arbeidsforhold	9
2.1.2.3 Opsjoner i arbeidsforhold.....	12
2.1.2.4 Earn out.....	13
2.1.2.5. Oppsummering	14
3 MULIGE HJEMMELSGRUNNLAG FOR OMKLASSIFISERING AV KAPITALINNTEKT/KAPITALGEVINST TIL ARBEIDSINNTEKT	14
3.1 Inntektsbegrepets ytre grense	14
3.1.2 Generelt om problemstillingen	14
3.1.3 Hagerup (Rt. 1958 s. 583).....	15
3.1.4 Vesaas (Rt. 1974 s. 976).....	16
3.1.5 Havrevold (Rt. 1979 s. 481)	17
3.1.6 Oppsummering.....	18
3.2 Aksjegevinst av aksjer ervervet i arbeidsforhold	18

3.2.1 Generelt om problemstillingen	18
3.2.2 Nordborg (Rt. 1922 s. 523)	19
3.2.3 Kruse Smith (Rt. 2000 s. 758)	20
3.2.3.1 Hovedtrekkene i flertallets og mindretallets argumentasjon.....	21
3.2.4 Pre Finans (Rt. 2000 s. 1739)	25
3.2.4.1 Hovedtrekkene i argumentasjonen til Høyesterett	27
3.2.5 Oppsummering	30
3.3 Opsjoner i arbeidsforhold.....	31
3.3.1 Kort historisk tilbakeblikk	31
3.3.2 Generelt om problemstillingen	31
3.3.3 Kruse Smith (Rt. 2000 s. 758)	33
3.3.4 Pre Finans (Rt. 2000 s.1739)	34
3.3.5 Oppsummering.....	34
3.4 Earn Out.....	35
3.4.1 Kort historisk tilbakeblikk	35
3.4.2 Generelt om problemstillingen	35
3.4.3 Vistnes (Utv. 2005 s. 277).....	37
3.4.4 Friborg Hansen (Utv. 2005 s.907).....	39
3.4.5 Oppsummering	41
3.5 Oppfinnergodtgjørelse ved patent.....	42
3.5.1 Generelt om problemstillingen	42
3.5.2 Lundgaard (Rt. 2003 s. 504).....	42
3.5.3 Oppsummering.....	44
4 GENERELLE BETRAKTNINGER OM KRITERIER OPPSTILT I RETTSPRAKSIS FOR OMKLASSIFISERING	44
4.1 Sammenfatning av tilknytningskravet og naturlighetskravet	44
4.2 Naturlighetskravet – et selvstendig krav eller et tilleggskrav tilknytningskravet?.....	45
4.3 Sammenfatning av avvikskravet.....	46
5 AVSLUTNING	46
5.1 Sammenfatning av vilkårene for omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt	46
5.2 Konklusjon	47
6 KILDER.....	49

1 INNLEDNING

1.1 Avhandlingens problemstilling og plassering i rettssystemet

Temaet for denne avhandlingen er skatterettslig klassifisering av incentivordninger i arbeidsforhold med hovedvekt på grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt. Med incentivordninger menes kapitalordninger som arbeidsgiver tilbyr nøkkelpersoner i selskapet som en motivasjonsfaktor for å bli værende i selskapet eller yte ekstra. Incentivordningene kan bestå i erverv av aksjer til underkurs, erverv av opsjoner og earn out. Earn out betegner situasjoner der såkalte kunnskapsbedrifter selges, og hvor prisen for selskapet i stor grad knytter seg til tjenester ytet av ansatte. Til tross for at earn out i utgangspunktet ikke er en form for incentivordning, har det vist seg at disse tilfellene har reist en del tilsvarende problemstillinger som ved tildeling av incentiver i arbeidsforhold. Avhandlingen vil derfor ta for seg to lagmannsrettsdommer som gjaldt nettopp earn out; Vistnes og Friborg Hansen dommen.¹

Årsaken til at grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt er sentral i denne avhandlingen, er at rettspraksis har vist at incentivordninger kan bli gjenstand for omklassifisering dersom kapitalinntekten eller kapitalgevinsten har likhetstrekk med arbeidsinntekt. Ettersom kapitalinntekter og kapitalgevinster som hovedregel følger andre regler enn arbeidsinntekter, må en omklassifisering baseres på en utvidet fortolkning av arbeidsinntektsregelen i sktl. § 5-1.² Spørsmålet blir om rettspraksis kan gi hjemmel for en slik utvidende fortolkning av arbeidsinntektsregelen. I den sammenheng trekkes det fram tre viktige dommer avsagt av Høyesterett; Kruse Smith, Pre Finans og Lundgaard.³

I forbindelse med at det foretas en utvidet fortolkning av arbeidsinntektsregelen, oppstår også spørsmålet om hvor den ytre grensen for inntektsbegrepet går. Høyesterett har i de såkalte forfatterdommene tatt stilling til inntektsbegrepets ytre grense, og kommet med viktige uttalelser om hvilken tilknytning som kreves mellom arbeidsforholdet og incentivordningen for at inntekten kan beskattes som arbeidsinntekt.⁴ Ettersom forfatterdommene er avsagt før nåværende skattelov trådte i kraft, oppstår spørsmålet om de kan være relevante rettskilder for tolkningen av dagens skattelov. Forarbeidene slår fast at nåværende lov kun har vært gjenstand for en teknisk fornyelse, og at den ikke innebærer en endring av de materielle og skattepolitiske løsningene.⁵ Det er derfor anledning til å trekke fram rettsavgjørelser som ble avsagt før nåværende lov trådte i kraft.

I forfatterdommene utledet Høyesterett at det forelå et tilknytningskrav og et naturlighetskrav i vilkåret om at den skattepliktige fordelingen må være "vunnet ved" arbeid for at den skulle inngå i arbeidsinntektsregelen jf. sktl. § 5-1. I den sammenheng må det også vurderes om Høyesterett har oppstilt andre vilkår for omklassifisering, og hvilken selvstendig betydning det enkelte kravet har.

Dersom vilkårene for omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt er oppfylt, oppstår spørsmålet om hvilke konsekvenser en slik omklassifisering vil medføre for de involverte parter.

¹ Utv. 2005 s. 277 (Vistnes) og Utv. 2005 s. 907 (Friborg Hansen)

² Skatteloven (lov av 26 mars nr. 1, 1999) blir gjennom hele avhandlingen forkortet med sktl.

³ Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith), Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) og Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard)

⁴ Rt. 1958 s. 583 (Hagerup), Rt. 1974 s. 976 (Vesaas) og Rt. 1979 s. 481 (Havrevold)

⁵ Jf. Ot.prp.nr. 86 (1997-1998) på s. 1

Avhandlingen avgrenses mot internasjonal skatterett, samt ligningslovens og skattebetalingslovens regler. Dersom det er nødvendig med andre avgrensninger, vil disse bli foretatt underveis i oppgaven.

1.2 Forklaring av viktige begreper

1.2.1 Generelt om incentivordninger i arbeidsforhold

En rekke arbeidsgivere benytter seg av incentivordninger overfor ansatte. Incentivordninger er en form for belønning som gjerne benyttes overfor nøkkelpersoner i en bedrift, og kan være et alternativ til økte lønninger. Det finnes forskjellige former for incentivordninger. De mest vanlige er erverv av aksjeordninger eller grunnfondsbevis til underkurs, opsjoner, kontantbonus avtaler og earn out. Earn out er til forskjell fra de andre formene først aktuelt ved realisasjon av aksjer.

Et hovedformål med incentivordninger er å motivere arbeidstakere eller andre med arbeidsrelatert tilknytning til selskapet, til å yte ekstra eller oppnå gitte resultater. Ved at arbeidstaker får ta del i en eventuell verdistigning vil den ansatte få en sterkere økonomisk tilknytning til selskapet, og et incentiv til å øke selskapets verdi overfor aksjonærene. En slik avlønningsform kan være viktig for mindre bedrifter som ikke har finansiell styrke til å betale høye lønninger for personer med nøkkelpetanse.

Dersom arbeidsgiver ikke ønsker at ansatte skal komme til på eiersiden, kan et alternativ være å inngå en avtale om kontantbonus. Kontantbonus er en ensidig fordel som innebærer at den ansatte får en andel av en fremtidig verdistigning i selskapet, uten å inneha eierandeler. En slik verdistigning blir utbetalt i form av kontanter. Ulempen ved en slik ordning er at likviditeten i selskapet blir belastet på utbetalingstidspunktet. Kontantbonus avtaler er en fordel som innvinner i forbindelse med et arbeidsforhold, og skal derfor beskattes som arbeidsinntekt jf. sktl. §§ 5-1 og 5-10.

Denne avhandlingen avgrenses til å omfatte aksjeordninger til underkurs, opsjoner, patentvederlag og den særlige incentivordningen earn out. Enkelte slike incentivordninger kan være i grenseland mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt, og etter en nærmere vurdering resultere i en omklassifisering av inntekten til arbeidsinntekt. Det er slike grensetilfeller som er temaet for den videre avhandlingen.

1.2.2 Generelt om hovedtypene av inntektskategorier

Denne avhandlingen omhandler grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt i arbeidsforhold, og hvilke vilkår som må være til stede for en eventuell omklassifisering fra kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt. Det er derfor nødvendig å si noe generelt om inntektskategoriene.

Både arbeidsinntekter, kapitalinntekter og virksomhetsinntekter er bruttoinntekter. Bruttoinntekter er skattepliktig inntekt før eventuelle fradrag. Ettersom denne avhandlingen behandler grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt, avgrenses det mot virksomhetsinntekt.

Lovens store hovedregel om skatteplikt for bruttoinntekter fremgår av sktl. § 5-1 (1). Den angir at fordeler vunnet ved kapital og arbeid er skattepliktige som alminnelig inntekt. Som alminnelig inntekt er skattebyrden den samme enten fordelene klassifiseres som kapitalinntekt eller arbeidsinntekt.

1.2.2.1 Arbeidsinntekt

Etter sktl. § 5-1 (1) foreligger skatteplikt for "...enhver fordel vunnet ved arbeid...". Det må altså fastlegges om det i det konkrete tilfellet foreligger en fordel som er innvunnet gjennom arbeid. Hva

som nærmere ligger i arbeidsinntektsbegrepet fremgår av sktl. § 5-10, men bestemmelsen er ikke uttømmende jf. "blant annet".

Skattelovens fordelsbegrep er omfattende, og omfatter alt av økonomisk verdi som kan omsettes og som andre må betale for.⁶ Fordeler kan bestå av både kontanter og naturalinntekter. Dette forutsettes flere steder i skatteloven, deriblant sktl. § 5-12.

Naturalinntekter kan være alt fra realobjekter, finansobjekter og opsjoner, til andre finansielle instrumenter og personlige tjenester. I forhold til avhandlingen vil aksjer og opsjoner være sentrale naturalinntekter. Skattelovens alminnelige regel er at naturalinntekter skal verdsettes til omsetningsverdi, hvilket tilsvarer det beløp skattyter måtte betalt for en tilsvarende fordel på markedet jf. sktl. §§ 5-12 (2) jf. 5-3.⁷

For at fordelene skal beskattes som arbeidsinntekt må den også være "...vunnet ved..." arbeid. Ordlyden viser til et krav om sammenheng mellom fordelene og arbeidsforholdet. Hvilke krav som stilles til tilknytningen, vil bli nærmere drøftet under hjemmelsgrunnlag for omklassifisering i kapittel tre i avhandlingen.

Det er også et krav om at fordelene må være vunnet ved "arbeid". Med dette menes personlig tjeneste av en økonomisk karakter. Det typiske er personlig tjeneste i arbeidsforhold, men også visse former for belønning og priser faller innunder betegnelsen arbeid. Tjenester som skattyter yter seg selv faller innenfor, mens stipend til utdanning faller utenfor.⁸

1.2.2.2 Kapitalinntekt

Skatteloven har hjemmel for å skattlegge "... enhver fordel vunnet ved ... kapital..." jf. sktl. §§ 5-1 (1) og 5-20. Det gis en nærmere veiledning i sktl. § 5-20 om hva som fanges opp av begrepet, men denne er ikke uttømmende jf. uttrykket "blant annet". Konkrete eksempler på kapitalinntekter er inntekter fra renter, leie og aksjeutbytte.

Fordeler "... vunnet ved ... kapital..." beskattes som alminnelig inntekt med en skattesats på 28%. Kapitalinntekt er ikke en del av beregningsgrunnlaget for personinntekt, og vil derfor ikke inngå i beregningen av toppskatt og trygdeavgift.

Av loven kommer det frem at kapitalinntekter kan innvinnes både i og utenfor virksomhet. Det avgrenses i denne oppgaven mot kapitalinntekter i virksomhet.

1.2.2.3 Kapitalgevinst

Kapitalgevinster faller utenfor hovedregelen i sktl. § 5-1 (1). Hjemmel for beskatning av kapitalgevinst utenfor virksomhet fremgår av sktl. § 5-1 (2). Etter bestemmelsen anses gevinst ved "...realisasjon..." av "...formuesobjekt..." utenfor virksomhet som skattepliktig inntekt.

Som hovedregel gjelder bestemmelsen realisasjon av alle formuesobjekt med de unntak som finnes i skattelovens kapittel ni. Dette gjelder både fysiske objekter som fast eiendom og løsøre, immaterielle objekter, finansobjekter og begrensede rettigheter i slike objekter. Reglene for gevinst- eller tapsberegning ved realisasjon av aksjer fremgår av sktl. § 10-30 flg.

Etter sktl. § 10-31 (1), 1. Punktum skal gevinst ved "...realisasjon av aksje..." regnes som skattepliktig inntekt. Hva som nærmere ligger i vilkåret "realisasjon" fremgår av sktl. § 9-2. Bestemmelsen angir at

⁶ Kommentar av Zimmer på rettsdata; sktl. §5-1

⁷ Zimmer, Fredrik (2005): s.125. Zimmer definerer omsetningsverdi slik.

⁸ Kommentar av Zimmer på rettsdata; sktl. §5-1 (1)

realisasjon omfatter "...overføring av eiendomsrett mot vederlag..." og "...opphør av eiendomsrett..." jf. sktl. § 9-2 (1).

Således omfattes både tilfeller der det ytes vederlag ved avhendelse av eiendomsretten til andre, og i tilfeller der det ikke ytes vederlag og eiendomsretten opphører ved oppgivelse eller ødeleggelse. Det er imidlertid avhendelsestilfellene som anses for å utgjøre kjernen i begrepet og som er mest aktuelt for den videre avhandlingen.⁹

Bestemmelsen gir deretter en ikke-uttømmende oppregning over hva som typisk faller innenfor realisasjonsbegrepet. I forhold til avhandlingen vil realisasjon i form av salg være mest sentralt jf. sktl. § 9-2 (1), bokstav a.

1.3 Avhandlingens videre inndeling

Den videre avhandlingen er delt opp i fire kapitler. I kapittel to blir det redegjort for hvorfor grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt er en aktuell problemstilling i dag. I kapittel tre blir det presentert mulige hjemmelsgrunnlag for omklassifisering basert på rettspraksis knyttet til den enkelte incentivordning. Ved behandlingen av hver dom tas det utgangspunkt i viktige uttalelser. Deretter foretas en nærmere analyse av kriteriene rettspraksis oppstiller. Det blir også gitt et kort historisk tilbakeblikk under enkelte av hjemmelsgrunnlagene. I kapittel fire sammenfattes de enkelte vilkår for omklassifisering, og deretter foretas en vurdering av om vilkårene har selvstendig vekt. Kapittel fem inneholder en sammenfatning av vilkårene for omklassifisering fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt, og en vurdering av vilkårenes innbyrdes vekt. Til slutt vil det trekkes en konklusjon på bakgrunn av avhandlingen.

2 PROBLEMSTILLINGENS AKTUALITET I DAGENS SKATTESYSTEM

2.1 Bakgrunnen for at grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt er en aktuell problemstilling i dag

2.1.1 Innledning

Spørsmålet er hvorfor grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt er en aktuell problemstilling i dag, herunder hvilken skatterettslig betydning klassifiseringen har for skattyter.

Ettersom arbeidsinntekt kun er aktuelt for personlige skattytere, vil problemstillingen utelukke selskaper som aksjonærer. Avhandlingen avgrenses derfor til å gjelde personlige skattytere.

En aksjonær kan få ut verdier av selskapet på tre måter. Dersom selskapet går med overskudd, kan det etter beslutning av generalforsamlingen tas ut utbytte jf. asl. §§ 8-2 jf. 8-1. En annen mulighet er å selge aksjene og eventuelt sitte igjen med en aksjegevinst jf. sktl. § 5-1 (2). Dersom aksjonæren arbeider i selskapet, kan han også velge å ta ut verdiene som lønn jf. sktl. §§ 5-1 (1) og 5-10.

Reglene for aksjeutbytte og aksjegevinster er avpasset hverandre. Årsaken til dette er at aksjeverdien ofte gjenspeiler hvilke verdier som er i selskapet. Dersom det ikke foretas utdeling av utbytte stiger aksjeverdien, mens en utdeling av utbytte vil bidra til at aksjeverdien synker. Dermed kan aksjonærer i mindre selskaper ofte velge å ta ut verdiene som aksjegevinst på salgstidspunktet, eller ta ut overskudd i form av utbytte.¹⁰

⁹ Kommentar av Stoveland på rettsdata; sktl. §9-2.

¹⁰ Zimmer, Fredrik (2006): s.286

Ettersom aksjegevinster og aksjeutbytte er de vanligste formene for kapitalinntekt/kapitalgevinst, vil det i det følgende først gis et kort innblikk i de alminnelige beskatningsregler for aksjegevinster og aksjeutbytte. Deretter vil mulige skatterettslige konsekvenser av omklassifisering fra kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt for skattyter bli behandlet etter den enkelte form for incentivordning.

2.1.2 Betydningen av den skatterettslige klassifisering av inntekter og mulige konsekvenser av omklassifisering for skattyter

2.1.2.1 Aksjegevinst og utbytte

Etter sktl. §§ 10-11 (1) jf. 5-20 skal "Utbytte...regnes som skattepliktig inntekt...". Utbytte er skattepliktig som alminnelig inntekt jf. sktl. §§ 5-20 og 5-1, men ikke som personinntekt. Dette viser seg ved at utbytte er utelatt fra sktl. § 12-2.

Hva som nærmere ligger i utbyttebegrepet fremgår av sktl. § 10-11 (2) som viser til at utbytte omfatter enhver utdeling som innebærer "...en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær" jf. sktl. § 10-11 (2). Formuleringen angir et vidt begrep, og er ment å omfatte alt som kan anses som en skattepliktig fordel.

Gevinst ved realisasjon av aksjer regnes som skattepliktig inntekt jf. sktl. § 10-31 (1), 1. punktum. I forhold til denne avhandlingen viser realisasjonstidspunktet til salgstidspunktet for aksjene jf. sktl. § 9-2 (1) bokstav a. I likhet med utbytte er aksjegevinster gjenstand for beskatning som alminnelig inntekt, og ikke som personinntekt jf. sktl. § 12-2.

Når det skal beregnes skatt på utbytte og aksjegevinst, må det gjøres fradrag for skjerming i alminnelig inntekt jf. sktl. § 10-12. Reglene om skjermingsfradrag i aksjeutbytte og aksjegevinst har til formål å skjerme normalavkastningen av skattyterens investering mot dobbeltbeskatning, altså utover selskapsskatten på 28%.¹¹

Det er kun personlige skattytere som har rett til skjermingsfradrag jf. sktl. § 10-12 (1), 1. punktum. Skjermingen beregnes for den enkelte aksje og tillegges tidligere års ubenyttede skjermingsfradrag jf. sktl. § 10-12 (2) 1. punktum. Ved gevinst på salg av aksjer føres ubenyttet skjerming til fradrag i fastsatt alminnelig inntekt jf. sktl. §§ 10-31 (2) 2. punktum og 10-12.

Dersom aksjegevinst og aksjeutbytte følger de alminnelige reglene for beskatning, vil selskapet bli beskattet 28% for overskuddet. Deretter kan de resterende 72% bli gjenstand for utdeling av utbytte eller aksjegevinst. Det utdelte utbytte eller aksjegevinsten vil få fradrag for skjerming og ilegges 28% skatt som alminnelig inntekt på aksjonærens hånd. Avhengig av fradraget for skjermingen, vil den samlede skattebelastningen for selskapet og aksjonæren derfor være på inntil 48,16%.

Et spørsmål er om utdeling av utbytte til aksjonær kan bli gjenstand for omklassifisering til arbeidsinntekt dersom aksjonæren jobber i selskapet, og arbeidsinntekten ikke tilsvarer markedslønn for ytet arbeid. Skattemyndighetene har svart benektende på dette, også i tilfeller der arbeidsinntekt ikke står i forhold til arbeidsinnsatsen.¹²

Dette er en naturlig konsekvens av at utbytte er strengt knyttet til selskapets frie midler og aksjonærenes aksjer i selskapet jf. sktl. § 10-11 jf. asl. §§ 8-1 til 8-3. Et utbytte forutsetter ikke noen krav til aksjonærens egeninnsats, annet enn at vilkårene for utbytte i skatteloven og aksjeloven er

¹¹ Zimmer, Fredrik (2006): s.328

¹² Jf. Lignings-ABC 2008/09 på s.1085 pkt. 4.5

oppfylt. Utbytte er således knyttet til de enkelte aksjene i selskapet og selskapets økonomiske forutsetninger til å kunne foreta utbytteutdeling.

Skattemyndighetene har imidlertid uttalt at der en aksjonær som jobber i selskapet har fått utbetalt lønn som ikke gjenspeiler en tilsvarende arbeidsinnsats, vil det etter omstendighetene være grunnlag for å omklassifisere hele eller deler av lønnen til utbytte. I den forbindelse uttaler skattemyndighetene at "Dette blir et spørsmål om klarlegging av faktum og bruk av rettsreglene på faktum".¹³

Uttalelsen synes å bygge på at det må foretas en vurdering av de reelle forhold i den enkelte sak i lys av de alminnelige tilordningsreglene. Dersom utbetalt lønn ikke gjenspeiler en tilsvarende arbeidsinnsats i selskapet, kan dette være en presumpsjon for at deler av lønnen er muligjort av den ansattes aksjonærposisjon i selskapet. En annen sak er at aksjonærens høye lønn vil kunne innebære en forfordeling i forhold til de andre aksjonærene. Således kan det være grunnlag for å omgjøre deler av lønnen til utbytte.

Ettersom utbyttebestemmelsen i sktl. § 10-11 ikke angir særlige regler for tidfesting av utbytte, skal aksjeutbytte tidfestes etter realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2 (1), 2. Punktum. Dette innebærer at det avgjørende tidspunkt er når aksjonæren har oppnådd en "ubetinget rett" til utbyttet. For vanlig utbytte vil det foreligge ubetinget rett til utbytte når generalforsamlingen har fattet vedtak om utbytteutdeling jf. asl. § 8-2.

Heller ikke for tidfesting av aksjegevinster angir loven spesielle regler. Realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2 (1), 2. Punktum kommer derfor til anvendelse. Ved gjensidig bebyrdende avtaler vil selgeren ha en ubetinget rett på vederlaget når han eller hun har prestert sin egen ytelse, altså når aksjene er stilt til disposisjon for kjøperen.¹⁴ Inntil dette tidspunktet er rettigheten hans betinget av egen ytelse, og det vil være uten betydning om avtale er inngått eller om betalingsform og tidspunkter er avtalt.

Gjennomgangen ovenfor angir hovedreglene for beskatning av aksjegevinst og aksjeutbytte, men i enkelte særtilfeller kan det bli spørsmål om kapitalinntekten/kapitalgevinsten kan bli gjenstand for omklassifisering til arbeidsinntekt. Dersom det foretas en omklassifisering, blir spørsmålet hvilke konsekvenser dette kan medføre for de involverte.

2.1.2.2. Aksjer ervervet i arbeidsforhold

Før aksjer ervervet i arbeidsforhold har omklassifiseringsspørsmålet to dimensjoner. Den ene gjelder hvordan en underpris for aksjene skal håndteres skatterettslig, og den andre er hvordan en eventuell verdistigning skal klassifiseres.

Den fordel en ansatt får ved erverv av aksjer i arbeidsgiverselskapet til underpris, reguleres av særbestemmelsen i sktl. § 5-14 (1).

Ettersom underprisen er ervervet i kraft av skattyters stilling som ansatt i arbeidsgiverselskapet, er det klart at underprisen representerer en fordel vunnet ved arbeid jf. sktl. §§ 5-14 (1) jf. 5-1 (1) og skal beskattes som arbeidsinntekt.¹⁵

Fordelen skal settes til differansen mellom salgsverdi redusert med 20 prosent, og det den ansatte betaler for naturalytelsen jf. sktl. § 5-14 (1) bokstav a. Den reelle salgsverdi skal fastsettes til verdien

¹³ Jf. Lignings-ABC 2008/09 på s.1085 pkt. 4.5

¹⁴ Zimmer, Fredrik (2006): s.324

¹⁵ Jf. Lignings-ABC 2008/09 s.1 pkt.1.1

på ervervstidspunktet, og ikke det tidspunkt han får tilbud om ervervet. Ervervstidspunktet anses for å være det tidspunktet han overtar de sentrale eierbeføyelser.¹⁶

Den skattefrie fordelten kan imidlertid ikke overstige kr 1.500 etter bestemmelsens andre punktum. Skattefritaket er betinget av at alle ansatte etter en generell ordning har fått tilbud om aksjekjøp jf. sktl. § 5-14 (1) bokstav c.

Ettersom underprisen blir beskattet som arbeidsinntekt, angir loven kontantprinsippet som hovedregel jf. sktl. § 14-3 (1). Det avgjørende blir da når aksjene mottas eller på det tidligere tidspunkt aksjene kunne vært mottatt. Aksjene blir derfor beskattet når skattyter erverver aksjene.¹⁷

Arbeidsgiver vil som hovedregel ha fradragsrett for lønnskostnader og arbeidsgiveravgift som etter sktl. § 6-1.¹⁸ Ved overdragelse av aksjer i arbeidsforhold og opsjoner i arbeidsforhold til ansatte, kan det imidlertid være usikkert om selskapet har pådratt seg en kostnad som kan anses oppofret. I kravet til oppofrelse ligger at fordelten den ansatte beskattes for må lede til en reduksjon av arbeidsgivers formuesstilling. I slike tilfeller har Finansdepartementet stilt seg kritiske til om fordelten for den ansatte kan anses for å være oppofret av selskapet. Det har derfor blitt skilt mellom tilfeller der den ansatte gis rett til å tegne aksjer ved emisjon i selskapet, og der det foreligger tegningsrett i arbeidsgiverselskapets egne aksjer. Det er kun i sistnevnte tilfelle Finansdepartementet mener arbeidsgiver har hatt utgifter ved sitt erverv av aksjene, og kan få fradrag for utgiftene.¹⁹ Arbeidsgiveravgift som dekkes av selskapet, vil imidlertid være fradragsberettiget etter de alminnelige regler jf. sktl. § 6-1.²⁰

Et særlig spørsmål er om beskatningen av underprisen for aksjene som arbeidsinntekt utelukker at en senere verdistigning på aksjene kan omklassifiseres fra aksjegevinst til arbeidsinntekt.

Sktl. § 5-14 (1) regulerer kun den fordel som består i at en naturalfordel erverves til underpris. Bestemmelsen regulerer ikke hvordan en senere verdistigning skal reguleres skatterettslig. En senere verdistigning og realisasjon av aksjene med gevinst vil derfor som utgangspunkt reguleres av de alminnelige reglene for aksjegevinster i sktl. §§ 10-31 og 10-32. Dette utelukker imidlertid ikke at aksjegevinsten kan bli gjenstand for omklassifisering til arbeidsinntekt dersom de nærmere vilkår for omklassifisering er oppfylt.

Skattemyndighetene har også uttalt at det normalt ikke skal foretas omklassifisering fra utbytte til lønn, og spørsmålet er om dette også må gjelde for aksjegevinster.²¹

I uttalelsen ble det imidlertid vist til at det kunne være grunnlag for omklassifisering fra arbeidslønn til utbytte i tilfeller der aksjonæren jobbet i selskapet, og utbetalt lønn ikke gjenspeilet en tilsvarende arbeidsinnsats i selskapet. Adgangen til en slik omklassifisering var avhengig av en vurdering av de reelle forhold i den enkelte sak i lys av tilordningsreglene.

En slik realitetsvurdering kan også overføres til spørsmålet om omklassifisering av aksjegevinster. Det er imidlertid tvilsomt om skattemyndighetenes utelukkelse av omklassifisering av utbytte kan overføres generelt til aksjegevinster. Selv om hovedregelen for aksjegevinster også er at omklassifisering ikke skal foretas, er det en klar forskjell mellom de hensyn som ligger bak en ordinær utbytteutdeling og en arbeidsgivers avtaleregulering av den ansattes aksjeerverv og avhendelse i arbeidsgiverselskapet. En utbytteutdeling vil være strengt knyttet til den enkelte aksjonærs aksjer i

¹⁶ Zimmer, Fredrik (2006): s.568

¹⁷ Jf. Lignings-ABC 2008/09 s.2 pkt.3

¹⁸ Zimmer, Fredrik (2006) s.580

¹⁹ Jf. Utv. 1999 s.716 (FIN)

²⁰ Zimmer, Fredrik (2006) s.580

²¹ Jf. Lignings-ABC 2008/09 på s.1085 pkt. 4.5

selskapet og selskapets økonomiske stilling som sådan, uten hensyn til aksjonærens arbeidsinnsats i selskapet. Ved utbytteutdeling vil det derfor normalt ikke være adgang til å foreta en omklassifisering av utbytte til lønn på grunn av aksjonærens ansettelse i selskapet. Situasjonen ved omklassifisering av aksjegevinster vil derimot være at den ansattes arbeidsinnsats i selskapet foranlediger særlig gunstige betingelser ved aksjonærposisjonen, som kan fremstå som en form for arbeidsgodtgjørelse. Etter omstendighetene kan det derfor være nærliggende å beskatte aksjegevinsten som arbeidsinntekt.

Dersom det foretas omklassifisering av aksjegevinster fra aksjer ervervet i arbeidsforhold til arbeidsinntekt, blir spørsmålet hvilke konsekvenser det vil medføre for de involverte.

Foretas en omklassifisering fra aksjegevinst til arbeidsinntekt, blir skattyteren beskattet for personinntekt og dermed ilagt trygdeavgift og toppskatt for den delen av inntekten som beskattes som fordel vunnet ved arbeid jf. sktl. §§ 5-1,12-2 bokstav a og ftrl. § 23-3.

Aksjegevinsten blir således ilagt både skatt på alminnelig inntekt og personinntekt. I tillegg til 28% skatt på alminnelig inntekt, blir skattyter ilagt 7,8% i trygd²² og inntil 12% i toppskatt på den delen av inntekten som overstiger kr 716.600.²³ Dersom inntekten anses for å være lønn vil den samlede skattebelastningen være 48,7% på skattyters hånd, i motsetning til 48,16% inklusiv selskapsskatten for aksjegevinster. Selv om differansen er lav, kan det utgjøre store summer ved høye aksjegevinster.

Ettersom aksjegevinsten allerede har vært gjenstand for selskapsbeskatning med 28%, medfører dette at skattebelastningen totalt sett blir større ved en omklassifisering. Skattyter kan imidlertid få fradrag for selskapsskatten som kostnad til inntektservervelse i alminnelig inntekt jf. sktl. § 6-1 (1).

En annen fordel ved aksjegevinster er at ubenyttet skjerming føres til fradrag i alminnelig inntekt jf. sktl. § 10-31 (1). Størrelsen på skjermingsfradraget vil blant annet avhenge av inngangsverdien på aksjene og størrelsen på skjermingsrenten. Dersom det foreligger flere års ubenyttet skjermingsfradrag og inngangsverdien på aksjene er høy, kan skjermingen utgjøre et betydelig beløp for skattyter. Til tross for at differansen mellom den totale skattebelastningen ved aksjegevinst og arbeidsinntekt ikke er så stor, kan det samlede beløpet utgjøre store summer ved høye aksjegevinster for skattyter.

For arbeidsgiver vil en omklassifisering fra kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt innebære plikt til å foreta lønnsinnberetning, forskuddstrekk og beregne og betale arbeidsgiveravgift med inntil 14,1% jf. lignl. § 6-2, sktbtl. §§ 5-4 og 5-6. Imidlertid vil det være adgang for arbeidsgiver til å få fradrag for lønnskostnadene etter sktl. § 6-1.

Dersom selskapet får fradrag for aksjegevinsten som lønnskostnad etter sktl. § 6-1, må dette medføre at den personlige aksjonæren må beskatte inntekten som alminnelig inntekt og personinntekt. Dette vil i så fall gi grunnlag for ileggelse av arbeidsgiveravgift jf. ftrl. § 23-2 (1). Et slikt fradrag vil være aktuelt hvis aksjene innløses av selskapet, eller et nærstående selskap kjøper aksjene.

Får ikke selskapet fradrag for aksjegevinsten som lønnskostnad, oppstår spørsmålet om hvordan skjevheten kan løses. Dette vil typisk være tilfelle der aksjene selges til en utenforstående tredjemann. En nærliggende løsning vil være at skattemyndighetene må velge om aksjegevinsten skal beskattes som alminnelig inntekt med 28% eller som personinntekt med inntil 19,8%. For aksjer som gikk innunder RISK reglene vil ofte skjermingsgrunnlaget være nokså høyt og medføre at når aksjene selges blir gevinsten lav. I slike tilfeller kan det være aktuelt å beskatte inntekten som personinntekt.

²² Jf. F27.11.2008 nr. 1291: Vedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden

²³ Her har det blitt tatt utgangspunkt i den høyeste satsen for toppskatt jf. ssv. § 3-1

Et annet spørsmål er hva som er mest fordelaktig for skattemyndighetene; å beskatte aksjegevinsten etter kapitalgevinstreglene eller etter arbeidsregelen i sktl. § 5-1 (1). Dersom man ser på differansen mellom den samlede skattebelastningen for aksjegevinster og arbeidsinntekt, er det lite som skiller de to inntektsgrunnlagene. Utgjør aksjegevinsten som er gjenstand for omklassifisering et høyt beløp kan det imidlertid dreie seg om større summer. En annen sak er at det ved lønnsutbetaling blir ilagt arbeidsgiveravgift på 14,1%. Arbeidsgiveravgiften medfører dermed at det blir mer fordelaktig å beskatte aksjegevinsten som arbeidsinntekt for skattemyndighetene.

Dersom aksjegevinsten omklassifiseres til arbeidsinntekt, angir loven kontantprinsippet som hovedregel for tidfesting jf. sktl. § 14-3 (1). Dette innebærer at arbeidsinntekten kommer til beskatning i det år inntekten utbetales eller forfaller. Kostnader til erverv av arbeidsinntekt kommer imidlertid først til fradrag i det inntektsåret kostnaden betales eller utredes jf. sktl. § 14-3 (3).

2.1.2.3 Opsjoner i arbeidsforhold

Dersom en gevinst av aksjer i arbeidsforhold anses for å være opsjoner i arbeidsforhold, reguleres forholdet av særreglene i sktl. § 5-14 (3). Problemstillingen kan typisk oppstå i tilfeller der det foreligger tvil om aksjene reelt er overdratt til skattyter, og at det dermed i realiteten kun foreligger en rett til å erverve aksjer til en nærmere bestemt pris på et senere tidspunkt.

Bestemmelsen i sktl. § 5-14 (3) angir at den fordelten opsjonen består av skal beskattes som fordel vunnet ved arbeid, og ilegges både skatt på alminnelig inntekt og personinntekt jf. sktl. §§ 5-10 og 12-2. Fordelen ved innløsning av rett til erverv av aksje settes til differansen mellom omsetningsverdien og innløsningsprisen, fratrukket eventuell kostpris for opsjonen jf. sktl. § 5-14 (3) bokstav a nr. 1.

Når det gjelder tidfesting av opsjoner i arbeidsforhold, angir bestemmelsen særlige regler i sktl. § 5-14 (3) bokstav a, 1. Punktum. Fordel ved erverv av opsjoner i arbeidsforhold skal komme til beskatning når opsjonen selges eller innløses, og ikke når den erverves. Beskatning vil derfor inntre når den ansatte benytter seg av sin rett til å selge eller erverve det underliggende objekt, og det er dette tidspunktet som er avgjørende for verdsettelsen av fordelten.²⁴ Dersom opsjonen ikke benyttes, vil den falle bort uten at skatteplikt inntre.

Loven går ikke nærmere inn på hva som ligger i begrepet innløsning. Finansdepartementet har imidlertid uttalt at tidspunktet for fastsettelse av fordel ved innløsning av opsjoner må vurderes ulikt, og at fastsettelsen vil avhenge av om den ansatte skal erverve eksisterende aksjer eller få rett til å tegne aksjer i en senere emisjon. Dersom den ansatte erverver opsjon med rett til å kjøpe eksisterende aksjer, må det avgjørende tidspunkt være selve bruken av opsjonen. For opsjoner med rett til aksjer i en senere emisjon, vil det avgjørende tidspunkt være når vedkommende tegner aksjene.²⁵ Dersom den ansatte har betalt opsjonspremie ved ervervet, vil premien kunne føres til fradrag ved opphør- eller frasigelse av retten til opsjonen jf. sktl. §§ 9-10 jf. 9-4.

Ved innløsning settes fordelten til differansen mellom aksjens eller grunnfondsbevisets omsetningsverdi og innløsningsprisen, fratrukket skattyters kostpris jf. sktl. § 5-14 (3) nr. 1. Ved salg av opsjonen settes fordelten til differansen mellom salgssum og kostpris jf. sktl. § 5-14 (3) nr. 2. Dersom retten overføres til nærstående regnes det ikke som salg jf. andre punktum i bestemmelsen.

Dersom opsjonen ikke anses innvunnet i arbeidsforhold, for eksempel der en aksjonær eller næringsdrivende tildeles en opsjon, skal gevinst eller tap tidfestes i samsvar med realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2 (1), 2. Punktum. Etter realisasjonsprinsippet er det avgjørende tidspunktet når skattyter får et ubetinget krav på vederlaget, altså når opsjonen er overført til kjøper.

²⁴ Zimmer, Fredrik (2006): s. 573

²⁵ Jf. Utv. 2001 s. 1636 (FIN)

Dersom opsjonen utøves, vil tidfestingen inntre når det foreligger et ubetinget krav på de underliggende aksjer.²⁶

2.1.2.4 Earn out

For earn out vil problemstillingen være hvilke konsekvenser det vil medføre at deler av salgsvederlaget blir omklassifisert til arbeidsinntekt istedenfor kapitalgevinst jf. sktl. §§ 5-1 (2) og 5-1 (1). Det er klart at arbeidsinntektsregelen kan anvendes også ved tilfeller av earn out, ettersom det ikke kreves at fordelene stammer fra arbeidsgiver.²⁷

Utgangspunktet ved en omklassifisering av deler av salgsvederlaget til arbeidsinntekt er at selger blir beskattet for personinntekt, og dermed ilagt trygdeavgift og toppskatt for den delen av inntekten som beskattes som fordel vunnet ved arbeid jf. sktl. §§ 5-1 og 12-2 bokstav a.

Det oppstår imidlertid noen særproblemstillinger ved earn out som ikke gjør seg gjeldende ved gevinst av aksjer ervervet i arbeidsforhold. En problemstilling knytter seg til spørsmålet om det er de nye eller tidligere eiere av selskapet som skal ilegges arbeidsgiveravgift for den delen av salgsvederlaget som omgjøres til arbeidsinntekt. Finansdepartementet synes å forutsette at det i slike tilfeller er selger av selskapet som skal svare arbeidsgiveravgift.²⁸ Ole Gjems-Onstad synes å være enig i en slik betraktning, men stiller seg mer tvilende til situasjoner der mervederlaget kommer av et ønske om å sikre investeringen ved å yte en form for ekstrakompensasjon. I slike tilfeller anser han det som unaturlig å pålegge arbeidsgiver å dekke arbeidsgiveravgift.²⁹ En mulighet kan være å hevde at lønnsutbetalingen ble foretatt av arbeidsgiverselskapet, for deretter å inngå avtale med kjøperne om å refundere beløpet tilsvarende arbeidsgiveravgiften. Finansdepartementet har åpnet for en slik løsning.³⁰

Dersom det kjøpende selskap ønsker å kompensere for selgers negative skattekonsekvenser ved en omklassifisering fra kapitalgevinst til arbeidsinntekt, oppstår spørsmålet om hvordan en slik refusjon av selgers skatt skal behandles skattemessig. En nærliggende løsning er å anse refusjonen som tilknyttet arbeidsinntekten jf. sktl. § 5-1 (1). I så tilfelle vil kompensasjonen gjenspeile seg i arbeidsgiveravgiften. Gjems-Onstad synes å trekke samme slutninger for den skattemessige behandlingen av en slik kompensasjon.³¹

Tidfestingen av aksjegevinsten i earn out-tilfellene, vil avhenge av om gevinsten anses som kapitalinntekt/kapitalgevinst eller arbeidsinntekt. Oppfyller deler av vederlaget vilkårene for omklassifisering, skal fordelene beskattes som arbeidsinntekt. Ved kontantvederlag vil beskatning skje på vederlagstidspunktet, eller på det tidligere tidspunkt det oppstod adgang til å få beløpet utbetalt jf. sktl. § 14-3.³²

Dersom vederlaget bestod i aksjer i kjøperselskapet, vil tidspunktet for beskatning være ved overføring av eiendomsretten til aksjene, eller på det tidligere tidspunkt da den ansatte kunne fått overført retten til aksjene.

En annen særproblemstilling ved earn out er hvordan tidfestingsspørsmålet løses dersom det foreligger resolute eller suspensive betingelser ved utbetalingen av vederlaget. Dersom utbetalingen er resolutivt betinget, kan dette bli ansett som forskudd på lønn og periodiseres

²⁶ Zimmer, Fredrik (2006): s.218

²⁷ Jf. Utv. 1999 s. 225 (FIN)

²⁸ Jf. Utv. 1999 s. 225 (FIN)

²⁹ Jf. Utv. 2001 s. 692 pkt. 8.1.2

³⁰ Jf. Utv. 1999 s. 225 (FIN)

³¹ Jf. Utv. 2001 s. 692 pkt. 8.2.4

³² Jf. Zimmer, Fredrik (2005): s.311 / Zimmer, Fredrik (2006): s.587

allerede ved utbetalingen jf. sktl. § 14-3 (1). Dette gjelder selv om arbeidsytelsen ikke er prestert. Den ansattes mervederlag vil dermed bli beskattet som lønnsinntekt og ilegges toppskatt og trygdeavgift. Ved suspensive betingelser anses vederlaget periodisert først ved utbetalingene.³³

Ved resolutive betingelser for vederlaget kan det oppstå spørsmål om hvordan en tilbakebetaling av deler av vederlaget skal behandles skatterettslig, dersom resultatmål ikke nås eller arbeidsforpliktelser ikke oppfylles. Hvor selger forplikter seg til å tilbakebetale deler av vederlaget dersom visse betingelser ikke oppfylles, vil dette ikke ha betydning for tidfestingen av aksjegevinsten.

Skattemyndighetene kan imidlertid velge mellom å gi fradrag i alminnelig inntekt jf. sktl. § 6-1 for beløpet eller endre ligningen. Det samme må antas å gjelde for den del av vederlaget som er omklassifisert til lønn jf. sktl. § 6-1. Dersom ligningen ikke blir endret og skattyter kun får fradrag i alminnelig inntekt, vil skattyter bli stilt i en mindre gunstig situasjon enn om den tidligere ligning ble endret.

2.1.2.5. Oppsummering

Som drøftelsen viser, vil omklassifisering fra kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt medføre konsekvenser for både arbeidsgiver og skattyter. For skattyter vil en omklassifisering fra kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt innebære en økt beskatning fra 48,16% til inntil 48,7%. I tillegg vil en omklassifisering innebære at eventuelt ubenyttet skjermingsfradrag faller bort. Foretas det ikke en retting av ligningen eller gis fradrag i alminnelig inntekt, vil en omklassifisering innebære en langt større skattebelastning for skattyteren. Dersom det imidlertid foretas en retting av ligningen, vil konsekvensen være at skattyter får en større del av beskatningen på sin hånd.

For arbeidsgiver vil omklassifisering innebære plikt til å foreta lønnsinnberetning, forskuddstrekk og beregne og betale arbeidsgiveravgift med inntil 14,1% jf. lignl. § 6-2, sktbt. §§ 5-4 og 5-6. For arbeidsgiver vil det kunne være adgang til å få fradrag for lønnskostnadene etter sktl. § 6-1. Omklassifisering til arbeidsinntekt vil være mest gunstig for skattemyndighetene ved at lønnsbeskatning innebærer illeggelse av arbeidsgiveravgift.

3 MULIGE HJEMMELSGRUNNLAG FOR OMKLASSIFISERING AV KAPITALINNTEKT/KAPITALGEVINST TIL ARBEIDSINNTEKT

3.1 Inntektsbegrepets ytre grense

3.1.2 Generelt om problemstillingen

Etter sktl. § 5-1 (1) må en fordel være "...vunnet ved..." arbeid for at den skal inntektsbeskattes. Formuleringen viser til et krav om sammenheng mellom fordelten og det utførte arbeidet. Vanlig arbeidsvederlag er typisk en fordel som faller innunder bestemmelsen. I mer atypisk tilfeller kan det imidlertid oppstå spørsmål om fordelten er knyttet til arbeidet på en slik måte at skatteplikt inntreffer.

I praksis har det oppstått spørsmål om skattepliktens yttergrense og hvordan grensene skal trekkes mellom inntektskategorier. I juridisk teori har problemstillingen blitt omtalt som spørsmålet om inntektsbegrepets ytre grense.

Hvilke krav som stilles til tilknytningen mellom fordelten og arbeidet, har vært oppe i rettspraksis ved flere anledninger. I de såkalte "forfatterdommene" har Høyesterett angitt en grense for hvor langt inntektsbegrepet kan strekkes til fordel for gavebegrepet. Den viktigste dommen er ansett for å være

³³ Jf. Utv. 2001 s. 692 pkt. 8.1.1

Rt. 1958 s. 583 (Hagerup)³⁴. De påfølgende dommene Rt. 1974 s. 976 (Vesaas)³⁵ og Rt. 1979 s. 481 (Havrevold)³⁶ har presisert utgangspunktet i Hagerup. Alle forfatterdommene tok for seg spørsmålet om forfatterpriser kunne anses for å være en gave, eller om fordelene hadde en slik tilknytning til deres arbeid at de falt innunder inntektsbegrepet.

Forfatterdommene gjaldt riktignok inntektsbegrepets ytre grense og ikke grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt. Det kan derfor stilles spørsmål ved dommenes rettskildemessige vekt.

Selv om forfatterdommene ikke tok for seg grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt, ble det i dommene trukket et skille mellom fordeler som faller innunder inntektsbegrepet og fordeler som faller utenfor. Vurderingstemaet i forfatterdommene har også blitt trukket frem av Høyesterett i fastleggelsen av det rettslige skillet mellom kapitalgevinstregelen og arbeidsregelen.³⁷ Dette kan trekke i retning av at spørsmålet om inntektsbegrepets ytre grense og gresedragningen mellom inntektskategoriene beror på det samme vurderingstema.³⁸ Forfatterdommene har derfor betydning som bakgrunnsstoff når det skal vurderes om inntekt fra incentivordninger kan beskattes som arbeidsinntekt.

Nedenfor vil det gis en kort presentasjon av forfatterdommene, og trekkes fram viktige uttalelser som Høyesterett har vist til i dommer vedrørende grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt.

3.1.3 Hagerup (Rt. 1958 s. 583)

Faktum i saken var at Inger Hagerup ble ilagt inntektsskatt for et stipend på kr. 5000 som hun ble tildelt av Aschehoug Forlag i forbindelse med deres 75 års jubileum. Hun hevdet at beløpet var skattefritt som gave etter byskatteloven § 36 (2), men fikk ikke medhold i retten. Høyesterett fant at det var en så nær sammenheng mellom tildelingen og hennes virksomhet som forfatter, at fordelene måtte anses som vunnet ved arbeid.

Retten kom til det samme resultat som byretten, og tiltrådte i vesentlige punkter deres begrunnelse. Førstvoterende viste til at forarbeidene og formålet bak loven klart viste at det var adgang til å beskatte et beløp som hadde karakter av en fordel vunnet ved arbeid som inntekt, selv om den hadde "...de egenskaper som etter vanlig sprogbruk kjennetegner en gave...".³⁹ Han uttalte også i den sammenheng at dersom gaveregelen og arbeidsinntektsregelen kolliderte, ville arbeidsinntektsregelen gå foran.

Det avgjørende kriterium var etter rettens mening om det i det konkrete tilfelle "...består en så nær sammenheng mellom det arbeid... som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som "vunnet ved" arbeidet...".⁴⁰

Retten synes her å formulere et tilknytningskrav der graden av nærhet til arbeidsforholdet hadde betydning for om fordelene naturlig falt innunder arbeidsinntektsregelen. Uttalelsene synes å gi anvisninger til en klassisk nærhetsvurdering, der naturlighetskravet er et tilleggskrav til tilknytningskravet. Samtidig tyder uttalelsen på at kravene har en form for samhörighet til hverandre.

³⁴ Heretter omtalt som Hagerup

³⁵ Heretter omtalt som Vesaas

³⁶ Heretter omtalt som Havrevold

³⁷ Blant annet i Kruse Smith (Rt. 2000 s.758) og Pre Finans (Rt. 2000 s.1739) mfl.

³⁸ Skatterett 2006 nr.1 s.67 på s.70

³⁹ Se s.858 i dommen

⁴⁰ Jf. s.585 i dommen - formuleringen om naturlighetskravet trekkes senere frem i Rt. 2000 s.1739 (Pre Finans) og vil inngå i en analyse i kapittel 4

Høyesterett kom til at tilknytningen var tilstrekkelig nær blant annet på bakgrunn av at Inger Hagerup var tilknyttet forlaget som forfatter, og at det samme var tilfellet for alle de andre 19 forfatterne utenom en som var gitt stipend. Det ble også vektlagt at forlaget hadde krevd fradrag for stipendet.

3.1.4 Vesaas (Rt. 1974 s. 976)

Saken gjaldt inntektsbeskatning av litteraturpriser fra Norsk Kulturråd som ble forært forfatterne Tarjei Vesaas og Kristian Kristiansen. Hver forfatter fikk to priser som til sammen kom på kr. 15.000. Høyesterett fant at prisene betegnet en fordel vunnet ved litterært arbeid etter landsskatteloven § 42,⁴¹ og at det ikke fantes hjemmel for å fritta dem for inntektsbeskatning. Avgjørelsen ble avsagt under dissens (4-1).

Flertallet viste til at det var enighet om at litteraturprisene innebar en økonomisk fordel som var oppnådd ved forfatternes litterære arbeidsinnsats. Bakgrunnen for dette var at prisene var tildelt forfatterne for bøker de hadde utgitt det siste året før prisutdelingen.

Det tvilsomme spørsmålet i saken var "...om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som er ytet og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som "vunnet ved" arbeid.." jf. Rt. 1958 s. 583 (Hagerup).⁴²

Her viser Høyesterett til samme problemformulering som i Hagerup, og angir en nærhetsvurdering der også naturlighetskravet trekkes inn. Uttalelsen gir således Hagerup større tyngde som retningslinje for tilknytningskravet og naturlighetskravet.

Som argument for at prisutdelingene representerte en fordel vunnet ved arbeid, viste førstvoterende til at prisutdelingene representerte både en premiering av de utvalgte bøker og en direkte økonomisk ytelse til forfatterne. Samtidig skulle de vekke interesse for bøkene og for norsk litteratur gjennom lesing og salg, og dermed fremme forfatternes inntjeningsmuligheter. Flertallet mente at premieringsordningen for bøkene var en økonomisk fordel som var vunnet på en "...for også forfatterne selv påregnelig eller adekvat måte ved deres litterære arbeid...".⁴³ Retten kom derfor til at prisene var skattbar inntekt etter landsskatteloven § 42.

Høyesterett synes således å utlede en påregnelighetsvurdering fra tilknytningskravet og naturlighetskravet, der kravet til påregnelighet må anses for å være relativt beskjedent. Dette trekker i retning av at inntektsbegrepets ytre grense må trekkes vidt. En slik forståelse av påregnelighetskravet har også Kvamme, men uttaler at "...årsakssammenheng og nærhet er sentralt ved vurdering av skatteplikt...".⁴⁴

Mindretallet kom til motsatt avgjørelse i tråd med byretten og lagmannsretten. De var av den oppfatning at karakteren av påskjønnelse eller ærespris fremtrådte som det dominerende moment, mens hensynet til den enkelte prisvinnerens økonomi spilte en underordnet rolle. Det var heller ikke påregnelig å motta en av prisene, ettersom sannsynligheten for at den enkelte forfatter ble tildelt en av prisene på forhånd måtte fremstille seg "...som meget beskjeden...".⁴⁵ Mindretallet kom derfor til at sammenhengen mellom den enkelte forfatters arbeid og tildelingen av prisen ikke var "...så nær at det er naturlig å se prisen som "vunnet" ved arbeidet..." etter landsskattelovens § 42 (1).

⁴¹ Flertallet bruker betegnelsen landsskatteloven, mens mindretallet bruker betegnelsen skatteloven. For enkelhetsskyld vil kun betegnelsen landsskatteloven bli benyttet i avhandlingen

⁴² Se s.977 i dommen

⁴³ Se s.978 i dommen

⁴⁴ Skatterett 2005 nr. 4 s.305 på s.307-308

⁴⁵ Se s.981 i dommen

Mindretallet synes her å legge til grunn et strengere krav til påregnelighet enn flertallet, og dermed også et mindre vidtrekkende inntektsbegrep.

I motsetning til mindretallet fant flertallet at prisene var skattbar inntekt etter landsskatteloven § 42, og vurderte derfor om det forelå hjemmel for fritak for beskatning. På bakgrunn av formålet med prisene kom flertallet til at prisutdelingene ikke kunne betegnes som gaver. Fritaksbestemmelsen i landsskatteloven § 42 (4) kom heller ikke til anvendelse, ettersom den kun gjaldt vitenskapelige hedersgaver eller belønninger. I den forbindelse ble det vist til forarbeidenes uttalelser om at ærespriser som Nobels freds- og litteraturpris og hedersgaver til kunstnere ved en enkelt anledning ikke skulle regnes som skattepliktig inntekt.⁴⁶ Retten mente imidlertid at disse internasjonale prisene hang så høyt at de lå på et annet plan enn Kulturrådets priser. Prisene forarbeidene viste til, kunne etter rettens mening ikke være påregnelige fordeler på samme måte som Kulturrådets priser.

At prisene betegnet en heders- eller æresbevisning mente flertallet ikke var tilstrekkelig til å falle utenfor arbeidsinntektsbegrepet, og begrunnet dette med mangel av hjemmel i lovtekst og fast likningspraksis. Det var heller ikke avgjørende at prisene var belønning som hadde oppstått ubedt og usøkt, ettersom slike utdelinger tidligere hadde blitt skattlagt i praksis.

Mindretallet mente derimot at det fantes en forvaltningspraksis som talte mot skatteplikt, og begrunnet dette i at beskatning bevisst og konsekvent var unnlatt for Nobelprisen, Venezia prisen og Nordisk Råds litteraturpris.

3.1.5 Havrevold (Rt. 1979 s. 481)

Saken gjaldt inntektsbeskatning av hørespillpris fra organisasjonen Prix Italia pålydende 15.000 sveitserfrancs. Finn Havrevold mottok i 1970 en hørespillpris fra Prix Italia for hørespillet "En benk i parken". Organisasjonen bestod av om lag 30 kringkastingsinstitusjoner, deriblant NRK. Det var NRK som valgte Havrevolds hørespill som sitt bidrag til konkurransen. I den forbindelse måtte Havrevold samtykke i at verket ble kringkastet av de deltakende kringkastingsinstitusjoner. En samstemt Høyesterett fant at det var en slik sammenheng mellom hans virksomhet som forfatter og prisutdelingen, at prisen måtte anses som skattepliktig inntekt etter byskattelov § 36 (1) nå sktl. § 5-1 (1).

Som utgangspunkt fant retten at prisen representerte en økonomisk fordel for Havrevold, og at han hadde oppnådd prisen gjennom sin virksomhet som forfatter av hørespill. Det avgjørende for om fordelene kunne inntektsbeskattes etter byskatteloven § 36 (1), var etter rettens mening om sammenhengen mellom forfattervirksomheten og prisen var så "...fjernet at prisen likevel ikke kan anses som "vunnet" ved virksomhetene...".⁴⁷

Høyesterett angir her en annen problemstilling enn i Hagerup og Vesaas. Det er imidlertid ikke sikkert at Høyesterett med dette mente å endre innholdet i vurderingstemaet. En slik tolkning støttes av at førstvoterende i saken viste tilbake til vurderingstemaet i Rt. 1974 s. 976 (Vesaas dommen)⁴⁸ og kravet om nærhet og naturlighet.⁴⁹ Uttalelsen han viste til var nettopp problemstillingen som først ble formulert i Hagerup.⁵⁰

⁴⁶ Jf. ot.prp.nr. 28 (1995-1996)

⁴⁷ Se dommen s.483

⁴⁸ Heretter kun kalt Vesaas

⁴⁹ Det aktuelle vurderingstema ble først angitt i Rt. 1958 s. 583 (Hagerup).Hva som nærmere ligger i nærhets- og naturlighetskravet vil bli drøftet i kapittel 4

⁵⁰ Se s.483 i dommen

Retten fant flere likhetstrekk med Vesaas, herunder at prisen ble tildelt et bestemt litterært verk som forfatteren allerede hadde utnyttet økonomisk, og at det ikke dreiet seg om en skattefri hedersbevisning.

I likhet med Vesaas ble også formålet med prisutdelingen vektlagt i vurderingen. Retten anså at formålet måtte være å øke interessen blant publikum og forfattere til å skape verk spesielt egnet for kringkasting. I den forbindelse ble det også trukket frem at det var naturlig å anse NRK sin tilslutning til organisasjonen, som et middel for å øke forfatteres interesse til å skrive for radio.

Retten vektla også at Havrevold selv hadde ytet en nødvendig medvirkning for deltakelse i konkurransen ved å sende inn hørespillet til NRK, og underskrive den erklæring som krevdes for å delta.

Til tross for sterk konkurranse og høyt nivå, fant retten at det ikke "...kan karakteriseres som upåregnelig at en norsk hørespillforfatter vinner prisen...".⁵¹ I den forbindelse trakk retten fram at ettersom NRK regelmessig deltok i konkurransene, måtte dette ses som et uttrykk for at de regnet med at norske hørespill kunne komme i betraktning. Her viser retten tilbake til påregnelighetskravet fra Vesaas.⁵²

3.1.6 Oppsummering

Alle forfatterdommene har gitt anvisning på en klassisk nærhetsvurdering, der også naturlighetskravet kommer inn. Høyesterett var imidlertid sparsomme med å klarere det nærmere innholdet i en slik naturlighets- og nærhetsvurdering. Det må imidlertid anses for å være klart at Høyesterett stiller et krav til påregnelighet ved fastsettelsen av inntektsbegrepets ytre grense, selv om dette kravet synes å være beskjedent. Det må også være på det rene at påregnelighetsvurderingen inngikk i en nærhets- og naturlighetsvurdering der tilknytningen mellom prisen og arbeidet var sentralt. Hva som er det nærmere innholdet i en slik nærhets- og naturlighetsvurdering, vil bli nærmere belyst ved gjennomgåelsen av rettspraksis vedrørende forskjellige former for incentivordninger og earn out.

3.2 Aksjegevinst av aksjer ervervet i arbeidsforhold

3.2.1 Generelt om problemstillingen

Erverv av aksjer i arbeidsforhold innebærer at en ansatt eller en person med lignende tilknytning til bedriften, ved særlige betingelser får mulighet til å kjøpe seg inn på eiersiden i selskapet. Dette kan gjennomføres slik at den ansatte får erverve aksjene til en lavere pris enn den markedsmessige, eller at det avtales særlige betingelser for salgspris og avhendelsestidspunkt. Den ansatte har dermed en lavere risiko for tap og er i en gunstigere stilling enn de andre aksjonærene.

For arbeidsgiver vil dette være en god måte å knytte til seg kvalifiserte personer i firmaets oppstartsfase på, uten å utsette virksomheten for høye lønnskostnader.

I tilfeller der den ansatte får tilbud om å kjøpe aksjer til underpris, vil underprisen tilsvare omsetningsverdi fradratt tilbudt pris. Differansen vil i skatterettslig forstand være en økonomisk fordel, og representere en incentivordning for den ansatte. Han får delta i virksomhetens økonomiske fremgang, uten å inneha den samme økonomiske risiko for tap på aksjene som de øvrige aksjonærer har.⁵³

⁵¹ Se s.484 i dommen

⁵² Jf. Rt. 1974 s.976

⁵³ Zimmer, Fredrik (2006): s.565

Spørsmålet blir hvordan en slik fordel skal beskattes.

Hovedregelen i norsk rett er at enhver fordel "...vunnet ved arbeid..." skal anses som skattepliktig arbeidsinntekt jf. sktl. §§ 5-1 (1) og 5-10. Ordlyden viser til et tilknytningskrav mellom fordelten og arbeidet. Det er klart at erverv av aksjer til underpris i arbeidsgiverselskapet er en slik skattepliktig fordel, ettersom fordelten er ervervet på bakgrunn av stillingen som ansatt. Det er imidlertid ikke et krav at fordelten kommer fra arbeidsgiver. Det avgjørende er hvorvidt en person i kraft av et arbeidsforhold, mottar en fordel han ellers ikke ville mottatt.⁵⁴

Ettersom underprisen av aksjene er en fordel ervervet i arbeidsgiverselskapet, vil dette være en skattepliktig fordel etter sktl. § 5-14 (1). Særbestemmelsen angir at slike fordelter skal beskattes etter arbeidsregelen i sktl. § 5-1 (1). Underprisen vil således både beskattes som alminnelig inntekt og personinntekt jf. sktl. §§ 5-1 (1) og 12-2. Hvordan fordelten skal verdsettes, fremgår av sktl. § 5-14.

Særlig gunstige betingelser rundt en senere verdiøkning og avhendelse av aksjene, kan forde spørsmålet om det foreligger en skatterettslig fordel som er knyttet til arbeidsforholdet på en slik måte at det anses som arbeidsinntekt jf. sktl. § 5-1 (1). Spørsmålet blir derfor hvordan en eventuell påfølgende verdistigning på aksjene skal behandles skatterettslig.

Den klare hovedregel er at en aksjegevinst skal beskattes som kapitalinntekt jf. sktl. § 10-31 (1) jf. §§ 5-20, 5-30 og kapittel 9. Den fordel underprisen representerer blir dermed ansett for å være arbeidsinntekt, mens en påfølgende verdistigning av aksjene og gevinst ved realisasjon anses for å være kapitalinntekt. Begrunnelsen for dette har vært at den ansatte ved ervervet av aksjene har foretatt en investering med risiko på linje med de andre aksjonærene.⁵⁵ En eventuell avkastning vil dermed være et resultat av investeringen, og ikke den ansattes arbeidsforhold.

Problemstillingen i avhandlingen går imidlertid ut på om det finnes grensetilfeller hvor en investering har så sterke bånd til arbeidsforholdet, at en aksjegevinst kan omklassifiseres til arbeidsinntekt. Spørsmålet blir derfor om det finnes hjemmelsgrunnlag for en slik betraktning.

Allerede på 1920-tallet ble det avsagt dom i en sak vedrørende spørsmålet om gevinst ved salg av aksjer kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt. Saken har gått under tilnavnet Nordborg dommen (Rt. 1922 s. 523).

I senere tid har Høyesterett i to viktige saker vurdert om det i særtilfeller er anledning til å foreta en slik omklassifisering. Første gang var i Kruse Smith (Rt. 2000 s. 758) og andre gang var i Pre Finans (Rt. 2000 s. 1739). Høyesterett angir i begge dommene viktige retningslinjer for grensedragningen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt. Nedenfor blir det gitt en mer inngående presentasjon av dommene.

3.2.2 Nordborg (Rt. 1922 s. 523)

Saken gjaldt et tilfelle der en skipsfører tegnet aksjer i et skipsaksjeselskap for å få stilling som skipsfører på skipet. I september 1915 kjøpte han 25 aksjer pålydende kr 1000. I februar året etter solgte han 5 av aksjene, og i juni samme år solgte han de resterende 20 aksjene. Etter salget satt han igjen med en gevinst på kr 56.250 som ble lignet som arbeidsinntekt. Spørsmålet i saken var om gevinsten var skattefri etter dagjeldende gevinstbeskatningslov, eller om den kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt. Høyesterett opphevet ligningen under dissens, og viste til at selv om aksjeervervet var nødvendig for å få stillingen som skipsfører var ikke dette tilstrekkelig til å anse aksjegevinsten som arbeidsinntekt. Høyesterett tiltrådte flertallet i byretten, som uttalte at selv om skipsføreren var påkrevd å kjøpe aksjene for å få stillingen, var det ikke "...opstaat nogen erhvervsvirksomhet, utøvet

⁵⁴ Jf. Zimmer, Fredrik (2006): s.567

⁵⁵ Jf. Zimmer, Fredrik (2006): s.567

av citanten, utenom den vanlige skibsførers virksomhet, i det det er ganske likegyldig... hvilken betingelse selskapsstifterne maatte ha fundet at foreskrive for at overlate førerstillingen til citanten...".⁵⁶

Høyesterett synes i denne dommen å antyde at tilknytningen til arbeidsforholdet er uten relevans, og at adgangen til å omklassifisere en aksjegevinst til arbeidsinntekt var meget snever om ikke utelukket.

Avgjørelsen har senere vært gjenstand for kritikk fra teori og praksis. Aarbakke mente at "...et slikt synspunkt kan neppe være holdbart generelt...".⁵⁷ Han mente det kunne være adgang til å foreta beskatning av kapitalgevinster på bakgrunn av arbeidsregelen i spesielle situasjoner, og nevnte i den forbindelse to tenkte situasjoner. Den ene situasjonen gjaldt tilfeller hvor aksjeervertet var en forutsetning for å få arbeidet, og den andre der aksjeervertet var en forutsetning for å opprettholde arbeidsforholdet.⁵⁸

Teoretiske uttalelser har i utgangspunktet ikke tilstrekkelig rettskildemessig vekt til å fravike Høyesterett sitt standpunkt i dommen, men Aarbakke sine uttalelser har senere også fått støtte fra Høyesterett i blant annet Kruse Smith. Førstvoterende uttalte i denne saken at Aarbakkes synspunkter synes "...å ha gode grunner for seg...".⁵⁹ Det er således liten grunn til å anta at uttalelsene fra Nordborg dommen er retningsgivende for dagens vurdering.

3.2.3 Kruse Smith (Rt. 2000 s. 758)

Kruse Smith⁶⁰ omhandlet spørsmålet om aksjegevinst fra aksjer som arbeidstaker hadde ervertet i arbeidsgiverselskapet, kunne beskattes som fordel vunnet ved arbeid etter daværende skattelov av 1911 § 42 (1),⁶¹ eller om aksjegevinsten var skattefri.

Etter vedtak av Stavanger ligningskontor og overligningsnemda om at aksjegevinstene skulle bli beskattet etter reglene for opsjon i arbeidsforhold, ble saken reist for Byretten. Byretten kom frem til at aksjetegningen i 1987 var reell, og at det derfor ikke var hjemmel for å beskatte aksjegevinsten etter opsjonsreglene.

Saken ble anket til Lagmannsretten av staten, som kom til det resultat at aksjetegningen ikke kunne anses som opsjon i arbeidsforhold. Imidlertid kom de til den beslutning at gevinsten kunne beskattes etter sktl. § 42 (1) som fordel vunnet ved arbeid.

Høyesterettsdommen hadde dissens på 3-2. Ettersom dommen ikke ble enstemmig avsagt, blir også mindretallets argumentasjon trukket frem i denne presentasjonen.

Aksjegevinsten ble realisert i 1991 ved innløsning, og ble derfor behandlet på grunnlag av skatteloven av 1911 § 42 (1) og ikke etter nåværende lov av 1999.

Både flertallet og mindretallet var enige i at utgangspunktet for aksjegevinster var at de ikke faller innunder arbeidsregelen. Dette ble begrunnet med at underprisen til aksjene var knyttet til arbeidsforholdet, mens en eventuell verdistigning av selskapet var knyttet til eiendomsretten til aksjene. Det rettslige grunnlaget for en eventuell omklassifisering måtte derfor bygge på en utvidelse av arbeidsregelen.

⁵⁶ Se s.525 i dommen

⁵⁷ Jf. Rt.2000 s.758 på s.766

⁵⁸ Aarbakke, Magnus (1990) s. 34 flg.

⁵⁹ Jf. Rt. 2000 s.758 på s.766

⁶⁰ Har også gått under tilnavnet Egelandsdal-dommen, men vil bli omtalt som Kruse Smith heretter

⁶¹ Nå sktl. § 5-1(1),

Flertallet stilte spørsmål om det unntaksvis fantes hjemmel for å fravike utgangspunktet om at aksjegevinster ikke kunne beskattes etter arbeidsregelen. Mindretallet valgte derimot å vurdere i hvilke tilfeller en aksjegevinst kunne sies å være vunnet ved arbeid.

Førstvoterende fant at det ikke kunne foretas beskatning av aksjegevinsten som arbeidsinntekt, ettersom det skulle gjøres fradrag for underprisen ved innløsning. Partene fikk derfor ikke noen andel av den verdien som på kjøpstidspunktet allerede var skapt i selskapet. For det innbetalte beløp på kr. 10 mente flertallet at de ansatte utsatte seg for samme risiko som aksjonærer flest.

Faktum i saken var at entreprenørbedriften Kruse Smith Stavanger AS⁶² tilbød 13 nøkkelpersoner av 190 ansatte i selskapet, til å ta del i selskapets videre verdistigning. De ansatte fikk tilbud om å være med på en utvidelse av aksjekapitalen fra kr 900.000 til kr. 1000.000. Størrelsen på den enkeltes aksjepost var avhengig av ansettelsestiden.

De ansatte fikk tilbud om å erverve aksjer med en matematisk verdi etter nyttegningen på kr 143,02 per aksje for kr 10 stykket. I forbindelse med nyttegningen av aksjene i 1987, ble det mellom arbeidsgiverselskapet og de ansatte inngått en aksjonæravtale. For nøkkelpersonene innebar avtalen at de måtte fraskrive seg retten til å benytte seg av løsningsrett uten at KSS samtykket, og en plikt til å selge aksjene dersom de avsluttet sitt arbeidsforhold. For KSS innebar avtalen en plikt til å kjøpe aksjene ved arbeidsforholdets slutt til en pris utregnet etter avtalt fremgangsmåte.

Høsten 1991 ble det inngått ny avtale mellom KSS og nøkkelpersonene om salg av aksjene. Fram til dette tidspunktet hadde de ansatte utøvd aksjonærrettigheter i selskapet på linje med de øvrige aksjonærene. Aksjeinnløsningen fant sted uten at noen av de ansatte sluttet i selskapet.

Problemstillingen for Høyesterett var om aksjegevinsten kunne omklassifiseres fra kapitalinntekt til arbeidsinntekt. Det vil gjøres rede for flertallets argumentasjon, og vises til mindretallet der de har hatt et annet synspunkt.

3.2.3.1 Hovedtrekkene i flertallets og mindretallets argumentasjon

Førstvoterende tok utgangspunkt i at kapitalutvidelsen i 1987 rettet mot 13 nøkkelpersoner var reell. Aksjegevinsten kunne derfor ikke beskattes på bakgrunn av reglene om opsjoner i arbeidsforhold. Spørsmålet han formulerte innledningsvis, var om skatteloven av 1911 § 42 (1) gav hjemmel for å beskatte kapitalgevinster ved innløsningen av aksjene i 1991.

Flertallet viste til at både forarbeider og rettspraksis hadde lagt til grunn at kapitalgevinster falt utenfor arbeidsalternativet i sktl. § 42 (1), og at en eventuell verdistigning derfor måtte løses etter reglene for aksjegevinster.⁶³ Den fordel som underkursen representerte, ville derimot bli beskattet som arbeidsinntekt. Han begrunnet dette med at fordelen ved underprisen var en følge av arbeidsforholdet, mens fordelen som lå i verdistigningen "...er ikke knyttet til arbeidsforholdet, men eiendomsretten til aksjen".⁶⁴

Høyesterett synes å angi at en verdistigning på aksjene som hovedregel ikke skal beskattes som arbeidsinntekt, med mindre det foreligger særlige bindinger til et arbeidsforhold. En mulighet kan være at Høyesterett anså verdistigningen for å være uavhengig av arbeidsforholdet, i motsetning til en underpris som gjerne er tilbudt på bakgrunn av den ansattes rolle i selskapet. En slik tolkning

⁶² Heretter kalt KSS

⁶³ Se Rt. 1922 s.523, ot.prp.nr.72(1983-1984) s.2, Innst.O.nr.73(1983-1984) s.1 og Ot.prp.nr.86(1997-1998)s.47

⁶⁴ Se s.766 i dommen

støttes også av Krohnstad, som mener Høyesterett kom frem til løsningen fordi en annen "...ville fremstå som unaturlig".⁶⁵

Førstvoterende viste deretter til at også etter nåværende skattelov av 1999 § 5-1 (1) og (2) er kapitalgevinster forutsatt å falle utenfor arbeidsinntektsregelen. Flertallet stilte deretter spørsmål om det fantes hjemmel for å fravike denne hovedregelen. I den forbindelse trakk han fram at Aarbakke hadde villet gjøre unntak fra hovedregelen i enkelte særlige situasjoner. Dersom det ikke forelå slike særlige situasjoner, så Aarbakke det slik at ervervet var en selvstendig kapitalplassering utenfor arbeidsforholdet og derfor måtte bedømmes etter reglene for kapitalgevinster.⁶⁶

Førstvoterende uttalte at Aarbakke sine synspunkter syntes å ha gode grunner for seg, men la til at de situasjoner Aarbakke nevnte ikke gjorde seg gjeldende i dette tilfellet.

Flertallet uttalte etter dette at spørsmålet ble "...om det på annet grunnlag kan gjøres unntak fra regelen om at arbeidsalternativet i skatteloven § 42 første ledd ikke omfatter kapitalgevinster".⁶⁷

I motsetning til i forfatterdommene synes ikke flertallet å ta eksplisitt utgangspunkt i en nærhets- eller tilknytningsvurdering. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Høyesterett ikke ønsket å trekke inn en nærhetsvurdering i argumentasjonen.

Mindretallet formulerte imidlertid problemstillingen på en litt annen måte. Andrevoterende mente spørsmålet var "...under hvilke betingelser en aksjegevinst kan sies å være vunnet ved arbeid, slik at gevinsten blir skattepliktig som lønnsinntekt".⁶⁸ Etter å ha konkludert med at det var lite støtte å finne i forarbeidene og lovteksten til hjelp ved avgrensningen, trakk andrevoterende inn Nordborg⁶⁹ og uttalte at "Den sammenhengen som her forelå mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet var ikke tilstrekkelig". Som en forlengelse av dette uttalte mindretallet at "Av dette kan sluttes at tilknytningen må være av en nærmere kvalifisert art".⁷⁰ Som eksempler på situasjoner av tilstrekkelig kvalifisert art, viste mindretallet til Aarbakkes uttalelser om spesielle unntakssituasjoner i tilknytning til Nordborg dommen.⁷¹

I motsetning til førstvoterende synes andrevoterende å ta utgangspunkt i et tilknytnings- eller nærhetskrav som må oppfylle visse kriterier. Mindretallet synes derfor å angi tilknytningskravet som et minstevilkår, og at det kreves en mer kvalifisert tilknytning for at aksjegevinsten skal falle innunder arbeidsinntektsregelen.

Mindretallet mente spørsmålet om "...tilknytningen er tilstrekkelig kvalifisert" måtte løses ut fra hvorledes forholdet "...naturlig bør bedømmes, som godtgjørelse for arbeid eller som gevinst ved selvstendig kapitalplassering i aksjer".⁷²

I motsetning til flertallet tar mindretallet eksplisitt utgangspunkt i et krav til nærhet eller tilknytning, og synes å angi at det avgjørende for tilknytningskravet er hvorvidt de nærmere forhold medfører at det er naturlig å bedømme fordelene som vunnet ved arbeid. Dersom naturlighetskravet angir det påkrevde resultatet av vurderingen, innebærer dette at selv om det foreligger en tilknytning mellom inntekten og arbeidsforholdet, må også tilknytningen gjøre det naturlig å beskatte inntekten som arbeidsinntekt.

⁶⁵ Jf. Skatterett 2006 nr.1 s.67 på side 75

⁶⁶ Aarbakke, Magnus (1990):s. 34-35

⁶⁷ Se s.766 i dommen

⁶⁸ Se s.770 i dommen

⁶⁹ Jf. Rt. 1922 s.523

⁷⁰ Se s.770 i dommen

⁷¹ Aarbakke, Magnus (1990): s.34-35

⁷² Se s.770 i dommen

En slik tilnærming til problemstillingen står i klar kontrast til flertallet, som mente at dersom aksjegevinster skulle beskattes som arbeidsinntekter måtte dette anses som et unntak fra hovedregelen. Deretter synes flertallet å foreta en videre drøftelse ut fra om de nærmere forhold avvek fra det markedsmessige, uten å trekke inn en nærhetsvurdering.

Spørsmålet om hvordan forholdet naturlig burde bedømmes mente mindretallet samtidig var et spørsmål om "...vilkårene for erverv, besittelse eller salg av aksjene inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon".⁷³

Her synes mindretallet å gi uttrykk for at naturlighetsvurderingen også er en vurdering av om de nærmere omstendigheter avviker fra det markedsmessige.

I denne avviksvurderingen ville det etter mindretallets syn være sentralt om de "...økonomiske vilkår i vesentlig grad begunstiger arbeidstakeren i forhold til en slik posisjon med hensyn til betaling for aksjene og mulighet for gevinst og forlis ved senere salg".

Sett i lys av at mindretallet krever at vilkårene må begunstige arbeidstakeren i vesentlig grad, er det ikke tilstrekkelig med små avvik fra det markedsmessige i en aksjonærposisjon.

Staten gav fire begrunnelser for at gevinsten skulle beskattes etter arbeidsregelen i skatteloven § 42 (1). Anførselene gikk henholdsvis på risikoen ved aksjeervervet, de nærmere regler for avhendelsesplikt og forkjøpsrett, underprisen og plikten for de ansatte til å selge aksjene dersom de sluttet i selskapet. Hver enkelt anførsel fra staten vil bli fortløpende gjennomgått.

Staten anførte for det første at aksjeervervet ikke var forbundet med den risiko som aksjeerverv normalt var forbundet med.

Førstvoterende mente aksjonæravtalen innebar at de ankende parter utsatte seg for risiko tilsvarende det de betalte for aksjene, og at de derfor "...utsatte... seg for den samme risiko som for aksjonærer flest".⁷⁴ Dette ble begrunnet med at en nedgang i aksjekursen på kr. 10 eller mer ville ha ført til at aksjonærene tapte innskuddet for aksjene. Førstvoterende uttalte videre at "...i forhold til adgangen til å delta i fremtidig verdiutvikling i selskapet, kan jeg ikke se at de ankende parter utsatte seg for noen mindre risiko enn det som gjelder for aksjonærer flest".⁷⁵

Flertallet synes her å argumentere for at skattyterne hadde en tilsvarende tapsrisiko som de andre aksjonærene ettersom de kunne tape innskuddet sitt. De synes imidlertid å ta lite hensyn til at innskuddet i første omgang var mye lavere enn for de resterende aksjonærene, mens gevinsten var ubegrenset. Zimmer har kritisert flertallets risikovurdering. Selv om tapsrisikoen var til stede mente Zimmer at denne var vesentlig lavere enn for de andre aksjonærene, uten at dette gav begrensninger ved en gevinstberegning.⁷⁶

De ankende parter fikk imidlertid ikke støtte for at avtalen la opp til at partene kunne tape mer enn innskuddet på kr. 10 dersom aksjene skulle falle i verdi. Dette ble begrunnet i at aksjonæravtalen viste til at det ved innløsning av aksjene skulle gjøres fradrag for den matematiske verdien av aksjene på ervervstidspunktet. Flertallet mente at ettersom de ankende parter ikke fikk ta del i verdiskapningen før ervervet, kunne de heller ikke pålegges å dekke det tap de tidligere aksjonærene ble påført dersom verdiene senere gikk tapt.

Når det gjaldt tapsrisikoen var mindretallet enig med flertallet i at forutsetningen for fradraget av underprisen, var at arbeidstakerne skulle ta del i en fremtidig verdistigning på aksjene. Det var også

⁷³ Se s.770 i dommen

⁷⁴ Se s.767 i dommen

⁷⁵ Se s.767 i dommen

⁷⁶ Jf. Skatterett 2001 nr. 03 på s. 280

enighet om at risikoen tilsvarte ervervssummen. Mindretallet mente derfor at avtalen medførte at arbeidstakerne i det alt vesentlige "...var stilt gevinst i utsikt, mens tapsrisikoen var begrenset til en utbetydelig del av aksjenes verdi på ervervstidspunktet".⁷⁷ I lys av dette mente mindretallet at aksjeervert manglet vesentlige elementer som karakteriserte en normal aksjonærposisjon. Andrevoterende mente derfor avtalens økonomiske realitet var å gi arbeidstakerne et sluttvederlag i form av aksjegevinst.

Her synes mindretallet å legge avgjørende vekt på misforholdet mellom tapsrisikoen og den mulige gevinsten, og at dette avviket var så vesentlig at aksjegevinsten måtte anses å være innvunnet i arbeidsforholdet.

Selv om førstvoterende anså skattyterne for å sitte med en tapsrisiko, mente han imidlertid at de ankende parter fikk en form for vederlagsfri kreditt ved at de i perioden mellom 1987 og 1991 fikk adgang til å "...utøve aksjonærrettigheter over aksjer som var mer verdt enn det de hadde betalt for aksjene".⁷⁸ Denne form for kreditt anså flertallet for å være en fordel vunnet ved arbeid, men fant at det ikke kunne avsies dom om beskatning ettersom ligningsmyndigheten ikke hadde beskattet fordelene.

Mindretallet var enig i at differansen mellom aksjenes matematiske verdi på ervervstidspunktet og kjøpesummen var en form for rentefri kreditt, og uttalte at den rentefrie kreditten kunne ses på som et "...lån, som først forfalt ved arbeidsforholdets avslutning".⁷⁹

Mindretallet synes her å gi uttrykk for at en slik kreditt avviker fra det normale ved et aksjeervert, og at dette trekker i retning av at aksjegevinsten hadde en tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet slik at det kunne falle innunder arbeidsinntektsregelen.

Flertallet fant at statens anførsel om at kun tidligere aksjonærer hadde forkjøpsrett ved avhendelse av aksjer og ikke de ankende parter, var uten relevans for spørsmålet om omklassifisering.

For det tredje anførte staten at det måtte legges vekt på at de ankende parter ervert aksjene til betydelig underpris, og at de ved avslutning av arbeidsforholdet hadde krav på å få utbetalt en eventuell verdiøkning selskapet hadde gjennomgått siden ervert av aksjene.

Førstvoterende innrømmet at aksjene ved kapitalutvidelsen ble ervert til underpris, men fant at dette ikke kunne vektlegges i vurderingen. Bakgrunnen var at aksjonæravtalen gav anvisning på at verdien av underkursen først skulle fradras ved innløsningen av aksjene. Flertallet uttalte derfor at verdien av underkursen aldri hadde "...blitt realisert, og at denne kan derfor ikke være gjenstand for beskatning".⁸⁰

Imidlertid fant flertallet at de ankendes rett til å få innløst sine aksjer på grunnlag av det de hadde betalt for dem med tillegg av verdiøkningen, stilte dem i en gunstigere stilling enn de øvrige aksjonærene. Dette ble imidlertid motvirket av at de ansatte hadde plikt til å selge aksjene ved arbeidsforholdets opphør. Flertallet kom derfor til at verdiøkningen ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet.

Sett i lys av denne uttalelsen kan det synes som om flertallet mente at ulempene for skattyterne ble oppveid av de gunstige virkningene. Derfor var det totalt sett ikke et vesentlig avvik fra det markedsmessige som kunne tilsi en tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet.

⁷⁷Se s.771 i dommen

⁷⁸Se s.767 i dommen

⁷⁹Se s.771 i dommen

⁸⁰Se s.768 i dommen

For det fjerde anførte staten at det måtte legges vekt på at de ankende parter bare hadde rett til å være aksjonær i KSS så lenge de var ansatt i selskapet.

Flertallet mente dette "...ikke [var] uvanlig. Etter min oppfatning kan dette ikke være tilstrekkelig grunn til å beskatte aksjegevinst på grunnlag av arbeidsalternativet i skatteloven § 42 første ledd".⁸¹

Flertallets uttalelse kan tas til inntekt for at det kreves en kvalifisert tilknytning mellom fordelten og arbeidsforholdet, og at det ikke er nok at aksjene stammer fra arbeidsgiver. En annen sak er at førstvoterende synes å gi indirekte uttrykk for at det ikke er naturlig å beskatte inntekten som arbeidsinntekt, ettersom det vanlige er å være aksjonær i selskapet så lenge man er ansatt. Krohnstad anser Høyesterett sine uttalelser som en indikasjon på at det ikke var tilstrekkelig at gevinsten hadde sin direkte foranledning i ansettelsesforholdet, og at det derfor var mest naturlig å anse gevinsten som kapitalgevinst.⁸²

Som en forlengelse av dette uttalte førstvoterende at selv om en arbeidstaker bare hadde rett til å være aksjonær så lenge han var ansatt i selskapet, ville verdiutviklingen på aksjen ikke være knyttet til arbeidsforholdet, men til den økonomiske utviklingen i selskapet.

Høyesterett synes her å gi uttrykk for et skille mellom aksjenes selvstendig liv som finansobjekter og de ankende parter som arbeidstakere.

Flertallet konkluderte etter dette med at aksjegevinsten ikke kunne beskattes etter arbeidsinntektsregelen i skatteloven § 42.

Mindretallet kom til motsatt resultat, og gav uttrykk for at den ubetydelige risikoen gjorde at aksjeervert manglet vesentlige elementer som karakteriserte en normal aksjonærposisjon. En side ved dette var at aksjene i realiteten ikke var omsettelige før arbeidsforholdet opphørte, eller KSK aksepterte å kjøpe dem. Mindretallet fant derfor det "...naturlig å se gevinsten som fordel vunnet ved arbeid".⁸³

Her synes mindretallet å angi naturlighetskravet som et resultat av en nærhets- eller tilknytningsvurdering.

3.2.4 Pre Finans (Rt. 2000 s. 1739)⁸⁴

Saksforholdet i saken var at partnere i et finansselskap på spesielle vilkår hadde fått anledning til å kjøpe totalt 37,5% av aksjene i selskapet. Spørsmålet for Høyesterett var om fordeler knyttet til arbeidstakers erverv og senere salg av aksjer i arbeidsgivers selskap kunne inntektsbeskattes som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven av 1911 § 42 (1) jf. (14).⁸⁵ En enstemmig Høyesterett kom til at aksjegevinsten skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid.

Som et utgangspunkt uttalte Høyesterett at kapitalgevinster ikke falt innunder fordelsbegrepet i skatteloven av 1911 § 42, selv om det var en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet.⁸⁶ Førstvoterende viste imidlertid til at særfordeler i arbeidsforholdet i form av friaksjer eller aksjer til underpris ville være en fordel som skulle beskattes etter arbeidsregelen.⁸⁷ Om det i saken forelå en

⁸¹Se s.768 i dommen

⁸²Jf. Skatterett 2006 nr. 01 s. 67 på s. 71

⁸³Se s.771 i dommen

⁸⁴Heretter kalt Pre Finans

⁸⁵Jf. Rt. 2000 s.1739(Pre Finans) på s.1739

⁸⁶Retten uttaler seg om dette på s.1748 i dommen

⁸⁷Jf. Ot.prp.nr.72 (1983-1984) og på s.1748 i dommen

skattepliktig fordel som i sin helhet måtte anses for å være arbeidsinntekt etter § 42, var etter førstvoterendes mening avhengig av en nærmere vurdering av avtaleforholdene.⁸⁸

Oslo likningskontor fattet vedtak om at gevinsten skulle legges til pensjonsgivende inntekt for inntektsåret 1990. Arne Mo tok ut stevning mot staten, men Oslo byrett avsa dom for frifinnelse av staten ved Oslo ligningskontor i 1998.

Saken ble anket til Lagmannsretten, som i 1999 avsa dom for opphevelse av vedtaket fra Oslo likningsnemnd. Lagmannsretten fant at Mo var skjermet mot risiko inntil avtalen av 1989, og at risikoen etter dette var av teoretisk art. Fordelen måtte derfor anses som vunnet ved arbeid, og ble ansett for å være en form for salgsopsjon. Saken stod i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett.

Faktum i saken var at partnerne og ansatte i et nyopprettet megler- og forvaltningsforetak ved navn Pre Finans fikk anledning til å bli aksjonærer i selskapet. Det var Realkreditt⁸⁹ og Kommunal Landspensjonskasse⁹⁰ som opprettet selskapet, og som var hovedaksjonærer. Det ble inngått to aksjonæravtaler. En i 1987 og en i 1989 som avløste den første. De to avtalene blir presentert hver for seg.

I aksjonæravtalen fra 1987 mente Høyesterett at tre punkter var av særlig betydning. Dette gjaldt punkt 3 til 5 om finansieringen, rentebelastningen og salgsbetingelser og vederlag for aksjene til hovedaksjonærene. Disse punktene vil bli behandlet fortløpende.

Ifølge punkt 3 i aksjonæravtalen skulle partnernes aksjekjøp finansieres ved lån fra RK. Renten på lånet skulle settes til 10% p.a, og etter nærmere regler fordeles mellom RK og Capax A/S.⁹¹

Etter punkt 4 i aksjonæravtalen hadde partnerne rett til å øke lånebeløpet med inntil 10% hvert år. Ved avslutning av arbeidsforholdet var aksjonærene forpliktet til å selge aksjene til hovedaksjonærene etter nærmere regler i punkt 5.

Ifølge punkt 5 i avtalen hadde hovedaksjonærene både rett og plikt til å kjøpe de ansattes aksjer etter nærmere betingelser. For partnerne vill et salg av aksjene mellom 1987 og 1989 kun innebære at gjelden ble slettet. Ved realisasjon⁹² av aksjene mellom 1989 og 1992 ville et salg til hovedaksjonærene gjennomføres til mellom 1,25 X substans og 1,75 X substans. Substansverdien ble fastsatt etter Norske Finansanalytikerens Forenings normer. Ved salg innen 12 måneder på mer enn 16% av aksjekapitalen var det særlige regler for verdiberegningen.

Etter aksjonæravtalen kunne partnerne alltid slette den gjeld de hadde påtatt seg ved aksjeervert ved å overlevere aksjene til hovedaksjonærene. I begrepet gjeld lå også betalte renter og rentes renter.

Kort tid etter inngåelsen av aksjonæravtalen ble administrerende direktør i Pre Finans oppmerksom på at avtalen kunne utløse skattekrav mot partnerne, og gjorde administrerende direktør i RK, Geir-Ove Skogø oppmerksom på dette. Han gav også uttrykk for at lånebetingelsene i aksjonæravtalen måtte endres. Partnerne vedtok derfor å gi avkall på retten til å få slettet gjelden mot å innlevere sine aksjer. Det ble imidlertid ikke gjort noen formelle endringer i avtalen eller andre dokumenter som kunne bekrefte denne enigheten.

⁸⁸ Nedenfor vil det bli gjennomgått nærmere om hva førstvoterende synes å legge i dette

⁸⁹ Heretter kalt RK

⁹⁰ Heretter kalt KLP

⁹¹ Capax A/S er det tidligere navnet til Pre Finans

⁹² Med realisasjon menes her salg av aksjene

I 1989 ønsket RK å overta partnernes aksjer for å få aksjemajoriteten i selskapet. Det ble derfor nødvendig med en reforhandling av avtalen fra 1987. Dette resulterte i en ny aksjonæravtale som fastsatte at de ansatte kunne kreve at RK kjøpte deres aksjer til enhver tid etter avtalens inngåelse og inntil utløpet av 1990. RK hadde derimot rett til å kjøpe de ansattes aksjer ved utløpet av 1990 dersom de ikke hadde solgt aksjene tidligere.

I den nye aksjonæravtalen ble kjøpesummen beregnet ut fra tre perioder i 1990. For de to første periodene skulle det tas utgangspunkt i null som resultatestimert for 1990-1992, men for den andre perioden skulle det legges til grunn et revidert halvtårsresultat for 1990. Siste perioden skulle verdien av aksjene være forventet substans per 31.12.1992 tillagt goodwill på 0,75 av substans. Effekten av avtalen var at dersom det forelå et godt resultat for de forskjellige periodene, ville det gi best avkastning å selge i siste periode.

Høyesterett tok utgangspunkt i Arne Mo sine tegninger av aksjer ved behandlingen av saken. Arne Mo kjøpte i alt 1650 aksjer til kr. 1.000 pålydende. Ved aksjekjøpene benyttet han seg av lånefinansieringen i RK, og forhøyet lånebeløpet med den årlige rentebelastningen. Ved utløpet av desember 1990 innløste RK Mo sine aksjer. Samlet kjøpesum var kr 7.333.800, hvilket gav Arne Mo en gevinst på kr 5.794.800.

3.2.4.1 Hovedtrekkene i argumentasjonen til Høyesterett

Et av hovedspørsmålene i saken var om partnerne i Pre Finans hadde dekket inn all risiko knyttet til aksjekjøpene gjennom gjeldsslettingsklausulen i 1987 avtalen, eller om klausulen ble strøket ved partnernes beslutning i møte 1. juni 1987.

Ut fra administrerende direktør Fløtaker sine påtegninger på aksjonæravtalen, fant retten at partnerne ble enige om at gjeldsslettingsklausulen skulle strykes. Det var imidlertid usikkert om partene faktisk fjernet klausulen, ettersom det ikke fremgikk formelle endringer i noen av avtaledokumentene. Fløtakers kontakt med advokaten Ødegaard om formelle endringer syntes heller ikke å ha blitt fulgt opp senere.

Høyesterett mente at flere forhold trakk i retning av at endringsavtale ikke hadde blitt endelig inngått. Det var ikke avtalt hvordan verdien av aksjene skulle fastsettes de tre første årene. Partnerne hadde ikke regulert en eventuell tapssituasjon, til tross for at de gav avkall på en klausul verdt et betydelig beløp. Til motsetning inneholdt avtalen fra 89 en tilbakebetalingsplan. Rentevilkårene i tilbakebetalingsplanen bar også preg av å være et spesielt gjeldsforhold, og medførte at muligheten for tap etter 89 avtalen nærmest var av teoretisk art. Førstvoterende uttalte imidlertid at risikoen i 1987, bare uker etter opprettelsen "...må ha fremstått som meget reell..."⁹³. Avtaleforholdets kompleksitet og størrelsen på verdiene som var involvert, gjorde at retten mente det hadde formodningen mot seg at endringen ble gjennomført utelukkende ved den muntlige beslutningen på partermøtet.

Retten vurderte deretter om gevinsten ved selve aksjesalget kunne beskattes som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 42 nr. 1.

Førstvoterende vurderte først om skatteplikt for aksjegevinsten kunne hjemles i opsjonsreglene. Retten svarte benektende på dette ettersom opsjonsreglene kom i 1990, og derfor var forholdsvis nye instrumenter da aksjonæravtalene ble inngått. Vurderingen av om avtalene skulle anses som opsjonsavtaler eller avtaler knyttet til aksjeerhvervet, måtte etter førstvoterendes mening vurderes i en videre sammenheng. Han uttalte i den forbindelse at "...jo mer disse vilkårene avviker fra

⁹³ Se s.1747 i dommen

markedets vilkår, og jo mer verdien av de ansattes aksjer er styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere knyttes aksjene til ansettelsesforholdet".⁹⁴

Høyesterett synes her å trekke inn en avviksvurdering av det markedsmessige, der graden av avviket er sentral i vurderingen av tilknytningen til arbeidsforholdet. Uttalelsen kan også tas til inntekt for at aksjonæravtaler som angir betingelser utover det markedsmessige, kan forsterke tilknytningen til arbeidsforholdet.

Spørsmålet var etter dette om avtalene i 87 og 89 knyttet aksjenes verdi til partnersnes posisjon som ansatte på en slik måte, at aksjegevinsten kunne beskattes etter arbeidsregelen i skatteloven § 42 nr. 1.

Etter å ha slått fast at fordelsbegrepet var vidtfavnende, ble det vist til at fordelen måtte være "vunnet". Retten tolket dette som et alminnelig krav om at "...arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordelen..", og spesifiserte problemstillingen ved å vise til formuleringen i Hagerup.

Retten viser således an til den klassiske tilknytnings- og naturlighetsvurderingen som først ble formulert i Hagerup. Dette kan tas til inntekt for at retten følger mindretallets vurderingstema i Kruse Smith. Det er derfor ikke tilstrekkelig at det foreligger en tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet, tilknytningen må også være av tilstrekkelig kvalifisert art.

Med henvisning til Kruse Smith viste førstvoterende til at utgangspunktet var at kapitalgevinster falt utenfor fordelsbegrepet, selv om det var en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet. Det var derfor ikke tilstrekkelig å ha ordinært eierskap til aksjene, selv om ansettelse var en forutsetning for å erverve aksjene.⁹⁵ Imidlertid anså førstvoterende det som sikker rett at "...ytelser i arbeidsforholdet i form av friaksjer eller aksjer til underpris utgjør en fordel som skattlegges som arbeidsinntekt...". Han utledet av dette at "...særfordeler som arbeidstakeren får i forbindelse med aksjekjøp, er skattepliktige". Det samme gjaldt "...særfordeler ved salg av aksjer...".⁹⁶

Igjen gir førstvoterende uttrykk for at tilknytningskravet er et minstekrav, og at det derfor ikke vil være tilstrekkelig for inntektsbeskatning at eierforholdet eller aksjonærforholdet ligger innenfor det ordinære eller vanlige. Det må noe mer kvalifisert til. I denne sammenhengen vil kravet til kvalifisert tilknytning være oppfylt dersom aksjeervertet innebærer særfordeler, slik at det er mest naturlig å anvende arbeidsinntektsregelen. Et slikt syn støttes av Krohnstad, som tolker Høyesterett slik at det må foreligge særfordeler for skattyter for at det er mest naturlig å klassifisere inntekten som arbeidsinntekt. Han mener imidlertid at "...det ikke er tilstrekkelig å konstatere simple avvik fra en normal aksjonærposisjon, men...det må noe mer kvalifisert til".⁹⁷ Etter Krohnstads mening må en naturlighetsvurdering baseres på et ytre forhold, altså mot det antatt normale eller naturlige. Det er avvik fra dette som kan begrunne en omklassifisering.

Retten vurderte deretter om det i saken forelå "...en slik regulering av partnersnes anskaffelses- og avhendelsesvilkår for aksjene, at aksjegevinsten i sin helhet må anses som arbeidsinntekt etter § 42 første ledd..". Dette var avhengig av "...en nærmere vurdering av avtaleforholdene".⁹⁸

Høyesterett synes å gi anvisning på en helhetsvurdering av avtalene for å avdekke om det forelå slike særfordeler når det gjaldt reguleringen av anskaffelsen og avhendelsen av aksjene.

⁹⁴Se s.1747 i dommen

⁹⁵Jf. Rt. 1922 s.523

⁹⁶Se s. 1748 i dommen

⁹⁷Jf. Skatterett 2006 nr.1 s.67 på s.72

⁹⁸Se s.1748 i dommen

I den forbindelse trakk førstvoterende fram at avtalen formet et sikkerhetsnett mot tap, som gjorde at avtalen isolert sett kunne ses på som en opsjon. Avtalen innebar etter hans mening både sikkerhet mot tap og full lånefinansiering, slik at det ikke ble stilt noe krav om økonomisk egeninnsats fra partnerne. Som en konsekvens av dette uttalte førstvoterende at "Det er mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene for aksjene alene er tilstrekkelig til å frata aksjeinnehaver sin normale karakter..."⁹⁹.

Høyesterett gir uttrykk for at en avtale som reduserer eller fjerner den normale risiko for tap vil være et så markert avvik fra det ordinære og markedsmessige, at dette alene kan være tilstrekkelig til å omklassifisere aksjegevinsten til arbeidsinntekt. En mulighet er at retten anser risiko ved aksjeerverv og salg av aksjer for å være et typisk kjennetegn på et aksjonærforhold, og at mangel på risiko derfor vil gjøre at inntekten bærer mer preg av være en lønnsinntekt enn aksjegevinst. Det er også nærliggende å anse dette som en presisering av avvikskravet som først kom til uttrykk i Kruse Smith.

Deretter vurderte førstvoterende om reguleringen ved salget av aksjene avvek fra det markedsmessige. Det ble vist til at partnerne var forpliktet til å selge aksjene til hovedaksjonærene og at de måtte selge om de sluttet i stillingen. En annen sak var at salgsprisen allerede var fastlagt i 1987 avtalen som gikk over seks år. De tre første årene ble gjeld og renter slettet, mens de påfølgende tre årene gav stadig større avkastning. Høyesterett var av den oppfatning at formelen gjorde det fristende for partene å bli sittende med aksjene i hele perioden, og dermed være med på hele verdiopptrappingen. Førstvoterende uttalte i den forbindelse at "En tilsvarende utvikling av markedskursen er ikke umulig, men lite trolig og i allefall helt umulig å forutsi idet selskapet stiftes våren 1987".¹⁰⁰ Også konkurransereguleringsklausulen mente førstvoterende trakk i retning av at innløsningssummen ikke var ment å reflektere markedsverdien.

Høyesteretts uttalelser synes å bygge at også reguleringen av aksjesalget avvek fra det markedsmessige og ordinære i aksjemarkedet. Førstvoterendes uttalelser tyder på at han anså verdistigningen for å være uforholdsmessig høy i forhold til en sannsynlig kursutvikling på stiftelsestidspunktet, og at dette trakk i retning av at prissettingen var ment å gi partnerne en særfordel framfor de andre aksjonærene.

Etter dette anså førstvoterende at "...så vel betingelsene for erverv av aksjen som de fremtidige salgsbetingelsene..." beveget seg "...bort fra markedsmessig kjøp og salg av aksjen og i retning av en prising knyttet til ansettelsesforholdet".¹⁰¹

Høyesterett gir her klart uttrykk for at både betingelsene ved erverv av aksjene og salgsbetingelsene trekker i retning av at det foreligger avvik fra det markedsmessige i aksjemarkedet, og at det derfor kan foreligge en tilstrekkelig nær tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet.

Retten vurderte deretter om gjeldsslettingsklausulens bortfall i 1989, medførte at partnerne fikk en aksjeeiers normale risiko for kursutviklingen. Førstvoterende var uenig i dette, og uttalte at "...risikoen etter 1989-avtalen [fremstod] som nokså teoretisk".¹⁰² Han begrunnet dette med at partnerne når som helst kunne kreve aksjene sine innløst med 14 dagers oppsigelse, og at risikoen dermed kun var knyttet til denne perioden. I tillegg gjorde partnernes sentrale plassering i selskapet at de til enhver tid hadde oversikt over utviklingen i selskapet, og at risikoen dermed ble marginal.

Høyesterett sier med dette at tapsrisikoen avvek fra det ordinære for aksjonærer i aksjemarkedet, slik at også avtalen fra 1989 medførte at fordelen hadde nær tilknytning til arbeidsforholdet. I motsetning til Kruse Smith synes tapsrisikoen å komme litt i bakgrunn av nærhetsvurderingen. Dette

⁹⁹Se s.1748 i dommen

¹⁰⁰Se s.1749 i dommen

¹⁰¹Se s.1749 i dommen

¹⁰²Se s.1749 i dommen

kan forklares med at gjennomreguleringen av både ervervet og salget av aksjene i dette tilfellet innebar så klare avvik fra det ordinære, at vurderingen av tapsrisikoen ble et tilleggsargument for omklassifisering.

En samlet Høyesterett kom derfor til at fraværet av risiko ved kjøpet og avtalenes salgsvilkår representerte et markert avvik fra de markedsmessige vilkår. Aksjegevinsten ble derfor ansett som fordel vunnet ved arbeid, og beskattet etter skatteloven § 42 (1).

3.2.5 Oppsummering

Etter avgjørelsen i Pre Finans kan det stilles spørsmål ved om Høyesterett har gått vekk fra argumentasjonen i Kruse Smith. Flertallet i Kruse Smith kom fram til at til tross for en lav tapsrisiko var det ikke anledning til å omklassifisere aksjegevinsten til arbeidsinntekt. Det var tilstrekkelig at skattyterne satt med en tapsrisiko tilsvarende deres innskudd på kr. 10, til tross for at innskuddet utgjorde en liten andel av den reelle verdien av aksjene. Mindretallet mente imidlertid at tapsrisikoen nærmest var ubetydelig, og at aksjegevinsten derfor måtte beskattes som arbeidsinntekt. Flertallet syntes således å angi en meget høy terskel for omklassifisering også i tilfeller der tapsrisikoen var tilknyttet en liten andel av en forventet aksjegevinst.

I Pre Finans fant derimot en enstemmig Høyesterett at tapsrisikoen sammenholdt med en fast regulering av ervervs- og salgsbetingelsene, medførte at terskelen for omklassifisering var overtrådt. Således kan det synes som om Høyesterett fravek deres beslutning i Kruse Smith, og at de hadde mer til overs for mindretallets argumentasjon. Imidlertid kan det anføres at saksforholdet i Pre Finans skilte seg fra Kruse Smith på flere punkter. Et springende punkt var den fastlagte reguleringen av prisen ved innløsningen av aksjene i Pre Finans, og at sikkerhetsnettet mot tap innebar at skattyterne verken trengte å yte økonomisk innsats for å erverve aksjene eller dekke et eventuelt tap med egne midler. Til tross for at innskuddet til skattyterne i Kruse Smith var lavt, var det påkrevd en viss økonomisk egeninnsats.

En annen sak er at flertallet i Kruse Smith, i motsetning til en samlet Høyesterett i Pre Finans, ikke eksplisitt anga en tilknytnings- og nærhetsvurdering fra Hagerup som et overordnet vurderingstema. Således kan det anføres at mindretallet i Kruse Smith hadde flere likhetstrekk med Pre Finans.

Imidlertid er det ikke sikkert at den reelle forskjellen var så stor. Selv om flertallet i Kruse Smith ikke anga en tilknytningsvurdering, var det reelt sett det de foretok i sin argumentasjon. Det kan derfor argumenteres for at det muligens var forskjellige teoretiske utgangspunkt i drøftelsen, mens innholdet av argumentasjonen hadde likhetstrekk med retten i Pre Finans.

Mindretallet i Kruse Smith viste til at ved vurderingen av om en aksjegevinst kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt, måtte det foretas en nærhetsvurdering der tilknytningen måtte være av en nærmere kvalifisert art for at inntekten naturlig kunne falle innunder arbeidsinntektsregelen. Dette utgangspunktet ble trukket fram igjen i Pre Finans, men det ble også vist til at ved en slik tilknytningsvurdering ville det være sentralt om det forelå særfordeler som kunne gjøre at forholdet avvek fra det markedsmessige i en aksjonærposisjon. Deretter ble det trukket fram omstendigheter som særpreget et aksjonærforhold i aksjemarkedet, deriblant tapsrisiko, ervervsvederlaget, salgsprisen og om det var forskjellige betingelser for skattyterne i forhold til de andre aksjonærene. Høyesteretts uttalelser kan tyde på at graden av avviket bestemte hvor nær tilknytning fordelen hadde til arbeidsforholdet, og at avvikskravet derfor var en delvurdering innunder tilknytnings- og nærhetskravet.

På bakgrunn av Høyesteretts uttalelser vil det avgjørende i vurderingen av om det foreligger den nødvendige tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet i en omklassifiseringssituasjon av

aksjegevinster, være i hvilken grad reguleringen av gevinst- og tapssituasjonen avviker fra det som er vanlig i et ordinært aksjonærforhold.

3.3 Opsjoner i arbeidsforhold

3.3.1 Kort historisk tilbakeblikk

Så sent som i 1990 ble det for første gang vedtatt særskilte regler for opsjoner i arbeidsforhold. Utover 90-tallet ble det rettet et negativt fokus mot fordelaktige aksjeopsjonsordninger rettet mot næringsledere. Dette resulterte i at det i 1996 ble vedtatt strengere regler for beskatning av opsjoner i arbeidsforhold. Reglene innebar at fordelene ved en slik ordning kunne bli gjenstand for beskatning både på tildelingstidspunktet, og innløsnings- eller salgstidspunktet. Allerede i 2000 ble reglene endret, slik at de opprinnelige reglene igjen skulle gjelde.¹⁰³

Fra og med inntektsåret 2000 ble det skilt mellom børsnoterte og ikke-børsnoterte opsjoner. Mens ikke-børsnoterte opsjoner kun var skattepliktig på tidspunkt for innløsning eller salg av opsjonen, trådte først endringen i kraft for børsnoterte opsjoner i inntektsåret 2002.¹⁰⁴ Årsaken til at man valgte å gå tilbake til de opprinnelige reglene, var at de strengere reglene kunne medføre en urimelig beskatningsbyrde i enkelte tilfeller. Dette gjaldt særlig tilfeller der opsjonen ble beskattet ved tildelingen, og den på et senere tidspunkt enten falt bort eller forble ubenyttet. Det kunne også forekomme tilfeller der verdien av opsjonen på innløsnings- eller salgstidspunktet viste seg å ha en lavere verdi enn tidligere antatt. En urimelig følge var også at tap ikke var fradragsberettiget i samme grad som fordelene kunne beskattes. Mens fordelene på ervervstidspunktet var gjenstand for beskatning med fulle satser for lønn, var bare tap på opsjonen fradragsberettiget i alminnelig inntekt med en skattesats på 28%. Denne skjevheten ble ansett for å være så urimelig at reglene måtte endres. De strengere opsjonsreglene kunne også medføre likviditetsproblemer for erververen, ettersom retten til å utøve opsjonen gjerne lå lenger fram i tid.¹⁰⁵

Nå er hovedregelen at opsjoner i arbeidsforhold først er gjenstand for beskatning ved innløsning eller salg jf. sktl. § 5-14 (3) bokstav a. Med andre ord vil en eventuell skattepliktig fordel først fastsettes og skattlegges når rettighetshaver benytter seg av sin rett til å kjøpe eller selge det underliggende objekt, eller selger opsjonen.¹⁰⁶ Innløsningsstidspunktet vil være når aksjene er ervervet, og ikke når opsjonen gjøres gjeldende.¹⁰⁷

3.3.2 Generelt om problemstillingen

For opsjoner vil spørsmålet ved omklassifisering være om noe som tilsynelatende er en aksjegevinst, kan omklassifiseres til en opsjonsgevinst slik at det blir grunnlag for beskatning som personinntekt. Situasjonen vil typisk være at det som fremstår som et aksjeervert i realiteten er ervert av en opsjon, slik at når aksjene realiseres er det i realiteten en opsjon som innløses.

Som et utgangspunkt kan det avtales opsjoner i det meste. Det kan for eksempel avtales opsjoner i aksjer, valuta og naturalia. Opsjonsavtalene kan avtales som ledd i et arbeidsforhold, eller være fullstendig avskåret fra eventuelle arbeidsgivere. Opsjonene kan være børsnoterte og ikke-børsnoterte. Ettersom denne avhandlingen tar for seg incentivordninger i arbeidsforhold, avgrenses det mot finansielle opsjoner som foretas utenfor arbeidsforhold og reguleres av sktl. § 9-10 (2).

¹⁰³ Jf. Ot.prp.nr.45 (1999-2000) og Innst. O. nr. 84 (1999-2000)

¹⁰⁴ Jf. Innst. O. nr.3 (2001-2002)

¹⁰⁵ Zimmer, Fredrik (2006): s. 573

¹⁰⁶ Zimmer, Fredrik (2006):s.573

¹⁰⁷ Jf. Utv. 2001 s.1636 (FIN)

En opsjon gir opsjonsinnehaver en rett, men ikke plikt til å kjøpe eller selge det underliggende objekt på et avtalt tidspunkt.¹⁰⁸ Prisen fastsettes gjerne på avtaletidspunktet. Det underliggende objekt ved erverv av opsjoner i arbeidsforhold vil ofte være aksjer, men det kan også være naturalia og valuta. Avhandlingen vil imidlertid kun omhandle opsjoner som gir rett til kjøp og salg av aksjer i arbeidsforhold.

En opsjonsavtale regulerer forholdet mellom to parter; opsjonsinnehaver og opsjonsutsteder.¹⁰⁹ For opsjonsinnehaver vil det foreligge en rett, men ikke plikt til å benytte seg av opsjonen. Velger opsjonsinnehaver å benytte seg av opsjonen, vil det foreligge en plikt for opsjonsutsteder til å oppfylle avtalen.

Ettersom en opsjonsavtale ikke gir en plikt for opsjonsinnehaver til å benytte seg av opsjonen dersom utviklingen i selskapet går i en negativ retning, er den særlig egnet som incentiv for ansatte. Risikoen for tap vil først melde seg når opsjonen faktisk benyttes, men ettersom opsjonsinnehaver har hatt mulighet til å se an utviklingen i selskapet vil risikoen ofte være lav eller fullstendig eliminert. Må rettighetshaver betale en opsjonspremie ved ervervet, vil en eventuell risiko knytte seg til denne.

Opsjoner som incentiv i et arbeidsforhold innebærer typisk at arbeidsgiver gir den ansatte rett til å kjøpe en aksje til en fastsatt kurs. Kursen kan for eksempel gjenspeile verdien på tildelingsdagen, eller verdien i et visst tidsrom. Opsjonen løper ofte over en viss tidsperiode, og den ansatte har enten anledning til å velge tidspunkt for innløsning eller må forholde seg til et fastsatt tidspunkt for når opsjonen kan gjøres gjeldende.

En annen fordel for de ansatte er at det ofte ikke foreligger kostnader for opsjonsinnehaver ved ervervet av opsjonen, med mindre arbeidsgiver betinget seg en opsjonspremie ved ervervet. Dersom opsjonsinnehaver verken har hatt kostnader ved opsjonservret, eller det er forbundet risiko for tap når opsjonen utøves, vil det være nærliggende å anse en slik fordel som vunnet ved arbeidsforholdet etter de alminnelige reglene i sktl. §§ 5-1 og 5-10.

Opsjoner i arbeidsforhold reguleres imidlertid av sktl. § 5-14 (3). Bestemmelsen angir særregler for beskatning av opsjoner ved innløsning eller salg, hvor det underliggende objekt er aksjer eller grunnfondsbevis. Bestemmelsen regulerer både kjøps- og salgsoptjoner, men kjøpsopsjoner er ofte mest aktuelt som incentiv i et arbeidsforhold.¹¹⁰

For at særregelen i sktl. § 5-14 (3) skal komme til anvendelse, må opsjonen være vunnet "i arbeidsforhold". Bestemmelsen viser her tilbake til arbeidsinntektsregelen i sktl. § 5-1, og vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig sammenheng mellom arbeidsforholdet og opsjonsfordelen. Begrunnelsen for at verdistigningen skal beskattes som arbeidsinntekt er den manglende risikoen under verdistigningen til aksjene.

Vurderingstemaet vil etter Finansdepartementet være "...hvorvidt arbeidstakeren i kraft av arbeidsforholdet oppnår en fordel han ellers ikke ville oppnådd...".¹¹¹ Dersom fordelene anses for å være vunnet i arbeidsforhold, vil den inngå i beskatningsgrunnlaget for personinntekt jf. sktl. § 12-2.

Betaler rettighetshaver markedspris for opsjonen, er det ikke tilstrekkelig for beskatning etter sktl. § 5-14 at opsjonen er tilknyttet arbeidsgiverselskapet. Dette kan stille seg annerledes der den ansatte fikk tilbud om kjøp av opsjon gjennom arbeidsgiver og denne var utilgjengelig for andre. Dersom opsjonen derimot var lagt ut for fritt salg til markedsverdi, ville det ikke foreligge den nødvendige

¹⁰⁸ Zimmer, Fredrik (2006): s.209

¹⁰⁹ Zimmer, Fredrik (2006): s.209

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 26 (1995-1996) s.7

¹¹¹ Jf. Utv. 1999 s.716 (FIN)

tilknytningen mellom arbeidsforholdet og opsjonen.¹¹² Fordeler ved opsjonen vil i slike tilfeller følge de alminnelige kapitalinntektsreglene. Dersom opsjonen er ervervet på grunn av en aksjonærposisjon og ikke som ledd i et arbeidsforhold, vil det ikke foreligge skatteplikt etter bestemmelsen.¹¹³

Dersom aksjegevinsten omklassifiseres til opsjongsgevinst i arbeidsforhold, angir sktl. § 5-14 (3) nr. 1 og 2 regler for hvordan fordelingen skal beregnes ved innløsning eller salg. Beregningen av gevinst eller tap tar utgangspunkt i aksjens salgsverdi på innløsnings- eller salgstidspunktet, fratrukket vederlaget for aksjene og en eventuell opsjonspremie ved ervervet.

Reglene om opsjoner i arbeidsforhold har blitt endret ved flere anledninger de siste 10-15 årene, og har medført at reglene har fått en klarere utforming. Det finnes derfor få dommer som utelukkende gjelder opsjoner i arbeidsforhold. I to Høyesterettsdommer ble det imidlertid stilt spørsmål om saken i realiteten dreide seg om utdeling av opsjoner i arbeidsforhold, og ikke om alminnelig aksjegevinst.

3.3.3 Kruse Smith (Rt. 2000 s. 758)

En av sakene hvor det ble trukket paralleller til opsjonsreglene, var Kruse Smith.

Faktum i saken var at nøkkelpersoner i entreprenørbedriften Kruse Smith fikk tilbud om å kjøpe aksjer i selskapet for kr. 10, mens den matematiske verdi per aksje var kr. 143,02. Differansen mellom kjøpesum og den matematiske verdi skulle komme til fradrag på utløsnings- eller salgstidspunktet.

Stavanger likningskontor beskattet gevinsten som opsjon i arbeidsforhold. Saken kom for Høyesterett som vurderte om aksjegevinsten kunne beskattes etter arbeidsinntektsregelen i sktl. § 42 (1). Høyesterett vurderte først om aksjegevinsten kunne beskattes etter opsjonsreglene, men uttalte at det ikke kunne "...anses som tvilsomt at den kapitalutvidelse som fant sted i 1987...var reell...".¹¹⁴ Førstvoterende kom derfor til at aksjegevinsten ikke kunne beskattes på grunnlag av reglene om opsjoner i arbeidsforhold. Mindretallet gikk derimot ikke nærmere inn på dette spørsmålet, og synes dermed å slutte seg til førstvoterendes vurderinger.

Flertallet synes her å angi at dersom det faktisk ble foretatt en aksjeoverdragelse på ervervstidspunktet, ville det ikke være naturlig å anse gevinsten som opsjongsgevinst. Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget ved at Høyesterett så raskt avfeide spørsmålet, uten å gi en nærmere begrunnelse. Dette gjelder særlig fordi de nærmere betingelsene for kjøp og salg av aksjene hadde likhetstrekk med alminnelige betingelser for opsjonserv. Her kan det trekkes frem at de ansatte kun var forpliktet til å betale kr. 10 per aksje som på ervervstidspunktet hadde en matematisk verdi på kr. 143,02. Det resterende beløpet, eller underprisen, skulle først trekkes fra ved et senere salg av aksjene. Dersom man anså kjøpesummen på kr. 10 som opsjonspremie og differansen mellom kjøpesummen og den matematiske verdien som den fastsatte prisen, ville forholdet hatt klare likhetstrekk med opsjonsreglene i arbeidsforhold.

Standpunktet til Høyesterett har også blitt kritisert fra andre hold, deriblant Per Sandvik, som var prosessfullmektig for staten i saken. Han mente at aksjonæravtalen som forelå i saken innebar en økonomisk realitet som lå nært opp til opsjonsreglene i arbeidsforhold. Til tross for at staten anså dette som et viktig moment, ble det ikke vektlagt av Høyesterett.¹¹⁵

¹¹² Jf. Utv. 1999 s.716 FIN og Zimmer, Fredrik (2006): s. 574

¹¹³ Jf. Ot.prp. nr. 1 (1996-1997) pkt. 4.2.3 og 4.2.4

¹¹⁴ Se s.765 i dommen

¹¹⁵ Revisjon og regnskap nr. 8/2000 s.60 – Per Sandvik

3.3.4 Pre Finans (Rt. 2000 s.1739)

I den påfølgende dommen om aksjeervert i arbeidsforhold, gikk derimot Høyesterett litt nærmere inn på reglene om opsjoner. Det ble vurdert om avtalene i saken måtte sees på som opsjonsavtaler som gav fordeler i arbeidsforholdet, eller om de var avtaler som knyttet selve aksjene til ansettelsesforholdet. Saken gikk under navnet Pre Finans.

Faktum i saken var at det ble inngått to avtaler med nøkkelansatte i selskapet Pre Finans om ervert av aksjer tilsvarende 37,5% av selskapet. Aksjekjøpet ble i sin helhet lånefinansiert. Lånet omfattet også rentene, og de ansatte hadde anledning til å øke lånebeløpet med inntil 10% hvert år. Beregningen av verdistigningen på aksjene var bestemt på forhånd i avtalen ut i fra en fastsatt formel. Et sentralt spørsmål i saken var hvordan aksjegevinsten skulle klassifiseres skatterettslig.

Oslo likningsnemd fattet vedtak om at aksjegevinsten skulle beskattes som inntekt vunnet ved arbeid etter daværende sktl. 42(1), nåværende sktl. § 5-1. Lagmannsretten kom imidlertid til at vedtaket til Oslo likningskontor skulle oppheves, med den begrunnelse at den skatterettslige fordelingen måtte anses for å være en form for salgsopsjon.

For Høyesterett hevdet skattyter at en eventuell skatteplikt måtte knyttes til avtalens virkninger som opsjoner. Retten mente imidlertid at synspunktene ikke var bærende i saken, ettersom opsjoner var såpass nye instrumenter i Norge og reglene for beskatning av opsjoner først ble innført i 1990. Førstvoterende fant derfor at avtalen fra 1987 og 1989 neppe var utformet med opsjonsreglene i tankene.

Høyesterett kom imidlertid med noen generelle bemerkninger angående vurderingen av om en avtale skulle reguleres av opsjonsreglene, eller av arbeidsinntektsregelen. Etter rettens mening måtte dette "...vurderes i en videre sammenheng. Og jeg ser det slik at jo mer disse vilkårene avviker fra markedets vilkår, og jo mer verdien av de ansattes aksjer er styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere knyttes aksjene til ansettelsesforholdet...".¹¹⁶

Selv om retten kom til at opsjonsreglene ikke kunne anvendes i saken, var de enig med skattyter i at sikkerhetsnettet mot tap ved avtalen i 1987 isolert kunne tale i retning av en salgsopsjon, men at avtalen innebar mer enn sikkerhet for tap ettersom den inkluderte full lånefinansiering og mulighet for å slette gjeld.

Det er uklart om Høyesterett med uttalelsen ønsket å gi uttrykk for et klart skille mellom opsjonsreglene uavhengig av om opsjonen var ervert i arbeidsforhold eller ikke, og aksjer tilknyttet arbeidsforholdet. Uansett gir retten anvisning på en tilknytningsvurdering, der avvik fra det markedsmessige er sentral i vurderingen. Ettersom både opsjoner i arbeidsforhold og aksjer ervert til underpris i arbeidsforhold faller innunder sktl. § 5-14 og dermed arbeidsinntektsregelen i § 5-1, trekker dette retning av at uttalelsen uansett må være anvendelig for begge incentivordningene.

3.3.5 Oppsummering

Etter Kruse Smith kan det synes som at det avgjørende for om en aksjegevinst i realiteten faller innunder opsjonsreglene i arbeidsforhold, er om det ble foretatt en reell aksjeoverdragelse ved ervert eller ikke. En reell aksjeoverdragelse forutsetter et faktisk eierskifte og at kjøper overtar aksjene, men også de formelle selskapsrettslige krav til eierskifte må være oppfylt jf. asl. §§ 4-2 (1), 4-12 og 4-7. I dette ligger blant annet at ervert skal bli innført i aksjeeierboken slik at han kan dokumentere ervert av aksjene. Det er først når de selskapsrettslige vilkårene er oppfylt at rettighetene som aksjonær inntre. Der det ikke kan dokumenteres at det foreligger faktisk ervert av aksje eller aksjeeierne ikke kan utøve sine aksjonærrettigheter, er dette momenter som kan tale mot

¹¹⁶ Se s.1747 i dommen

at det har blitt gjennomført en reell aksjeoverdragelse. Det typiske vil være at arbeidsgiverselskapet i realiteten fortsatt sitter med aksjene etter overdragelsen.

I Pre Finans gikk Høyesterett et skritt videre, og uttalte at det måtte vurderes i en videre sammenheng om det forelå en opsjon eller et aksjeervert. Jo mer vilkårene avvek fra det markedsmessige og jo mer verdien av aksjene var styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere ble aksjene knyttet til arbeidsforholdet. Høyesterett synes her å gi uttrykk for en presumpsjon om at det i slike tilfeller er mer nærliggende å anse aksjeervertet som knyttet til arbeidsforholdet framfor et opsjonservert.

En annen sak er at dersom partene ved avtaleinngåelsen i forbindelse med aksjeervertet ikke hadde opsjonsreglene i tankene, er terskelen desto høyere for å anse en aksjegevinst som opsjonsgevinst.

3.4 Earn Out

3.4.1 Kort historisk tilbakeblikk

Earn out er en forholdsvis ny problemstilling, og har i praksis medført stor usikkerhet med tanke på hvordan de nærmere gevinstutbetalingene skal behandles skattemessig. Bakgrunnen er at skattemyndighetene i enkelte tilfeller har ansett deler av vederlaget for å ha slike likhetstrekk med lønnsutbetaling, at salgsgevinsten har blitt omklassifisert til lønnsinntekt.

Allerede på 1920 tallet avgjorde Høyesterett en sak som gav visse retningslinjer for den nærmere vurderingen. Saken i Rt. 1927 s. 819 gjaldt salg av en fabrikk tilhørende et aksjeselskap der aksjesalgavtalen la opp til forskjellsbehandling mellom aksjonærene. Salgsbeløpet på kr. 1.600.000 skulle delvis gå til dekning av gjeld, og delvis til tilbakebetaling av aksjonærene i selskapet. Aksjonærene ville kun sitte igjen med 50% av aksjenes pålydende. Ingeniør og administrerende direktør Anders Foyn, nektet imidlertid å gå med på salget dersom han ikke fikk full dekning for sine aksjer. Styret krevde derfor at kjøperen skulle betale Anders Foyn kr. 65.000, som tilsvarte differansen mellom aksjenes pålydende og salgssummen.

Anders Foyn mente beløpet ikke kunne beskattes som lønnsinntekt etter daværende byskattelov § 36 (2), ettersom vederlaget i realiteten var dekning av aksjenes pålydende. Høyesterett kom imidlertid til at beløpet kunne beskattes som lønnsinntekt. Bakgrunnen var at kjøpsavtalen gjenspeilet en forståelse mellom selger og kjøper om at vederlaget var oppgjør for tidligere og daværende arbeidsinnsats, og at Høyesterett ikke kunne se noen grunn til at Foyn sine aksjer skulle være av større verdi enn de andre aksjonærene sine. Høyesterett slo dermed fast at dersom ikke alle aksjonærene ved et aksjesalg mottok likt vederlag for aksjer av lik verdi, måtte merbeløpet anses for å være annet enn gevinst ved aksjesalget.

3.4.2 Generelt om problemstillingen

Betegnelsen earn out har skatterettslig blitt benyttet på tilfeller der en virksomhet selges, og selger forplikter seg til en bindingstid i virksomheten etter salget. Spørsmålet om omklassifisering av vederlag ved earn out gjør seg kun gjeldende i tilfeller der aksjer blir solgt. Den skatterettslige problemstillingen ved earn out er om deler av salgsvederlaget inneholder et lønnsselement som kan bli skattepliktig som arbeidsinntekt. Spørsmålet blir derfor om deler av aksjevederlaget kan anses for å være forskudd på arbeidsvederlag eller kompensasjon for bortfall av arbeidsinntekt, og derfor skal beskattes som arbeidsinntekt etter sktl. §§ 5-1 (1) jf. 5-10.¹¹⁷ En helhetsvurdering av

¹¹⁷ Zimmer, Fredrik (2006): s.581

avtalereguleringen rundt aksjesalget kan derfor føre til at deler av salgsvederlaget blir klassifisert som arbeidsvederlag i stedet for kapitalgevinst.¹¹⁸

I denne delen av oppgaven skal det redegjøres for noen tilfeller som kan utløse en slik omklassifisering av vederlaget.

Utgangspunktet for vurderingen av vederlagets skattemessige klassifisering, er hvordan denne fremstår formuerettslig.¹¹⁹ Hovedregelen i norsk rett er at gevinst ved salg av aksjer i utgangspunktet skal henføres under reglene for kapitalgevinst jfr. sktl. §§ 5-1 (2) jfr. 5-20. Dersom en aksjegevinst omfattes av arbeidsinntektsreglene, vil dette være et unntak fra hovedregelen.

Ved vurderingen av om deler av salgsvederlag kan omklassifiseres til arbeidsinntekt, har skattemyndighetene lagt betydelig vekt på tre momenter. For det første kan omklassifisering være aktuelt der vederlaget for solgte aksjer virker for høyt i forhold til selskapets verdi eller fremtidige inntjeningssevne. Dette vil typisk være tilfelle i såkalte kunnskapsbedrifter der en stor del av verdien ligger i kompetansen til nøkkelpersoner i selskapet. Spørsmålet kan også komme på spissen der de tidligere eierne gjennom salgsavtalen forplikter seg til å bli i bedriften ut en bindingstid. Typisk i disse tilfellene er at selgerne også forplikter seg til å avstå fra å starte opp lignende og konkurrerende virksomheter. Deler av vederlaget kan i slike tilfeller anses for å være forskudd på lønn for bindingstiden. For det tredje kan omklassifisering være aktuelt dersom lønnen til tidligere eiere ligger under markedsnivå i bransjen i bindingstiden.¹²⁰ I slike tilfeller kan lav lønn være en presumpsjon for at deler av vederlaget for aksjene i realiteten er godtgjørelse for arbeid.

Et spørsmål er om disse tre situasjonene kan forstås som kumulative vilkår, slik at alle må være oppfylt for at det skal være adgang til omklassifisering i earn out tilfellene.

I uttalelsen angir Finansdepartementet at det kan være aktuelt med omklassifisering ”... når de følgende omstendigheter foreligger”. Slik Finansdepartementet uttaler seg, kan det synes som om vilkårene er kumulative.

Imidlertid er det først ”Ved en slik kombinasjon av omstendigheter...” at det kan være skatterettslig korrekt å anse en del av aksjevederlaget som forskudd på lønn.¹²¹ Finansdepartementet synes ikke å gi eksplisitt uttrykk for at alle omstendighetene må være tilstede, men det må være klart at det ikke er tilstrekkelig at et vilkår er oppfylt. Finansdepartementets uttalelse ble trukket fram i Vistnes,¹²² men retten fant at det ikke var grunnlag for å anse vilkårene som kumulative.

I earn out kontrakter er det vanlig med bindingsavtaler mellom selger og kjøper. Slik skaffer kjøper seg kompetanse og sikrer sin økonomiske investering ved at nøkkelpersoner forblir i selskapet. For å sikre at selger oppfyller sin del av avtalen, knyttes deler av vederlaget opp mot at forpliktelsen etterlevs. I praksis benyttes to forskjellige utforminger på slike avtaler; suspensiv- og resolutiv utforming. Suspensiv utforming går ut på at restvederlaget kun utbetales dersom bindingstiden helt eller delvis oppfylles. I noen tilfeller avtales også at vederlaget utbetales etappevis. Ved resolutiv utforming utbetales vederlaget ved salget av aksjene, men er betinget av at bindingsavtalen overholdes. Dersom bindingsavtalen brytes, må selger tilbakebetale deler av vederlaget.¹²³

Det er særlig to Lagmannsrettsdommer som illustrerer omklassifiseringsproblematikken for earn out tilfeller. Dommene er inntatt i utvalget, og belyser vurderingskriterier og momenter som er sentrale i

¹¹⁸ Jf. Lignings ABC 2008

¹¹⁹ Jf. Skatterett 2006 nr. 1 s.67

¹²⁰ Lignings ABC 2004 s.1098

¹²¹ Jf. Utv. 1999 s.225

¹²² Jf. Utv. 2005 s.277

¹²³ Jf. Utv. 2001 s.692: Gjems-Onstad

vurderingen. Nedenfor blir det gitt en mer inngående presentasjon av henholdsvis Vistnes og Friborg Hansen.¹²⁴

3.4.3 Vistnes (Utv. 2005 s. 277)

I Vistnes ble selskapet Visman AS solgt til IKM gruppen AS.¹²⁵ Tre av personene som stiftet selskapet, bandt seg ved salget til å arbeide i selskapet i fire år. Spørsmålet i saken var om aksjesalgavtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling av inntil kr. 4 millioner skulle anses som forskudd på arbeidsvederlag, og derfor beskattes som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven av 1911 § 42 (1).

Lagmannsretten påpekte at problemstillingen ikke var regulert i lov eller forskrift, og at det heller ikke fantes rettspraksis på området. Det ble deretter vist til Finansdepartementets brev til Skattedirektoratet inntatt i Utv. 1999 s. 225. Brevet inneholdt en rekke momenter som kunne trekkes inn ved en helhetsvurdering av den skatterettslige klassifiseringen av inntekten, og har også blitt fulgt opp i Lignings ABC.¹²⁶ Etter Lagmannsrettens vurdering kunne disse uttalelsene ikke gi grunnlag "... for å oppstille kumulative vilkår for å omklassifisere aksjevederlag til lønn".¹²⁷ Dette ble underbygget med at det ikke var funnet rettspraksis av et slikt omfang eller fasthet at Finansdepartementets uttalelser kunne tillegges avgjørende vekt i spørsmålet om omklassifisering.

Retten uttalte at spørsmålet måtte avgjøres etter en nærmere tolkning av avtaleforholdet mellom selgerne og IKM. Det ble også bemerket at gevinst ved salg av aksjer som det klare utgangspunkt ikke ble omfattet av begrepet "... fordel vunnet ved arbeid..." jf. skatteloven § 42 (1).¹²⁸ Retten viste også til at selv om en aksjegevinst var foranlediget av et arbeidsforhold, ville ikke dette nødvendigvis føre til en omklassifisering til arbeidsinntekt jf. § 42.

Lagmannsretten anførte at dersom salgsvederlaget skulle bli omklassifisert fra kapitalgevinst til lønnsinntekt måtte vederlaget subsumeres under arbeidsregelen i skatteloven, og tilknytningskravet "...vunnet ved..." arbeid måtte være oppfylt. Som en forlengelse av dette uttalte retten at tilknytningskravet i "vunnet ved" innebar at "...det er nødvendig med en faktisk forbindelse mellom arbeidsinnsatsen og fordelen som oppnås, men en faktisk forbindelse er ikke tilstrekkelig".¹²⁹

Her angir retten en tilknytningsvurdering, men gir uttrykk for at tilknytningen er et minstekrav og at det derfor må påvises mer enn en faktisk forbindelse mellom fordelen og arbeidsforholdet.

Som en presisering av tilknytningskravet viste retten til henvisningen i Pre Finans og vurderingstemaet i Hagerup. Avgjørende ble derfor om "...sammenhengen mellom fordelen og arbeidsinnsatsen er "så nær" og at det er "naturlig" å anse inntekten som arbeidsinntekt...".¹³⁰

Her trekkes både tilknytnings- og naturlighetskravet frem som et samlet vurderingstema. Retten gir imidlertid uttrykk for at det er to krav som må oppfylles. Slik Lagmannsretten formulerer seg, kan det synes som om naturlighetskravet er et selvstendig krav ved siden av tilknytningskravet. Ut fra henvisningen til Pre Finans, synes Lagmannsretten å gi uttrykk for at tilknytningen må være av en tilstrekkelig kvalifisert art for at aksjegevinsten naturlig kan omfattes av arbeidsinntektsregelen.

¹²⁴ Utv. 2005 s.277 og Utv. 2005 s.907

¹²⁵ Heretter kalt IKM

¹²⁶ Momentene er nevnt under pkt. 3.4.1

¹²⁷ Utv. 2005 s.277

¹²⁸ Se s.280 i dommen

¹²⁹ Se s.280 i dommen

¹³⁰ Se s.280 i dommen

Lagmannsretten slo fast at vederlaget representerte en fordel i skattemessig forstand, og at de personlige aksjonærene ble ansatt i selskapet i samme stillinger som de hadde før salget ble foretatt. Spørsmålet ble derfor om det var en "...tilstrekkelig tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og skattyternes fortsatte arbeid i selskapet".¹³¹

Retten gir et klart uttrykk for at det avgjørende ved nærhetsvurderingen var sammenhengen mellom skattyternes fortsatte arbeid i selskapet og deler av aksjevederlaget. Dersom arbeidsbetingelsene var sentrale ved fastsettelsen av aksjevederlaget, kunne dette medføre at vederlaget hadde sterke likhetstrekk med lønn for fortsatt arbeid slik at det falt innunder arbeidsinntektsregelen.

Retten vurderte deretter de konkrete forhold i salgskontrakten mellom IKM og aksjeeierne.

Det ble konstatert at bindingsklausulen i avtalen var foranlediget av den nye eiers ønske og behov om å beholde de personlige aksjeeierne, på bakgrunn av deres spesielle kompetanse og kvalifikasjoner. Retten så deretter på hvorvidt et brudd på arbeidsavtalen ville gå ut over det avtalte aksjevederlaget, slik at kr. 4 millioner kunne kreves tilbake av kjøper. Lagmannsretten kom frem til at selv om det ikke var direkte uttrykt i bindingsklausulen, var det på det rene at et brudd på avtalen ville utløse et tilbakebetalingskrav og redusere vederlaget per aksje. Den risikoutløsende begivenheten var derfor knyttet til de selgende aksjonærenes fortsatte arbeidsinnsats i selskapet. Det ble i denne sammenheng påpekt at bindingsklausulene var utformet individuelt for hver av selgerne, slik at et eventuelt brudd på klausulen kun ville gå ut over den enkelte. Bindingsklausulen gjorde derfor at den enkelte selgers andel av kjøpesummen var avhengig av vedkommendes arbeidsinnsats ut avtaletiden. Ettersom retten fant at den enkeltes utbetaling av kjøpesummen var avhengig av dennes arbeidsinnsats i hele bindingstiden, oppstilte avtalen "...en nær sammenheng mellom en nærmere definert andel av aksjevederlaget og den enkelte selgers arbeidsinnsats".¹³²

Retten konkluderer at konklusjonen kan ikke sies å være overraskende. I dette tilfelle var en fastsatt andel av salgsvederlaget til de personlige aksjonærene eksplisitt knyttet til den enkeltes videre arbeidsinnsats for å opprettholde kompetansen og inntjeningsgrunnlaget til selskapet. Et brudd på bindingstiden ville også kun medføre et tilbakebetalingskrav for den som brøt betingelsene. Arbeidsforpliktelsene som var nedfelt i salgssavtalen var derfor faktiske og rettslige forutsetninger for utbetaling av deler av vederlaget. Vederlaget hadde derfor sterke likhetstrekk med vanlig lønnsutbetaling, slik at det var mest naturlig å anse aksjegevinsten som arbeidsinntekt.

Selgerne anførte imidlertid at bindingsklausulene kun var en garanti mot at de forlot firmaet i bindingsperioden, og at et eventuelt trekk i vederlaget ikke var relatert til arbeidsinnsats men var å anse som en konvensjonalbot. Retten avfeide disse anførselene fordi den mente at en bestemt del av salgsvederlaget var knyttet direkte opp mot selgernes aktivitet i selskapet, og at arbeidsforpliktelsen fremstod som det vesentlige i avtalen.¹³³

Retten synes her å legge avgjørende vekt på avtalen i tilknytningsvurderingen, og det sentrale punktet om arbeidsforpliktelsen til de ansatte.

I tillegg til de tre personlige aksjonærene, var også selskapet Norstell aksjonær i Visman AS med 49% av aksjene. Selskapet solgte sin andel av aksjene til IKM. Forholdet ble trukket frem av retten for å underbygge at deler av vederlaget for selskapet var å anse som fremtidig lønn, ettersom salgsvederlaget for Norstells aksjer lå betydelig under prisen stifterne fikk for sine aksjer. Retten fant det forståelig at de personlige aksjonærene var i en bedre forhandlingsposisjon ettersom de eide aksjemajoriteten, men fant det mindre forståelig at dette skulle tilsi en pris på mer enn det dobbelte

¹³¹ Se s.280 i dommen

¹³² Se s.281 i dommen

¹³³ Jf. Utv. 2005 s.281

av det Norstell fikk for sine aksjer. Imidlertid bemerket Lagmannsretten at dette ikke alene var avgjørende for spørsmålet om omklassifisering.

Forskjellen i vederlaget per aksje synes å være et viktig argument for at deler av aksjevederlaget var motivert av noe annet enn selve verdien av aksjene. En nærliggende tanke er således at differansen var godtgjørelse for arbeid. Lagmannsretten mente imidlertid at dette ikke var avgjørende for spørsmålet om omklassifisering. Enten kan dette tas til inntekt for at en slik forskjell i vederlag ikke var tilstrekkelig for omklassifisering, eller at momentet i dette tilfellet kom i bakgrunnen av bindingsklausulen. Dersom første antakelse er korrekt, vil dette gå imot det Høyesterett slo fast allerede i dommen i Rt. 1927 s. 819. I saken ble det slått fast at dersom ikke alle aksjonærene i et aksjeselskap mottok likt vederlag for aksjer av lik verdi, måtte beløpet anses for å være annet enn aksjegevinst. Således ville det være klart at differansen mellom aksjonærenes pris kunne bli gjenstand for omklassifisering til arbeidsinntekt.

Til slutt ble de ansattes lønn i bindingstiden trukket frem av retten. Ettersom denne var på samme nivå som før salget og som markedslønn ellers i bransjen, kunne ikke dette tillegges avgjørende vekt.

Retten synes her å trekke inn de ansattes lønn som et argument for at deler av vederlaget skulle anses som arbeidsinntekt. Vanligvis ville imidlertid det moment at arbeidstakerne beholdt markedslønn i selskapet være et argument mot lønnsbeskatning, dersom man fulgte argumentasjonen fra Pre Finans. Uansett foreligger det så klare bindinger mellom arbeidsforholdet og deler av aksjevederlaget i dette tilfellet, at momentet mest sannsynlig ikke ville vært utslagsgivende for resultatet.

Avtalens bestemmelser om bindingstid og tilbakebetaling, herunder konkurranseforbudet, sett i sammenheng med fordelingen av vederlaget mellom de to aksjonærgrupperingene, innebar at Lagmannsretten mente det forelå tilstrekkelig tilknytning mellom deler av vederlaget og selgernes fortsatte arbeid i selskapet. Disse elementene var etter rettens mening en merverdi som var sammenfallende med tilbakebetalingskravet ved brudd på bindingstiden.

En enstemmig Lagmannsrett kom derfor til at deler av salgsvederlaget kunne omklassifiseres fra kapitalgevinst til arbeidsinntekt jf. skatteloven av 1911 § 42.

3.4.4 Friborg Hansen (Utv. 2005 s.907)

Saksforholdet i Friborg Hansen var at A solgte sine aksjer i selskapet Z&S Geoscience Ltd. til selskapet Western Atlas International Inc.¹³⁴ Vederlaget ble delt i to. Den første delen ble gjort opp på overgangstidspunktet, og den andre etter endt bindingstid i selskapet. Det var på det rene at vederlaget som kjøper overtok på salgstidspunktet, skulle klassifiseres som fordel vunnet ved kapital.

Problemstillingen i saken var hvordan den andre delen av salgsvederlaget for aksjene skulle klassifiseres skatterettslig. Bakgrunnen var at restbeløpet av salgsvederlaget var betinget av at selger fortsatte å arbeide i selskapet ut en fastsatt bindingstid. Restvederlaget ble delt opp i tre avdrag pålydende USD 91.717, og skulle utbetales etter hvert som selgers bindingstid ble oppfylt. Hovedspørsmålet var om avdragene skulle anses for å være fordel vunnet ved arbeid jfr. sktl. av 1911 § 42.¹³⁵

Lagmannsretten påpekte at så vel skattelovens § 42 som sktl. § 5-10 opererte med et forholdsvis vidt fordelsbegrep. Retten la derfor til grunn at alle typer fordeler som var foranlediget av arbeid ble omfattet av bestemmelsene, men det måtte være en sammenheng mellom fordelen og arbeidet.

¹³⁴ Heretter omtalt som WAI

¹³⁵ Nå sktl. §5-1

Etter Lagmannsrettens mening kunne dette også uttrykkes slik at "...arbeidsforholdet må ha gitt foranledningen til at skattyteren har innvunnet fordelene".¹³⁶ Som støtte for dette synet viste retten til forfatterdommene og oppfinnerdommen.¹³⁷

Det interessante her er at retten, i motsetning til i Vistnes, ikke uttrykkelig anviser til en nærhets- eller naturlighetsvurdering som må oppfylle nærmere kvalifikasjoner. Retten nøyer seg med å vise til at fordelene må være foranlediget av arbeidsforholdet. Dette strider mot Høyesteretts uttalelser i Pre Finans om at det ikke var tilstrekkelig at fordelene var foranlediget av arbeidsforholdet. Henvisningen til Hagerup kan imidlertid trekke i retning av at det var en nærhets- eller tilknytningsvurdering retten tok utgangspunkt i.

Imidlertid henviste retten til Lundgaard (Rt. 2003 s. 504) og uttalte at dommen bekreftet at "...det er tilstrekkelig at arbeidsforholdet har foranlediget inntekten".¹³⁸

Det er påfallende at Lagmannsretten utelater naturlighetskravet i et earn out tilfelle som ble ført for retten kort tid etter Vistnes. En annen sak er at naturlighetskravet på tidspunktet for dommen hadde fått et godt fotfeste som ledd i en tilknytningsvurdering gjennom Høyesterett sin praksis. Det er således vanskelig å si seg enig i Lagmannsrettens formulering av vurderingstema. Dommen har også vært gjenstand for kritikk i ettertid. Krohnstad kritiserer dommen på det sterkeste, og mener at Lagmannsretten blander sammen inntektsbegrepet og tilknytningskravet. Han mener at de formulerer feil vurderingstema når de utelater naturlighetskravet fra vurderingen.¹³⁹

Retten viste også til at eksemplifiseringen i sktl. § 5-10 ikke oppstilte noen ytre grense for inntektsbegrepet. Til støtte for dette syn ble det henvist til forarbeidene fra skatteloven av 1999, som uttalte at også fordeler som hadde løsere tilknytning til et arbeidsforhold enn de oppramsede forhold i § 5-10 litra a kunne være arbeidsinntekt.¹⁴⁰

Som grunnlag for den skatterettslige vurderingen tok Lagmannsretten utgangspunkt i en objektiv vurdering av den privatrettslige avtalen mellom selger A og WAI, og begrunnet dette med uttalelser i blant annet Rt. 1999 s. 1347 og Rt. 2002 s. 456. I avtalen mellom selger og WAI fremkom at restvederlaget av salget var betinget av at A, i tråd med en ansettelsesavtale, skulle fortsette sitt arbeid i bedriften fram til et nærmere angitt tidspunkt. Bindingsperioden var på tre år, og kjøper betalte avdrag på restvederlaget i etterkant av hvert fullførte år. Etter en objektiv vurdering av avtalen uttalte Lagmannsretten at en helhetlig utbetaling av restvederlaget var betinget av at A opprettholdt sitt ansettelsesforhold ut bindingstiden, og at det etter kjøpekontrakten var "...en rettslig betingelse for utbetaling av restvederlaget at A fortsatte og opprettholdt ansettelsesforholdet".¹⁴¹

Her gir Lagmannsretten klart uttrykk for at avtalen innebar en juridisk forpliktelse om fortsatt arbeid ut bindingsperioden for å få utbetalt restvederlaget. Slik fikk vederlaget en sterk tilknytning til arbeidsforholdet, og det var nærliggende å beskatte inntekten som arbeidsinntekt.

Retten trakk også frem at kjøpekontrakten påla selger en plikt til å unnlate enhver form for konkurranse mot WAI, og at dette medførte at selskapet hadde en bedre kontroll på A sine

¹³⁶Se s.908 i dommen

¹³⁷Hagerup (Rt. 1958 s.583), Vesaas (Rt. 1974 s.976), Havrevold-dommen (Rt. 1979 s.481) og Oppfinnerdommen (Lundgaard, Rt. 2003 s.504)

¹³⁸Se s 908 i dommen

¹³⁹Jf. Skatterett 2006 nr. 01 s.67 på s.79

¹⁴⁰Ot.prp.nr.86 (1997-1998)

¹⁴¹Se s.280 i dommen

aktiviteter i den aktuelle perioden. Imidlertid uttalte retten at dette ikke ville ha "...noen avgjørende betydning for den skatterettslige bedømmelse".¹⁴²

Dette står i kontrast til Lagmannsrettens vurderinger i Vistnes, der nettopp en konkurranseklausul ble trukket frem som et viktig moment i helhetsvurderingen av spørsmålet om omklassifisering.

Lagmannsretten vurderte også det forhold at A mottok lønn i ansettelsesperioden, men kom frem til at dette ikke var avgjørende for den skattemessige vurderingen av restvederlaget. Retten uttalte også at A sin forståelse av Finansdepartementets rundskriv¹⁴³ ikke var korrekt ettersom skatteplikt ikke kunne utvides eller begrenses gjennom slike rundskriv.

Etter en objektiv vurdering av avtalen kom retten enstemmig frem til at restvederlaget i sin helhet måtte omklassifiseres til fordel vunnet ved arbeid jf. skatteloven av 1911 § 42.

3.4.5 Oppsummering

På bakgrunn av Vistnes og Friborg Hansen kan det synes som at det er en viss adgang til å foreta en omklassifisering av deler av salgsvederlag i earn out tilfeller, dersom det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet. Dommene viser imidlertid at det må foreligge særlige betingelser ved salget som gjør at deler av vederlaget har sterkere likhetstrekk med arbeidslønn enn aksjevederlag. Dette vil spesielt være tilfelle der utbetaling av deler av salgsvederlaget er betinget av fortsatt ansettelse i selskapet en viss tidsperiode, og arbeidsforpliktelsene er nedfelt i salgavtalen som en faktisk og rettslig forutsetning for utbetalingen.

Slik kan det anføres at omklassifiseringsspørsmålet kan oppstå i tilfeller der selger oppnår en særfordel på bakgrunn av en forpliktelse om fortsatt arbeidsinnsats i selskapet. En slik særfordel kan være økt vederlag for aksjer i forhold til andre aksjonærer som i Vistnes, eller minsket lønn for å kunne motta et større salgsvederlag. Det er imidlertid usikkert om grensen for omklassifisering for earn out tilfellene vil være overtrådt dersom en slik forskjell i pris ikke kan påvises, og heller ikke lønnen var endret etter salget til tross for at aksjevederlaget syntes høyere enn inntjeningsgrunnlaget kunne tilsi.

Det er imidlertid usikkert hvilken vekt dommene kan ha som prejudikat for earn out tilfellene. Resultatet i Vistnes var nærmest opplagt med tanke på den store forskjellen i prissettingen av aksjene mellom aksjonærene, og Friborg Hansen har i teorien vært gjenstand for kritikk på bakgrunn av vurderingstema og resultat.¹⁴⁴ Kvamme mener imidlertid at Vistnes og Friborg Hansen avklarer rettstilstanden om adgangen til å omklassifisere aksjegevinster til arbeidsinntekt, og at salgsvederlag i gitte situasjoner kan være gjenstand for omklassifisering på bakgrunn av en klassisk nærhetsvurdering.¹⁴⁵

Lagmannsretten synes heller ikke å utdype hva som nærmere ligger i naturlighetskravet, annet enn at retten i Vistnes trakk det fram som et nødvendig vilkår for omklassifisering. En nærliggende tanke kan imidlertid være at retten antok at naturlighetskravet var det samme i earn out tilfellene som i aksjegevinst tilfellene.

¹⁴²Se s.281 i dommen

¹⁴³Utv. 1999 s.225: (FIN)

¹⁴⁴Jf. Skatterett 2006 nr. 01 s.67

¹⁴⁵Jf. Skatterett 2005 nr. 4 s.305 på s.312

3.5 Oppfinnergodtgjørelse ved patent

3.5.1 Generelt om problemstillingen

I forbindelse med patenterbare oppfinnelser kan det forekomme at oppfinneren får rett på oppfinnergodtgjørelse dersom hans oppfinnelse blir utnyttet industrielt. Den klare hovedregel har vært at dette beskattes som kapitalinntekt jf. sktl. §§ 5-1 jfr. 5-20. Problemstillingen her er om tidligere rettspraksis på ulovfestet grunnlag har etablert en presumpsjon for at slik kapitalinntekt på visse vilkår kan bli omklassifisert til arbeidsinntekt.

Problemstillingen var aktuell i Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard) som omhandlet spørsmålet om kapitalavkastning i særtilfeller kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt.¹⁴⁶

Rettspraksis og teori har benyttet dommen for å belyse og bekrefte tidligere rettspraksis sin angivelse av vilkår for å omklassifisere kapitalinntekt til arbeidsinntekt. I Friborg Hansen ble Lundgaard trukket frem som bekreftelse på at det var tilstrekkelig for omklassifisering av inntekten til arbeidsinntekt, at arbeidsforholdet foranlediget inntekten.

Det vil nedenfor bli foretatt en nærmere gjennomgang av Lundgaard-dommen.

3.5.2 Lundgaard (Rt. 2003 s. 504)

Problemstillingen i saken var om vederlag i forbindelse med en patenterbar oppfinnelse kunne anses for å være en fordel vunnet ved arbeid jf. skatteloven av 1911 § 42 (1) og beskattes som personinntekt, eller om fordelen var vunnet ved kapital.

Faktum i saken var at sivilingeniør Lars Esben Lundgaard gjennom sitt arbeid som seniorforsker ved SINTEF Energiforskning (tidligere kalt Energiforsyningens Forskningsinstitutt (EFI)),¹⁴⁷ hadde fått ideen til et måleapparat som kunne konstatere feil i høyspentanlegg. Ideen fikk han mens han arbeidet med et oppdrag for Norges Vassdrags- og Elektrisitetsvesen.¹⁴⁸ Ideen og designskissen for måleapparatet var imidlertid ikke en del av oppdraget hos NVE.

Den videre utviklingen av måleapparatet skjedde i tilknytning til Lundgaards arbeidsforhold hos SINTEF. Det var også hans arbeidsgiver som etablerte et forprosjekt og deretter et prosjektforslag som skulle lede til en ferdig prototype av oppfinnelsen. Prosjektene ble finansiert av blant annet Statnett og Oslo energi.

Oppfinnelsen ble patentert, og i den forbindelse ble det inngått en avtale mellom Lundgaard og SINTEF. Avtalen bestemte at eiendomsretten til oppfinnelsen skulle bli overtatt av arbeidsgiver, samt at Lundgaard hadde rett på oppfinnergodtgjørelse dersom oppfinnelsen ble benyttet industrielt. Etter at måleren ble satt i produksjon hos TransiNor AS fikk Lundgaard utbetalt henholdsvis kr. 4536, kr. 101.409, kr. 91998 og kr. 70911. Beløpene ble betalt ut i 1998, 1999, 2000 og 2001.

Dommen gjaldt ligningen for 1999 og klassifiseringen av beløpet på kr. 4536.

¹⁴⁶ Også kalt oppfinnerdommen

¹⁴⁷ Heretter kalt SINTEF

¹⁴⁸ Heretter kalt NVE

Spørsmålet for Høyesterett var om oppfinnergodtgjørelsen skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid jf. sktl. av 1911 § 42 (1).¹⁴⁹ Retten fremhevet at det avgjørende var om det forelå en "... slik sammenheng mellom utbetalingen og Lundgaards arbeidsforhold i SINTEF at det er mest naturlig å klassifisere denne som lønnsinntekt. Det er dette tilknytningskravet som er sakens kjerne".¹⁵⁰

Med denne uttalelsen gir Høyesterett en eksplisitt bekreftelse på at det ligger et tilknytningskrav i arbeidsinntektsregelen, og synes å knytte tilknytningskravet til naturlighetskravet. Dette er en endring fra tidligere dommer for Høyesterett der det indirekte har blitt vist til tilknytningskravet gjennom Hagerup. Høyesterett synes imidlertid å gi uttrykk for at tilknytningskravet er det sentrale i vurderingstemaet, og at naturlighetskravet kommer inn som et moment eller et resultat av vurderingen. Legges en slik forståelse til grunn, vil tilknytnings- og naturlighetskravet utfylle hverandre.

Som støtte for tilknytningskravet viste retten til en naturlig språklig forståelse av ordlyden i sktl. av 1911 § 42 (1) og tidligere Høyesterettspraksis som Hagerup. Det ble vist til Kruse Smith for å underbygge at skattelovens personinntektsbegrep var omfattende.¹⁵¹ Høyesterett uttalte i den sammenheng at dommen kunne tas til inntekt for at en fordel kunne beskattes som lønnsinntekt selv om inntjeningen bar preg av å være kapitalinntekt, dersom den hadde en kvalifisert tilknytning til arbeidsforholdet.

Ved vurderingen av omklassifiseringsspørsmålet tok retten utgangspunkt i arbeidstakeroppfinnerloven § 4. Den kom frem til at Lundgaard sitt tilfelle falt inn under loven, og uttalte at det forelå en "...så kvalifisert sammenheng mellom lisensinntekten og hans arbeidsforhold..." at vilkårene for øvrig måtte anses oppfylt.¹⁵²

Her trekker Høyesterett eksplisitt inn kravet om kvalifisert tilknytning, og gir derfor direkte uttrykk for at tilknytningskravet er et minstekrav.

Etter at retten hadde slått fast at "...oppfinnelsen har sitt utspring i arbeidsforholdet, eller at den er foranlediget av dette..."¹⁵³ var det etter rettens mening heller "...ikke grunnlag for å anse inntekten som upåregnelig i relasjon til arbeidsforholdet, slik at den av den grunn faller utenfor inntektsbegrepet i skatteloven".¹⁵⁴

Her synes retten å inkludere et krav til påregnelighet i tillegg til tilknytningskriteriet slik som i Havrevold og Vesaas.¹⁵⁵ Således kan det synes som om Høyesterett blander avgrensningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt, med vurderinger som inngår i fastsettelsen av inntektsbegrepets ytre grense. En annen nærliggende tanke er at Høyesterett gir uttrykk for at grensen mellom inntektskategorier skal trekkes ut fra de samme kriterier som ved fastsettelsen av inntektsbegrepets ytre grense. Dersom en slik forståelse legges til grunn, er det påfallende at Høyesterett ikke trekker inn de særlige skattemessige hensyn som gjør seg gjeldende ved grensedragningen mellom inntektsartene.

Zimmer synes å tolke Høyesterett slik at tilknytningskravet er det samme om inntektsbegrepets ytre grense skal fastsettes, eller om grensen mellom inntektsbegreper skal trekkes.¹⁵⁶ Kvamme argumenterer imidlertid for at tilknytningskravet er et annet ved fastleggelsen av inntektsbegrepets

¹⁴⁹ Nå sktl. §5-1

¹⁵⁰ Jf. avsnitt 30 i dommen

¹⁵¹ Jf. Rt. 2000 s.758

¹⁵² Jf. avsnitt 37 i dommen

¹⁵³ Jf. avsnitt 38 i dommen

¹⁵⁴ Jf. avsnitt 39 i dommen

¹⁵⁵ Jf. Rt. 1979 s.481 og Rt. 1974 s.976

¹⁵⁶ Jf. Skatterett 2004 nr. 3 s.271 på s.274

ytre grense enn ved grensen mellom inntektskategorier, og viser blant annet til hensynet til sikring av skattefundamentet, omgåelsesfare og likhetsprinsippet. Imidlertid uttaler han at vurderingen uansett vil lede til en naturlighets- eller nærhetstest hvor vurderingene vil lede til samme resultat.¹⁵⁷

De avtaler og retningslinjer som forelå i saken, styrket rettens oppfatning om at det forelå den nødvendige tilknytning mellom lisensinntektene og Lundgaards arbeidstakerforhold. Som støtte for betraktningen trakk Høyesterett frem forarbeidene til skatteloven av 1999.¹⁵⁸ Denne la til grunn at fordeler som arbeidstaker ervervet i tjenesteforhold, med få unntak måtte anses som inntekt vunnet ved arbeid jfr. sktl. §5-1.

I sin sluttargumentasjon fremhevet Høyesterett at den ikke fant det nødvendig å foreta en videre vurdering av alternative hjemmelsgrunnlag for kapitalbeskatning. En enstemmig Høyesterett konkluderte etter dette at det forelå kvalifisert tilknytning mellom lisensgodtgjørelsen og Lundgaards arbeidsforhold, slik at det var mest naturlig å anse inntekten som fordel vunnet ved arbeid.

3.5.3 Oppsummering

Etter Lundgaard må det være på det rene at tilknytnings- og naturlighetskravet har fått fotfeste som overordnet vurderingstema også ved spørsmål om omklassifisering av kapitalavkastning. Dommen må også tas til inntekt for at kravet om kvalifisert tilknytning nå er et uomtvistet krav ved en tilknytningsvurdering. Imidlertid er det usikkert hvilken betydning det kan få at Høyesterett valgte å trekke inn påregnelighetskriteriet fra forfatterdommene. Det er uklart om retten gav uttrykk for en tilsiktet endring i en generell tilknytningsvurdering, slik at vurderingen er den samme ved fastsettelsen av inntektsbegrepets ytre grense og grensedragningen mellom inntektskategorier. En slik forståelse er ikke nærliggende, men dersom dette er tilfelle vil som regel en naturlighetsvurdering trekke inn de særlige argumenter som gjør seg gjeldende for grensedragningen mellom inntektskategoriene. Således vil en tilknytningsvurdering kunne tilpasses den enkelte sak og de nærmere omstendigheter.

4 GENERELLE BETRAKTNINGER OM KRITERIER OPPSTILT I RETTSPRAKSIS FOR OMKLASSIFISERING

4.1 Sammenfatning av tilknytningskravet og naturlighetskravet

Etter gjennomgangen av dommene må det være klart at tilknytningskravet har fått en overordnet stilling ved grensedragningen mellom inntektskategorier, og ved fastsettelsen av inntektsbegrepets ytre grense. Allerede i Kruse Smith ble det av mindretallet påpekt at tilknytningskravet kun var et minstekrav og at tilknytningen derfor måtte være av en nærmere kvalifisert art. I Pre Finans ble kravet til kvalifisert tilknytning trukket frem, men det ble også vist til at ved vurderingen ville det være sentralt om det forelå særfordeler som gjorde at forholdet avvek fra det markedsmessige. For å earn out tilfellene har rettspraksis vist at en avtale som angir nærmere betingelser for ansettelsesforholdet for at deler av vederlaget skulle utbetales, kan medføre at tilknytningskravet er oppfylt. Dette er klare utgangspunkter som rettspraksis har gitt anvisning på ved vurderingen av tilknytningen mellom fordelen og arbeidsforholdet. Det er imidlertid vanskelig å gi en fullstendig oversikt over innholdet i tilknytningskravet, ettersom det er et dynamisk krav som vil rette seg etter de nærmere omstendigheter i saken.

Det må også være klart på bakgrunn av dommene ovenfor at naturlighetskravet er et nødvendig vilkår for omklassifisering. I noen saker har det imidlertid blitt utelatt fra vurderingstemaet eller

¹⁵⁷ Jf. Skatterett 2005 nr. 4 s.305

¹⁵⁸ Jf. Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)

kommet i bakgrunnen av tilknytningskravet. Det må imidlertid etter Pre Finans og Lundgaard være klart at naturlighetskravet nå har fått gjennomslag som vilkår for omklassifisering, og at både tilknytningskravet og naturlighetskravet må være oppfylt for at omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt skal være legitimert.

Selv om enkelte av Høyesterettsdommene har kommet med en nærmere utdypning av hva som ligger i naturlighetskravet, fremstår det fremdeles som uklart hva det eksakte innholdet er. Imidlertid må det være grunnlag for å anta at en naturlighetsvurdering skal ta utgangspunkt i det antatt normale eller ordinære, og at markerte avvik fra dette kan gjøre at forholdet naturlig faller innunder arbeidsinntektsregelen. Således vil det være et viktig moment i naturlighetsvurderingen om det foreligger særfordeler i ordningen med arbeidsgiver eller kjøper av aksjene. Det må også være grunnlag for å trekke den slutning at naturlighetsvurderingen tar utgangspunkt i de nærmere forhold, og at dersom det foreligger en avtale om arbeidsforholdet i tilknytning til salg av aksjer, vil avtalen være av sentral betydning for om betingelsene avviker fra det normale.

Det må imidlertid vurderes om naturlighets- og tilknytningskravet er to selvstendige vilkår, eller om naturlighetskravet har en tilhørighet til tilknytningskravet.

4.2 Naturlighetskravet – et selvstendig krav eller et tilleggskrav tilknytningskravet?

I flere Høyesterettsdommer har tilknytnings- og naturlighetskravet blitt trukket frem i samme vurderingstema, herunder første gang i Hagerup.¹⁵⁹ Slik Høyesterett formulerte seg kan det synes som om tilknytningskravet var grunnvilkåret, men at resultatet av tilknytningen måtte være at inntekten naturlig falt innunder arbeidsinntektsregelen. Mindretallet i Kruse Smith trakk eksplisitt frem naturlighetskravet som et nødvendig vilkår for omklassifisering, men viste til at naturlighetskravet kom inn i vurderingen av om tilknytningen var tilstrekkelig kvalifisert. Dette trekker i retning av at naturlighetskravet ikke kan anses for å være et selvstendig vilkår, men at det i sammenheng med tilknytningskravet angir graden av tilknytning som er nødvendig for at omklassifisering kan foretas.

Heller ikke i Pre Finans utdyper Høyesterett om naturlighetskravet står på egne bein, men henviser til formuleringen i Hagerup. Imidlertid viser retten til at selv om det foreligger en tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet, er ikke dette tilstrekkelig. Det må også foreligge særfordeler. Også her synes Høyesterett å kreve at tilknytningen mellom fordelen og arbeidsforholdet må ha vært foranledningen til særfordeler, altså at det må foreligge fordeler utenom det vanlige som gjør at inntekten naturlig faller innunder arbeidsinntektsregelen.

I teorien har det vært uenighet om hvorvidt det er tilknytningskravet eller naturlighetskravet som er det sentrale vilkår når spørsmålet om omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst kommer på spissen. Kvamme mener at det er en nærhetsvurdering som er det sentrale, mens Krohnstad stiller seg kritisk til denne forståelsen. Han mener at Høyesteretts argumentasjon viser at det må foreligge mer enn tilknytningspunkter, og at det derfor er naturlighetstesten som er avgjørende for vurderingen.¹⁶⁰

Etter Høyesterett sine uttalelser å dømme kan det synes som om naturlighetskravet ikke har blitt tillagt selvstendig betydning som vilkår, men at det i sammenheng med tilknytningskravet angir den nødvendige grad og art av tilknytning mellom fordelen og arbeidsforholdet for at omklassifisering skal anses legitimert. Det er nærliggende å forstå Høyesterett slik at naturlighetskravet angir et påkrevd resultat av en nærhetsvurdering. Dersom man forstår naturlighetskravet som den

¹⁵⁹ Jf. Rt. 1958 s.583

¹⁶⁰ Jf. Skatterett 2005 nr. 4 s. 305 og Skatterett 2006 nr.1 s.67

avgjørende test på at tilknytningen mellom fordelen og arbeidsforholdet er tilstrekkelig nært, kan det argumenteres for at Krohnstad sin tilnærming til vurderingstema er det mest korrekte. Selv om det må være klart at naturlighets- og tilknytningskravets innhold ikke er fullstendig avklart, er det uansett på det rene at omklassifisering anses legitimert dersom begge vilkårene er oppfylt.

4.3 Sammenfatning av avvikskravet

Ut fra Høyesteretts vurderingstema og argumentasjon, kan det synes som om utgangspunktet for avviksvurderingen er basert på de avtaler som er inngått mellom partene. I avviksvurderingen har Høyesterett oppstilt fem vilkår som må vurderes for å avgjøre om elementer i avtalen mellom partene avviker fra det markedsmessige. Spørsmålet er om disse fem vurderingskriteriene er kumulative eller selvstendige vilkår. Etter Høyesteretts vurderinger i Pre Finans kan det synes som om retten foretar en helhetlig vurdering av de konkrete omstendigheter i saken, og at det er styrken av det enkelte avvik som er avgjørende og ikke om alle kriteriene er oppfylt. Denne forståelsen harmoniserer godt med førstvoterendes konklusjon i saken. Førstvoterende fant etter en gjennomgåelse av avtaleverket omkring partenes aksjeinnhav at; "... så vel fraværet av risiko ved kjøpet som avtalens salgsvilkår, representerer et markert avvik fra de markedsmessige vilkår".¹⁶¹

Dersom man ser isolert på Høyesteretts argumentasjon i Pre Finans, kan det synes som om retten foretar en omklassifisering kun basert på avvikskravet og at tilknytnings- og naturlighetskravet kommer i bakgrunnen av vurderingen. Et moment som taler imot en slik tolkning er rettens henvisning til tilknytnings- og naturlighetskravet i Hagerup.¹⁶² Dersom man ser samlet på Høyesteretts uttalelser kan det trekke i retning av at avvikskravet som et utgangspunkt faller innunder en tilknytnings- og naturlighetsvurdering, men at avvikskravet kan få selvstendig betydning i tilfeller der de nærmere omstendigheter har klare avvik fra det markedsmessige. Således kan det synes som at det i enkelte tilfeller er tilstrekkelig for omklassifisering at det foreligger klare avvik fra det ordinære i aksjonærforhold, ettersom slike avvik vil påvise en nær tilknytning til arbeidsforholdet.

5 AVSLUTNING

5.1 Sammenfatning av vilkårene for omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt

Etter Lundgaard må det anses for å være avklart at det kreves at tilknytningen mellom den skattemessige fordelen og arbeidsforholdet er så nær at det er naturlig å anvende arbeidsinnteksregelen på forholdet. Lundgaard angir samme vurderingstema som i Pre Finans, og må anses for å ha prejudikatverdi for hvilke krav som stilles for at en omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt kan foretas. Imidlertid trekker ikke Lundgaard inn avvikskravet som et vilkår for omklassifisering, i motsetning til Kruse Smith og Pre Finans. Dette fordrer spørsmålet om Høyesterett er av den oppfatning at avvikskravet ikke er et nødvendig vilkår i enhver sak. En mulighet kan være at Høyesterett ikke trakk inn avvikskravet i Lundgaard fordi de anså det slik at det ikke forelå omstendigheter rundt patentavtalen som avvek fra det normale eller markedsmessige, og at den sentrale vurderingen derfor ble om det var andre forhold som tilsa at tilknytningen mellom fordelen og arbeidsforholdet var tilstrekkelig nært. Dersom en slik forståelse legges til grunn, vil avvikskravet i så fall kun ha selvstendig betydning dersom det foreligger spesielle omstendigheter som atskiller seg fra det ordinære i markedet.

¹⁶¹Se s.1750 i dommen

¹⁶²Jf. Rt. 1958 s.583

En sentral forskjell mellom Lundgaard, Kruse Smith og Pre Finans var at Lundgaard omhandlet grensen mellom kapitalinntekt og arbeidsinntekt, mens Kruse Smith og Pre Finans gjaldt grensen mellom kapitalgevinst og arbeidsinntekt. En mulighet kan derfor være at Høyesterett i Lundgaard med hensikt valgte å unngå å trekke inn avvikskravet fordi forholdet gjaldt kapitalinntekter og ikke kapitalgevinster. Det kan imidlertid synes merkelig at Høyesterett i så fall ikke gav tydeligere uttrykk for at avvikskravet skulle utgå ved spørsmål om omklassifisering av kapitalinntekt. En annen sak er at det er vanskelig å finne en begrunnelse for at avvikskravet ikke kan tillegges betydning dersom det i den enkelte sak foreligger klare avvik fra det markedsmessige, og kapitalinntekten har en eller annen form for tilknytning til arbeidsforholdet. Rettstilstanden på dette punkt må fremdeles anses for å være uklar.

5.2 Konklusjon

Temaet for denne avhandlingen var om det kunne oppstilles hjemmelsgrunnlag for omklassifisering av kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt på bakgrunn av en utvidet fortolkning av arbeidsinntektsregelen. Nordborg ble tidligere ansett for å ha prejudikats verdi, og fastslo at kapitalinntekt ikke kunne omklassifiseres til tross for at aksjegevinsten hadde en tilknytning til arbeidsforholdet. Nå må det imidlertid vært klart at resultatet i Nordborg ikke lenger er overrensstemmende med dagens rettstilstand. Gjennomgangen av de overnevnte dommene viser at det i visse tilfeller kan være adgang til å omklassifisere kapitalinntekt/kapitalgevinst til arbeidsinntekt. Høyesterett har imidlertid gitt uttrykk for at det er en snever adgang, og at det kreves at det kan påvises en kvalifisert tilknytning mellom fordelene og arbeidsforholdet. I dette tilknytningskravet ligger også et naturlighetskrav som innebærer at det etter alle forhold tatt i betraktning må være mest naturlig å benytte arbeidsinntektsregelen framfor kapitalregelen. Et annet aspekt ved vurderingen er at Høyesterett har vektlagt om det i den konkrete sak foreligger omstendigheter som avviker fra det markedsmessige. Det kan stille seg usikkert om avvikskravet står på egne bein eller om det er et slags underpunkt til tilknytnings- og naturlighetskravet. Vår mening er at avvikskravet kan inngå i en helhetlig vurdering med tilknytnings- og naturlighetskravet, men at det kan stå på egne bein dersom det foreligger så klare avvik fra det markedsmessige at det levner liten tvil om at fordelene kan tilbakeføres arbeidsforholdet. I Pre Finans synes Høyesterett å tillegge avvikskravet en slik avgjørende funksjon.

I norsk rett finnes det et grunnleggende prinsipp om avtalefrihet, og av den grunn vil ingen avtaler og dermed heller ingen saker være like. I vurderingen av om et grensetilfelle overstiger grensen for omklassifisering, må det derfor tas utgangspunkt i eventuelle avtaler og de nærmere omstendigheter rundt saken. Deretter må det tas standpunkt til om det foreligger slike særfordeler eller avvik fra det vanlige/markedsmessige slik at kapitalforholdet naturlig faller innunder arbeidsinntektsregelen. Hvordan de nærmere omstendighetene skal vektles synes å bero på om saken gjelder omklassifisering av aksjegevinst av ansatte-aksjer eller av deler av salgsvederlag i earn out tilfellene. For aksjegevinster kan det synes som om manglende risiko har hatt betydelig vekt i vurderingen, ettersom det typiske ved aksjeerverv er at det foreligger en risiko for å tape de investerte midler. I earn out tilfellene vil det imidlertid gjerne være bindingstid etter salget av selskapet eller krav om resultatmål som kan medføre at kapitalforholdet er så sterkt knyttet til arbeidet, at deler av vederlaget kan omgjøres til arbeidsinntekt.

Det kan stilles spørsmål ved om avvikskravet også inngår i en omklassifiseringsvurdering for earn out tilfellene, ettersom lagmannsretten i verken Vistnes eller Friborg Hansen trakk frem kravet i vurderingen. Det er imidlertid vanskelig å se en begrunnelse for at avvikskravet ikke kan ha en betydning i en omklassifiseringsvurdering i earn out tilfellene.

Dersom man ser på hvilke konsekvenser en omklassifisering kan ha for den enkelte skattyter, taler dette for at omklassifiseringsadgangen og dermed arbeidsinntektsregelen ikke burde ha for stor rekkevidde. Imidlertid er hensynet til å motvirke ulovlig skatteplanlegging et argument som også må

ha en viss tyngde. Flere av omklassifiseringstilfellene i de tidligere behandlede dommene lå så nær opptil arbeidsinntektsregelen, at de involverte må ha vært klar over muligheten for omklassifisering. En annen sak er at hensynet til skattyternes forutberegnelighet nødvendiggjør klare retningslinjer for hva som faller innunder arbeidsinntekt og kapitalinntekt/kapitalgevinst. Samtidig gjør avtalefriheten det nødvendig å ha smidige regler som kan tilpasses den enkelte sak.

Uansett må det være klart at både rettspraksis og skattemyndighetene har åpnet for at omklassifisering kan foretas for grensetilfeller, dersom vilkårene er oppfylt. Selv om Lundgaard kan anses for å ha prejudikatverdi, vil det antakeligvis komme flere saker for domstolene som gjelder grensen mellom kapitalinntekt/kapitalgevinst og arbeidsinntekt. Dette gjelder særlig i disse dager hvor mindre kunnskapsbedrifter med lav likviditet må finne alternative veier for å holde på verdifull arbeidskraft.

6 KILDER

Litteraturliste:

Aarbakke, Magnus (1990): Skatt på inntekt (4. Utgave), Universitetsforlaget

Gisle, Jon m.f. (2007): Jusleksikon (3. Utgave), Kunnskapsforlaget

Zimmer, Fredrik (2005): Lærebok i skatterett (5. Utgave), Universitetsforlaget

Zimmer, Fredrik (2006): Bedrift, selskap og skatt (4. Utgave), Universitetsforlaget

Lovregister:

Aksjeloven – lov av 13 juni 1997 nr. 44: lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

Arbeidstakeroppfinnelsesloven - lov av 17. April 1970 nr. 21: Lov om arbeidstakeroppfinnelser

Folketrygdloven – lov av 28 feb. 1997 nr. 19: Lov om folketrygd

Ligningsloven – lov av 13 juni 1980 nr. 24: Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven)

Skattebetalingsloven – lov av 17 juni 2005 nr.67: Lov om betaling og innkreving av skatte- og

Skatteloven – lov av 18. august 1911 nr. 8: Lov om skatt på formue og inntekt

Skatteloven – lov av 25 mars 1999 nr. 14: Lov om skatt av formue og inntekt

Forskrifter:

F.27.11.2008 nr.1291 – vedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden

Lignings- ABC 2004/05

Lignings- ABC 2008/09

Stortingets skatte og avgiftsvedtak 2008 (SSV)

Forarbeider:

Ot.prp.nr. 72 (1983-1984): Om lov om endringer i lov 4 juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m m

Innst.O.nr. 73 (1983-1984)

Ot.prp. nr. 26 (1995-1996): Endringer i skattelovgjevinga

Ot.prp. nr. 1 (1996-1997): Skatteopplegget 1997 - Lovendringer

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

Innstl. O. nr.40 (1998-1999): Innstilling fra finanskomiteen om ny skattelov.

Ot.prp.nr. 45 (1999-2000): Om lov om endringer i lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Innst. O. nr. 84 (1999-2000): Innstilling frå finanskomiteen om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Innst. O. nr. 3 (2001-2002): Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2002 – lovendringer

Rettspraksis:

Rt. 1922 s. 523: Nordborg

Rt. 1927 s. 819

Rt. 1958 s. 583: Hagerup (Utv. 1958/616)

Rt. 1974 s. 976: Vesaas (Utv. 1974/492)

Rt. 1979 s. 481: Havrevold

Rt. 1999 s. 1347:

Rt. 2000 s. 758: Kruse Smith (Utv. 2000/993)

Rt. 2000 s. 1739: Pre Finans (Utv. 2000/1537)

Rt. 2002 s. 456:

Rt. 2003 s. 504: Lundgaard (Utv. 2003/811)

Utv. 2005 s. 277: Vistnes

Utv. 2005 s. 907: Friborg Hansen

Uttalelser:

Utv. 1999 s.225: (FIN) bruttoskatteplikt mv. ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler (earn outs")

Utv. 1999 s.716 (FIN) - Spørsmål i forbindelse med opsjoner til ansatte

Utv. 2001 s.1636 (FIN) - Aksjeopsjoner i arbeidsforhold - tidspunktet for verdsettelse ved innløsning

Juridiske artikler/avhandlinger:

Finanz Archiv 1896 s. 1: Der Einkommensbegriff und der Einkommensteuergesetze

Jussens Venner 1988 s.229: Zimmer, Fredrik -Inntektsbegrepet og rettsutviklingen i nordisk skatterett

Revisjon og regnskap nr. 8/2000: Sandvik, Per – Aksjegevinst som lønn

Utv. 2001 s. 692: Gjems-Onstad – Sign on fees og earn-out.

Skatterett 2004 nr. 3 s.271: Zimmer, Fredrik - ” Høyesterettsdommer i skattesaker 2003 – Del 1”

Skatterett 2005 nr. 4 s.305: Kvamme, Kristian - Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter

Skatterett 2006 nr.1 s.67: Krohnstad, Morten Foros - En delingsmodell for aksjegevinster?

Masteroppgave i skatterett (UIO 2008): - Kindseth, Ida Mang - Skattemessig betydning av
incentivordninger i arbeidsforhold

Web ressurser:

www.lovdatab.no

www.rettsdata.no

www.idunn.no

Zimmer, Fredrik: Norsk lovkommentar til skatteloven av 1999 på rettsdata

Stoveland, Per Helge: Norsk lovkommentar til skatteloven av 1999 på rettsdata

Samtaler:

Hugo P. Matre – amanuensis ved Det juridiske fakultet i Bergen