



NORGES HØYESTERETT

Den 30. januar 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-00284-A, (sak nr. 2008/1357), sivil sak, anke over dom,

SEB Enskilda AS

(advokat Harald Willumsen)

mot

Staten v/Skatt øst

(Regjeringsadvokaten v/advokat Amund Noss)

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

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder i hvilken utstrekning utbetalinger fra et indre selskap skal anses som personinntekt for stille deltakeres arbeidsinnsats for selskapet, jf. skatteloven § 12-2 bokstav f.
- (2) Et indre selskap er et selskap som ikke opptrer som sådant overfor tredjemann, jf. selskapsloven § 1-2 bokstav c. Det indre selskap består normalt av en hovedmann og en eller flere stille interessenter. Hovedmannen er fullt ansvarlig for selskapets forpliktelser, og representerer dette utad. Den stille interessent er deltaker i virksomheten, normalt med avtale om at ansvaret er begrenset til et innskudd eller en definert innskuddsforpliktelse.
- (3) Det indre selskap er ikke et eget skattesubjekt, men er undergitt deltakerligning, jf. skatteloven § 2-2 andre ledd bokstav c og tredje ledd. Både alminnelig inntekt og personinntekt skal imidlertid fastsettes på selskapets hånd, for deretter å fordeles på deltakerne. Dette er også bakgrunnen for at SEB Enskilda AS opptrer som part i saken, jf. ligningsloven § 11-1.
- (4) Orkla Finans AS etablerte fondsmeglervirksomhet i 1986. Virksomheten ble videreutviklet blant annet ved oppkjøp. I 1994 ble det opprettet et indre selskap (Selskapet) med det heleide datterselskapet Orkla Finans Fondsmegling AS som hovedmann (Hovedmannen). Selskapet ble etablert med en bunden egenkapital på 10 millioner kroner. De stille deltakere (Interessentene) eide 16 % og Orklakonsernet 84 %. Det fremgår av det fremlagte årsregnskap for 1994 at de stille deltakere, på tross av eierfordelingen, mottok 40 % av årsresultatet som sin andel av overskuddet.

- (5) Den 18. februar 2000 solgte Orkla Finans AS Hovedmannen til Enskilda Securities AB med oppgjør i aksjer i kjøperselskapet. I denne forbindelse ble det gjort endringer i avtaleverket som denne saken ikke gjør det nødvendig å komme nærmere inn på. Selskapskapitalen ble økt til 20 millioner kroner, og Interessentenes eierandel utgjorde 34,2 %. Ved utløpet av 2002 var selskapskapitalen økt til 20 994 000 kroner og Interessentenes eierandel var uendret. Hovedmannens navn er endret flere ganger frem til at det i dag heter SEB Enskilda AS.
- (6) Virksomheten i Selskapet var basert på avtaler som årlig ble vurdert, og jevnlig endret. For de aktuelle skatteår, 2002 og 2003, var avtaleverket i all hovedsak likelydende, og jeg nøyer meg i den videre fremstilling av bakgrunnen for saken med å henvise til avtalene for 2002. De sentrale avtaler var "Avtale om Det Indre Selskap Orkla Enskilda Securities" (Hovedavtalen) og "Avtale om overskuddsdeling mv. for Interessenter" (Interessentavtalen). Interessentavtalen er vedlegg til Hovedavtalen, og utgjør en integrert del av denne. Avtalene inneholder en rekke bestemmelser som har relevans for det spørsmål saken reiser.
- (7) Det er også inngått en "Avtale om arbeidsforhold" mellom selskapet og den enkelte interessent. Avtalene fastslår at interessentene ikke har noe krav på godtgjørelse for arbeidet utover den andel av overskuddet som følger av de øvrige avtaler, og at arbeidsmiljøloven ikke får anvendelse. For øvrig vises til arbeidsinstruks, bestemmelser om taushetsplikt og interne regler for verdipapirhandel.
- (8) Hovedavtalen innledes med at det fastslås at Selskapets virksomhet skal omfatte den fondsmeglervirksomhet som Hovedmannen skal drive i eget navn. Hovedmannen, som ikke er gitt anledning til å drive annen virksomhet, skal skyte inn hele sin til enhver tid beskattede egenkapital. For den delen av egenkapitalen som oversteg Hovedmannens andel av selskapskapitalen, betaler Selskapet en etterskuddsrente på 15 % p.a. Renten regnes som en driftsutgift for Selskapet ved beregning av overskudd til fordeling.
- (9) Sentrale elementer i avtaleverket er ellers at Interessentene forutsettes å arbeide for Selskapet på heltid, og at deltakelsen måtte avvikles om arbeidsforholdet ikke ble opprettholdt. Dette siste kommer bare indirekte til uttrykk i avtaleverket, men det er uomtvistet at avtalene skal forstås slik.
- (10) Forvaltningen av Selskapet hører under Hovedmannen, og Interessentene har ingen formell innflytelse. I Hovedavtalens punkt 4 er inntatt den følgende bestemmelse om forvaltningen av selskapets virksomhet:

"Forvaltningen av Selskapets virksomhet hører under OES alene, dvs. OESs generalforsamling, styre og adm. direktør.

Interessenter har ingen medbestemmelsesrett, jfr. selskapsloven § 2-8 nr 2 og § 2-20 nr 3. Interessenter kan imidlertid avgi innstilling for behandling i OESs styre. Videre skal Interessenter konsulteres før beslutninger som er av vesentlig betydning for virksomheten fattes. Herunder nevnes spesielt valg av styremedlemmer og inngåelse av viktige kommersielle avtaler.

OES skal videre sende Interessenter alle Selskapets månedsregnskaper, jfr. også pkt. 6. OES skal orientere om alle beslutninger av ekstraordinær karakter."

- (11) Uttreden kan besluttes av de øvrige Interessentene med samtykke fra styret i Hovedmannen, og ved vesentlig mislighold kan utløsning besluttes av Hovedmannen. Ved uttreden skjer utløsning ved tilbakebetaling av det innbetalte innskudd med tillegg av opptjent overskudd frem til fratredelsesdagen, begrenset oppad til det fastsatte basisbeløpet. Den uttredende har som hovedregel ikke krav på innskuddsavkastning eller noen annen del av det resterende overskudd, i perioden fra årsskiftet og frem til fratredelsesdagen.
- (12) Fordelingen av overskuddet mellom Hovedmannen og Interessentene er nærmere fastsatt i Hovedavtalen. Det overskudd som skal fordeles, er det regnskapsmessige resultat tillagt eventuelle bonusutbetalinger til de ansatte i Selskapet inklusive arbeidsgiveravgift (Overskuddet).
- (13) Interessentene mottar hele Overskuddet inntil disse har mottatt et basisbeløp som på forhånd er fastsatt for den enkelte Interessent. Dette grunnbeløpet varierte i 2002 fra 593 320 til 1 141 000 kroner, og beløp seg totalt til 31 740 574. For 2003 var maksimalbeløpet uendret, og den laveste basisgodtgjørelse var 484 925 kroner. Basisgodtgjørelsen utgjorde for 2003 totalt 30 732 507 kroner.
- (14) Av den overskytende del av Overskuddet skal Hovedmannen motta 40 %. Interessentene skal også motta 40 %, men med fradrag for de eventuelle bonusutbetalinger til de ansatte tillagt avgift. De resterende 20 % av Overskuddet skal fordeles mellom de to grupperinger etter nærmere avtale. Ved mangel på enighet fastsettes imidlertid andelen av styret i Hovedmannen, og for de to aktuelle år ble ikke interessentene gitt noen andel i denne del av Overskuddet.
- (15) Interessentene er ikke ansatt i Selskapet, men er å anse som selvstendig næringsdrivende. Selv om Interessentene utfører arbeid for Selskapet, vil deres samlede utbetalinger fra Selskapet selskapsrettslig være å anse som en overskuddsdisponering. Det fastsatte basisbeløp utbetales løpende gjennom året, men ettersom Interessentene bare vil være berettiget til disse beløpene i den utstrekning det blir et tilstrekkelig stort overskudd, skjer utbetalingene som et rentefritt lån til Interessentene.
- (16) Det Interessentene mottar utover basisbeløpet, er delt i to deler. Det er for det første fastsatt at Interessentene skal ha en innskuddsavkastning som skal utgjøre samme relative andel av Overskuddet som Hovedmannen mottar for sin deltakerinteresse. Overskudd som Interessentene som gruppe er berettiget til utover dette, utbetales som en diskresjonær bonus til Interessenter som har hatt ”en markert høyere inntjening enn de øvrige, eller på annen måte har ytet mer enn øvrige interessenter/ansatte til Selskapets inntjening.”
- (17) Selskapets virksomhet er i stor utstrekning basert på Hovedmannens finansielle stilling. Det følger av avtalene at Hovedmannens samlede beskattede egenkapital til enhver tid skal være skutt inn i selskapet. I den utstrekning dette medfører at et beløp blir stillet til rådighet utover Hovedmannens andel av selskapskapitalen, skal det beregnes en rente på 15 % p.a., som skal anses som en driftsutgift for Selskapet. Rentesatsen er ment å dekke vederlag for at Selskapet kunne nyttiggjøre seg opparbeidet goodwill i tillegg til avkastning på den kapital som er stillet til rådighet. For 2002 utgjorde det overskytende beløp 160 704 372 kroner og i 2003 160 300 611 kroner.

(18) For 2002 ble Interessentenes innskuddsavkastning 67 904 819 kroner, mens summen av basisbeløpet og den diskresjonære bonus ble 53 993 892 kroner. Av dette utgjorde den diskresjonære bonus 15 401 148 kroner. Dette ble av Selskapet opplevd som problematisk i to relasjoner. Fordelingen utfordret en opplevd forståelse med ligningsmyndighetene om at i størrelsesorden 50 % av Overskuddet må klassifiseres som personinntekt. Det var dessuten et ønske om større fleksibilitet ved fordelingen av overskuddet. Dette førte til at Selskapets kapital i desember 2003 ble økt med ytterligere 2 939 000 kroner. Kapitalforhøyelsen, som i sin helhet ble tegnet av Hovedmannen, var etter det opplyste ikke begrunnet i et kapitalbehov, men i de hensyn jeg nettopp har redegjort for. Ved at Interessentenes andel ble redusert samtidig som andelen av overskuddet var uendret, økte den diskresjonære bonus som oppgis som personinntekt av Selskapet.

(19) I august 2004 ble det påbegynt bokettersyn i Det Indre selskap Enskilda Securities, og den 15. desember samme år sendte Oslo likningskontor varsel om at det kunne bli aktuelt å endre ligningen for Interessentene slik at 15 % av innskutt beløp ble ansett som kapitalavkastning, mens Interessentenes andel av overskuddet for øvrig ble ansett som personinntekt. Etter en omfattende korrespondanse mellom ligningskontoret og Selskapets juridiske rådgivere, traff Oslo likningsnemnd den 18. oktober 2005 vedtak med slik slutning:

”2002:

Personinntekt høy sats for de personlige deltakerne forhøyes med kr 66 939 819 fra kr 53 993 865 til kr 120 933 684.

2003:

personinntekt høy sats for de personlige deltakerne forhøyes med kr 50 829 947 fra kr 55 044 551 til kr 105 874 498.”

(20) Ligningsnemnden drøfter innledningsvis om det er grunn til å sette til side selskapsformen som pro forma, men avviser dette. Det konkluderes også med at det ikke er grunnlag for å benytte de ulovfestede regler om gjennomskjæring. I stedet bygger nemnden direkte på skatteloven § 12-2 bokstav f, og konkluderer at en større del av Interessentenes overskuddsandeler enn det som Selskapet og Interessentene har lagt til grunn og som de har tatt med i sine ligningsoppgaver, må anses som ”godtgjørelse til deltaker for arbeidsinnsats i deltakerlignet selskap”. Overskuddsandelen anses i sin helhet som slikt vederlag, bare med fradrag for en skjønsmessig fastsatt kapitalinntekt på 15 % av innskutt kapital.

(21) Vedtaket ble ikke påklaget, men ble i stedet brakt direkte inn for domstolene. Oslo tingrett avsa dom i saken den 14. desember 2006. Dommen hadde slik domsslutning:

”1. Staten v/Oslo likningskontor frifinnes.

2. Enskilda Securities ASA dømmes til å betale Staten v/Oslo likningskontor sakens omkostninger med 155 000 – etthundreogfemtifemtusen – kroner. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker fra forkynning. Fra forfall og til betaling skjer påløper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3.”

(22) Selskapet påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett, som den 6. juni 2008 avsa dom med slik domsslutning:

”1. Oslo tingretts dom av 14. desember 2006 stadfestes.

2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler SEB Enskilda AS innen 2 – to – uker til Staten v/Skatt Øst 144 000 – etthundreogførtifiretusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”

- (23) Lagmannsrettens dom er av Selskapet påanket til Høyesterett. Det er i anken oppgitt at denne gjelder lovforståelsen. Saken står i hovedsak i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter. For de tidligere retter ble det imidlertid gjort gjeldende som et selvstendig grunnlag at vedtaket var i strid med etablert ligningspraksis av slikt omfang og karakter at denne bare kunne endres ved lov. Dette grunnlaget er frafalt for Høyesterett.
- (24) Det er for Høyesterett også fremlagt en rekke dokumenter til belysning av hva som er bransjenorm i fondsmeglernæringen med hensyn til hvilken del av overskuddet som tilfaller de ansatte som bonus.
- (25) Den ankende part, *SEB Enskilda AS*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (26) Det er ikke noe rettslig grunnlag for å legge til grunn en annen arbeidsgodtgjørelse enn den som er avtalt mellom Selskapet og den enkelte interessent.
- (27) Ligningsloven § 8-1 fastslår bare det prinsipp at ligningsmyndighetene ikke er bundet av uriktige opplysninger i selvangivelsen. Språklig sett gir bestemmelsen ligningsmyndighetene kompetanse til å ”avgjør[e] hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen”, men det forutsettes at det er gitt uriktige opplysninger. Det er ikke tilfellet her.
- (28) Det ligningsmyndighetene her i realiteten har gjort er å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregel, eventuelt bestemmelsen i skatteloven § 13-1 om omklassifisering ved interessefelleskap. Allerede det forhold at den innberettede personinntekt tilsvarer markedsmessig lønn for det arbeid interessentene har utført, må få som konsekvens at disse reglene ikke gir grunnlag for omklassifisering.
- (29) Den hovedfeil ligningsmyndighetene og de tidligere rettsinstanser har begått, er at det fokuseres på avkastning på innskutt kapital i stedet for på deltakernes eierandel i en fullverdig fondsmeglervirksomhet. Det fremheves i denne sammenheng at flere av interessentene har vært instrumentale i oppbyggingen av denne virksomheten. Eierposisjonen kan ikke begrenses til det innskudd som deltakelsen innebærer.
- (30) Allerede de innbetalte innskudd var betydelige, og av en helt annen størrelsesorden enn de aksjeinvesteringer som ble vurdert i Kruse Smith-dommen, Rt. 2000 side 758. De investeringer som der ble vurdert, varierte fra 6 360 til 10 360 kroner. I vår sak varierte innskuddene fra 30 000 til 900 000 kroner. I relasjon til hvilken risiko deltakelsen innebærer, har imidlertid også perspektivet vært for snevert. Den største risiko interessentene påtok seg var at den opptjente andel i Overskuddet i gjennomsnitt ble holdt tilbake i Selskapet i 9 måneder. Dette dreide seg om betydelige beløp.
- (31) Statens anførsler for Høyesterett er i det alt vesentlige de samme som for lagmannsretten. Det er til dels vanskelig å se på hvilken måte de ulike anførselene kan ha relevans for spørsmålet om det er adgang til å omklassifisere den avtalte virksomhetsinntekt til vederlag for arbeid utført for Selskapet. Lagmannsrettens dom er i så henseende ikke avklarende. På side 18 i dommen fremgår det at lagmannsretten bygger sitt resultat på ”en

samlet vurdering”, og det fremkommer heller ikke på annen måte hva som er vektlagt. Den ankende part gjør gjeldende at de fleste av de synspunkter som har vært fremhevet til støtte for ligningsnemndens vedtak, etter sin art er nærmere knyttet til spørsmålet om selskapsdannelsen er reell, et spørsmål som ikke er til prøving i saken, enn til spørsmålet om det er adgang til å omklassifisere inntekt av virksomhet til arbeidsvederlag.

- (32) Interessentenes deltakelse i Selskapet er en realitet, og på samme måte som i Kruse Smith-dommen må det foretas en selvstendig vurdering av selskapsdeltakelsen. Det er ikke rom for å se utbyttet fra selskapsdeltakelsen som vunnet ved arbeid, selv om arbeidsforholdet var et vilkår for deltakelsen. Denne tilnæringsmåte bekreftes også i Fornebuklinikk-dommen, Rt. 2006 side 1573. En tilsidesettelse av det avtalte vederlag for arbeid forutsetter at vilkårene i skatteloven § 13-1 er oppfylt, herunder at skattyters inntekt er redusert som følge av interessefelleskapet. Det er ikke situasjonen for Interessentene. Den personinntekt disse har hatt er utvilsomt markedsmessig.
- (33) De tidligere avgjørelser fremhever at avkastningen på den foretatte investering var ekstraordinært høy, men det at en investering viser seg å være særlig god, gir klart ikke noe grunnlag for omklassifisering. Det er heller ikke riktig at den oppnådde avkastning er enestående høy.
- (34) Selskapet har gjennomgående skilt klart mellom innskuddsavkastning og ulike vederlag for arbeid. I enkelte sammenhenger har språkbruken vært mindre presis, men det er under enhver omstendighet realiteten i ordningen som må legges til grunn.
- (35) Lagmannsretten drøfter også de overføringer av andeler som har funnet sted ved opptak/uttreden og mellom Interessentene. Det fremholdes imidlertid at gruppen av interessenter, i tråd med formålet for det indre selskap, har vært meget stabil, og at omfanget av justeringer av eierforholdene hverken har vært større eller hyppigere enn det som må forventes i virksomheter av denne art.
- (36) Den fundamentale feil er imidlertid at det oppnådde resultat ved virksomheten knyttes direkte til Interessentenes arbeidsinnsats, og at det her sees bort fra de betydelige systemverdier. Disse systemverdiene er av vesentlig betydning for de oppnådde resultater.
- (37) Selskapet inngår i Enskildakonsernet, som har meglervirksomhet i mange land; Stockholm, København, Frankfurt, London og New York. Disse kontorene samarbeider blant annet om analyser, dataløsninger, kunder osv. Dette gir synergieffekter som kommer alle kontorene til gode, og som bidrar til Selskapets positive resultater.
- (38) En annen viktig systemverdifaktor er at med Selskapets posisjon i markedet, får Selskapet en rekke oppdrag fordi kundene har tillit til Selskapets evne til å gjennomføre emisjoner og andre kapitalkrevende transaksjoner.
- (39) Virksomhetens kontaktnett er bygget opp over en årrekke og er blant annet for flere store institusjonelle kunder ikke personrettet, men kundene er knyttet til Selskapet. Disse kundene gir Selskapet store oppdrag der godtgjørelsen for oppdraget langt overstiger en naturlig arbeidsgodtgjørelse for den innsats virksomhetens medarbeidere yter.
- (40) Det indre selskap har til enhver tid hatt en betydelig kapitalbase ved Selskapets egenkapital, tilbakeholdt overskudd, det ansvarlige lånet fra Hovedmannen og

trekkfasiliteter. Denne betydelige kapitalbasen har gitt grunnlag for at Selskapet har kunnet ta på seg oppdrag som andre meglervirksomheter med svakere kapitalgrunnlag ikke har kunnet påta seg.

- (41) For det tilfellet at retten skulle komme til at ligningsmyndighetene ikke var bundet av den klassifisering som var foretatt av Selskapet og Interessentene, gjøres det gjeldende at ligningsnemndens vedtak må oppheves fordi det ikke er foretatt et individuelt skjønn over hva som for den enkelte Interessent ville være markedsmessig vederlag for arbeid, mens ligningsnemnden i stedet generelt har vurdert avkastning på innskutt kapital.
- (42) Det er ikke foretatt noe skjønn i forhold til den enkelte skattyter. I stedet har ligningsmyndighetene innført en sjablonregel som etter legalitetsprinsippet bare kan vedtas av lovgiver, og dette er endog gjort med tilbakevirkende kraft.
- (43) For det tilfellet at den indirekte metode skulle bli akseptert, gjøres det gjeldende at ligningsnemndens vedtak må oppheves som vilkårlig eller/og klart urimelig. Det er ved fastsettelsen av kapitalavkastningen uriktig tatt utgangspunkt i innskutt kapital i stedet for i selskapsdeltakelsen.
- (44) SEB Enskilda AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Ligningsnemndas vedtak av 18. oktober 2005 om fastsettelse av personinntekt for det Indre Selskapet SEB Enskilda for 2002 og 2003 oppheves.
2. Staten v/Skatt øst dømmes til å betale SEB Enskilda AS’ saksomkostninger for Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett, med tillegg av avsavnsrente, samt saksomkostninger for Høyesterett, innen 2 uker fra dommen er forkynt.”
- (45) *Staten v/Skatt øst*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (46) Det følger av skatteloven § 12-2 bokstav f at personinntekt omfatter ”godtgjørelse til deltaker for arbeidsinnsats i deltakerlignet selskap”. Bestemmelsen gir ligningsmyndighetene kompetanse til å vurdere og fastsette størrelsen på hva godtgjørelsen faktisk har vært. Ligningsmyndighetenes vurdering vil naturlig ta utgangspunkt i selvangivelsene, men ligningsmyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen skal fange opp alle tilfeller hvor fordelingen av overskuddet gjenspeiler godtgjørelse for arbeidsinnsats. Selv om en utbetaling etter selskapsavtalen ikke er klassifisert som personinntekt, må det, slik lagmannsretten har gjort, vurderes om det er andre forhold som tilsier at utdelingen er ”godtgjørelse til deltaker for arbeidsinnsats”.
- (47) Dette hovedprinsipp er direkte uttalt i ligningsloven § 8-1 nr. 1 første punktum, men regelen måtte vært den samme også om det generelle prinsipp ikke var kommet til uttrykk i ligningsloven.
- (48) Det er ikke nødvendig å bygge avgjørelsen på skatteloven § 13-1. Denne bestemmelsen representerer eventuelt et dobbelt hjemmelsgrunnlag.

- (49) De konkrete omstendigheter i saken viser at de overskuddsandeler Interessentene har mottatt fra Selskapet, i det alt vesentligste er vederlag for det arbeid Interessentene har utført. Det er i denne sammenheng særlig vist til
- at innskuddsavkastningen i stor utstrekning er omtalt som en del av bonussystemet i interne dokumenter,
 - at det i stor utstrekning ble foretatt endringer i eierfordelingen for å tilpasse denne slik at det i størst mulig grad skulle unngås at en deltaker fikk en større del av resultatet enn det som ville ha blitt bestemt i et system der eierfordelingen ikke la føringer for overskuddsdelingen,
 - at omfordeling av eierandeler også skjedde med tilbakevirkende kraft,
 - at det alt vesentlige av systemverdiene tilhører Hovedmannen, og det til dels ikke er mulig å overføre disse til Selskapet,
 - at Interessentenes godtgjørelse for arbeid i form av den andel av overskuddet som ikke er klassifisert som innskuddsavkastning, ikke er markedsmessig.
- (50) Det må ved vurderingen av om vederlaget er markedsmessig, foretas overordnede sammenligninger med hva de ansatte/interessentene mottar i sammenlignbare virksomheter. Individuelle forhold har så stor betydning at det ikke er realistisk å foreta sammenligninger på stillingsnivå, enn si for den enkelte basert på utdanning, erfaring og posisjon. Den overordnede sammenligning som må foretas, viser entydig at den andel av overskuddet som Interessentene har oppgitt som vederlag for arbeid, er vesentlig lavere enn den del av overskuddet som de ansatte i tilsvarende virksomheter oppnår.
- (51) Den foretatte fastsettelse av personinntekt for deltakerne er basert på et forsvarlig skjønn. Det må klart være uten betydning at personinntekten fremkommer indirekte ved at det direkte skjønnes over hvilken del av overskuddet som kan anses som kapitalavkastning. Den ankende parts syn ville innebære en effektiv sperre mot overprøving; interessentene ville i praksis vært immune.
- (52) Ved den konkrete vurdering av kapitalavkastningen har ligningsnemnden riktig lagt til grunn at det i noen utstrekning må hensyntas systemverdier, men at disse ikke har vesentlig betydning for inntjeningsnivået. Den fastsatte avkastning er for øvrig på riktig måte bygget opp med utgangspunkt i risikofri rente, og det er gjort et betydelig risikotillegg. "Renten" på det ansvarlige lån fra Hovedmannen er ikke noe egnet sammenligningsgrunnlag.
- (53) Det skjønn ligningsnemnden har gjort, er systematisk bygget opp, og det er vel begrunnet. Det er da all grunn til at domstolene, slik det følger av Høyesteretts praksis, skal vise tilbakeholdenhet ved overprøvingen av det konkrete skjønn.
- (54) Ankemotpaten, staten v/Skatt øst, har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Anken forkastes.**
 2. **Staten v/Skatt øst tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.”**
- (55) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (56) Ligning på grunnlag av selvangivelse skjer som utgangspunkt på grunnlag av de opplysninger som er gitt i oppgaven. Ligningsmyndighetene må imidlertid føre kontroll

med disse opplysningene og fastsette grunnlaget for ligningen basert også på de øvrige opplysninger som foreligger.

- (57) Det er dette alminnelige prinsipp som er kommet til uttrykk i ligningsloven § 8-1. Ordlyden i bestemmelsen kan synes å stille ligningsmyndighetene svært fritt, men det som følger av bestemmelsen er at ligningsmyndighetene plikter å fastsette det faktiske grunnlag for ligningen etter en fri bevisbedømmelse som tar hensyn til alle foreliggende opplysninger, også de omstendigheter som taler i skattyterens favør. Målet er å komme så nær det faktisk riktige som mulig, jf. Rt. 1994 side 260. Det kan være en smakssak om man vil se § 8-1 som selvstendig hjemmel for å korrigere uriktige selvangivelser, eller om man vil anse denne adgang til korreksjon for å følge av de ulike skattehjemler.
- (58) Det vil under særlige omstendigheter også kunne være aktuelt å fravike en selvangivelse selv om de opplysningene som er gitt korrekt reflekterer de faktiske forhold. Tilsidesettelse kan skje blant annet på grunnlag av de særlige regler om internprising eller på grunnlag av de ulovfestede regler om gjennomskjæring. Ligningsnemnden har i vår sak ikke bygget på slike regler, men har i stedet vurdert om den klassifisering av overskuddet som ligger til grunn for selvangivelsene, samsvarer med det som reelt er "godtgjørelse for arbeid" basert på en riktig forståelse av skatteloven § 12-2 bokstav f. Jeg er enig i en slik tilnærming, som også synes klart forutsatt i Ot.prp. nr. 17 for 1992-93, hvor det ble fremmet forslag om å tilføye en bestemmelse om at særskilt vederlag for arbeidsinnsats i deltakerlignet selskap skal regnes som personinntekt. Etter at departementet hadde vist til mulighetene for å komme frem til dette ved hjelp av reglene om gjennomskjæring, heter det på side 21 i proposisjonen:

"En eventuell adgang til gjennomskjæring antas imidlertid bare å være til stede i de klare tilpasningstilfeller, og vil derfor neppe omfatte alle situasjoner hvor en deltaker har oppbåret vederlag for arbeid fra selskapet. Det antas dessuten som en lite holdbar situasjon at ligningsmyndighetene må begrunne en slik tilordning i gjennomskjæringsbetraktninger."

- (59) Skatteloven § 12-2 bokstav f fastsetter at "godtgjørelse til deltaker for arbeidsinnsats i deltakerlignet selskap" anses som personinntekt. Det følger av det jeg har sagt innledningsvis at ligningsmyndighetene må foreta en reell vurdering av de samlede utbetalinger fra selskapet til deltakeren. Det at deler av utbetalingene er skjedd som andel av en innskuddsavkastning som er fordelt etter eierandel, kan ikke i seg selv være avgjørende. At de reelle forhold må legges til grunn, er eksempelvis vel etablert ved omklassifisering av utbytte som lønn og ved vurderingen av ulike "earn out" modeller.
- (60) Ved lov av 8. januar 1993 nr. 12 ble den dagjeldende skatteloven § 55 nr. 4 endret ved at det ble gitt en tilføyelse om at deltakers særskilte godtgjørelse for arbeidsinnsats i selskapet skal regnes som personinntekt. I Ot.prp. nr. 17 for 1992-93 side 21 heter det i denne sammenheng:

"Departementet mener derfor at det er et behov for en bestemmelse som direkte klassifiserer godtgjørelse for arbeidsinnsats i selskapet som personinntekt for deltakeren. En slik bestemmelse vil gi en klassifisering av inntekten som bedre reflekterer de faktiske forhold, og berører ikke de alminnelige delingsreglene."

- (61) Finanskomiteen ga sin tilslutning til dette, og det fremgår av Innst. O. nr. 48 for 1992-93 side 17 at finanskomiteen tok sikte på at tilføyelsen skulle fange opp alle tilfeller hvor fordelingen av overskuddet gjenspeiler godtgjørelse for arbeidsinnsats.

- (62) Det oppstod senere tvil om rekkevidden av angivelsen av ”særskilt godtgjørelse”, og ved lovendring den 20. desember 1993 ble ”særskilt” tatt ut av lovteksten. I Ot.prp. nr. 22 for 1993–94 er det på side 5 vist til at det avgjørende må være om det i realiteten foreligger en arbeidsgodtgjørelse. Om denne får form av en skjevdeling av overskuddet, kunne ikke være avgjørende. Det heter så i proposisjonen:

”For å avskjære tvil om bestemmelsens virkeområde foreslår departementet at ordet ’særskilt’ tas ut av lovteksten. Det blir da klarere at også skjevdeling av overskudd på grunn av ulik arbeidsinnsats leder til egen personinntektsberegning, selv om godtgjørelsen for arbeidet er ’innbakt’ i den alminnelige overskuddsdeling mellom deltakerne.”

- (63) Den ankende part har anført at denne uttalelsen i proposisjonen må forstås slik at det er en forutsetning for omklassifisering av en overskuddsandel, at det har skjedd en skjevdeling av overskuddet. Dette er jeg, når forarbeidene sees i sammenheng, ikke enig i. Det sentrale siktemål synes å være å få etablert at de reelle forhold må legges til grunn for beregning av personinntekt.
- (64) Som jeg har redegjort for innledningsvis, er Interessentenes selvangivelser basert på at disse får utbetalt den samme del av virksomhetens overskudd per eierandel som Hovedmannen, og at denne del av overskuddet er ansett som inntekt ved virksomhet. De fastsatte grunnbeløp og de diskresjonære bonusutbetalinger er oppgitt som personinntekt.
- (65) Også ved anvendelsen av § 12-2 bokstav f må det tas utgangspunkt i selvangivelsene, men jeg finner grunn til å understreke at særlige forhold ved det aktuelle selskapsforholdet gjør at det ikke systematisk sett kan sies å være noen egentlig presumsjon for at bare det som er oppgitt som personinntekt, kan anses som ”godtgjørelse for arbeidsinnsats” i skattelovens forstand.
- (66) Et vilkår for å bli stille interessent er at Interessentene arbeider i full stilling for Selskapet. Eierandelen vil være en funksjon av hvor viktig vedkommendes innsats for Selskapet anses å være ved inntreden. Videre deltakelse i Selskapet er betinget av at arbeidsforholdet opprettholdes. Dette gjelder også om uttreden blir besluttet av de øvrige eiere, og selv om slik beslutning ikke har mislighold som grunnlag. Ved uttreden får vedkommende ikke en andel av Selskapets reelle verdi, men bare sin andel av innskutt kapital. På tilsvarende måte må eierandelen i det indre selskap vurderes under hensyntagen til at Hovedmannen er gitt en vid adgang til å si opp selskapsforholdet med 6 måneders varsel. Jeg kommer tilbake til dette i forbindelse med vurderingen av systemverdiens betydning ved den konkrete fastsettelse av fordelingen av Interessentenes overskudd på henholdsvis virksomhetsinntekt og arbeidsgodtgjørelse.
- (67) Den ankende part har fremhevet at det ikke kan ha betydning at inntjeningen er høy, og har i den sammenheng gitt uttrykk for at kapitalbehovet er lavt. Det er for så vidt treffende for det indre selskap, som knapt kan sies å ha noe selvstendig kapitalbehov overhodet. Utsagnet er imidlertid svært misvisende for den virksomhet som drives av Selskapet. Det økonomiske fundament for virksomheten er Hovedmannens kapital, som i sin helhet stilles til rådighet. Virksomheten er videre avhengig av ulike garantier som i de aktuelle år beløp seg til i størrelsesorden 700 millioner kroner. Garantier fra Hovedmannens morselskap var nødvendig. Etter overdragelsen til Enskilda Securities AB ble garantiene i stedet stillet direkte av konsernet.

- (68) Men også utover dette ble konsernets finansielle ressurser stillet til rådighet for Selskapet. I Selskapets regnskap for 2002 heter det eksempelvis i note 11:

”Morselskapet Enskilda Securities AB hadde pr 31.12.02 likviditetsrammer i størrelsesorden NOK 6.000 mill. som de kun i begrenset grad trakk på. Ved kortsiktige likviditetsbehov kan ubenyttet kreditt i morselskapet på kort varsel overflyttes til Orkla Enskilda Securities ASA.”

- (69) I sin skriftlige redegjørelse for Høyesterett skriver tidligere administrerende direktør Mads H. Syversen om hva som genererte inntektene:

”I tillegg benyttet vi kapitalbasen vår aktivt til å gjennomføre oppdrag og vi tok også posisjoner i markedet. Særlig i 2002 og 2003 ga dette betydelige inntekter jfr særlig våre medieomtalte posisjoner i refinansieringen av Aker-konsernet i denne perioden. For disse to årene genererte dette over NOK 100 mill i netto inntekt. Dette var med andre ord i all hovedsak finansinntekter der ”arbeidsinnsats” var mindre vesentlig.”

- (70) Interessentenes kapitalinnskudd beløp seg til totalt 7,1 millioner kroner. I den aktuelle sammenheng er beløpet ubetydelig, og det er ikke i saken påberopt at Selskapet hadde et finansielt behov for å få tilført midlene. Det er illustrerende at Interessentene, som nevnt innledningsvis, allerede i 1994, da eierandelen var 16 %, mottok 40 % av overskuddet. Kapitalinnskuddene har i hovedsak hatt som funksjon å etablere eierposisjoner for Interessentene, og det kan etter mitt syn legges til grunn at størrelsen på innskuddene snarere er bestemt med det siktemål å unngå at allokeringen av andel av overskuddet til innskuddene skulle være for oppsiktsvekkende enn for å dekke selskapets kapitalbehov.
- (71) Opptaket av de stille interessenter fikk heller ikke noen styringsmessige konsekvenser for Hovedmannen, jf. det jeg tidligere har gjengitt fra Hovedavtalen. Den konsultasjons- og informasjonsplikt som er fastsatt i Hovedavtalen punkt 4 annet avsnitt, går neppe lenger enn det som i praksis måtte følge av nøkkelpersonenes faktiske betydning for virksomheten, og det er illustrerende at bestemmelsen helt er utelatt i den fremlagte interne presentasjon av det indre selskap.
- (72) Børsene falt i 2002, og årene 2002 og 2003 var til dels vanskelige for fondsmeglerselskapene. Dette førte til redusert inntjening også for Selskapet. Hovedmannens inntjening disse årene falt til henholdsvis 131,2 og 125,5 millioner kroner. Inntjeningen er imidlertid fortsatt betydelig med derav følgende høy markedsverdi. Avtaleverket medførte at Interessentene ikke hadde anledning til å avhende sine andeler, men det var ikke noe til hinder for at eierne av Hovedmannen kunne selge dette selskapet, og da til reell markedsverdi basert på den etablerte inntjening. Det var dette Orkla Finans AS gjorde da Hovedmannen ble solgt til Enskilda Securities AB i 2000. Salgsavtalen er ikke fremlagt, men det fremgår av kjøpers regnskap for 2002 at bokført verdi for Hovedmannen var 641,2 millioner svenske kroner. Orkla ASA førte eierposten i Enskilda Securities AB som tilknyttet selskap frem til aksjene ble solgt i 2003. Det fremgår av note 18 til Orkla ASAs årsregnskap for 2003 at salgssummen var i størrelsesorden 700 millioner kroner. Transaksjonene illustrerer den reelle verdi av Hovedmannens virksomhet, og det er denne verdien og ikke bare egenkapitalen i Hovedmannen, som stilles til rådighet for det indre selskap. I dette perspektiv fremstår den kapitalavkastning Interessentene har oppnådd som så ekstraordinær at det i seg selv gir grunnlag for en nærmere vurdering.

- (73) Det forhold som klarest viser at den oppgitte personinntekt ikke gir noen god indikasjon på hva som er den samlede godtgjørelse for arbeidet for Selskapet, er likevel fraværet av motstridende interesser mellom Selskap og Interessentene ved overskuddsallokeringen. Som nevnt innledningsvis er fordelingen av overskuddet mellom Hovedmannen og Interessentene fastsatt uavhengig av hva som, utover det fastsatte grunnbeløp, fastsettes som vederlag for arbeid. Det normale incitament den "ansatte" har til å forhandle seg til høyest mulig godtgjørelse, er her helt fraværende. Partene vil ha sammenfallende interesse i at en størst mulig grad av overskuddet klassifiseres som inntekt fra virksomhet, og ikke som godtgjørelse for arbeid. Det indre selskap sparer arbeidsgiveravgift, og den enkelte interessent unngår trygdeavgift og toppskatt.
- (74) Når forholdene ligger slik an som jeg nå har redegjort for, må ligningsmyndighetene, basert på alle faktiske opplysninger i saken, foreta en selvstendig vurdering av hvilken del av de ytelser Interessentene har mottatt, som må anses som godtgjørelse for arbeid.
- (75) Ankemotparten har i prosedyren for Høyesterett lagt betydelig vekt på ytterligere to forhold som argumenter for at ligningen ikke kan bygge på allokeringen i de inngitte selvangivelser. Det er for det første vist til at Selskapet og Interessentene i interne protokoller og notater har omtalt eller forholdt seg til "innskuddsavkastningen" som en del av bonussystemet. Det er dernest vist til at andelene i det indre selskap i atskillig utstrekning har vært omfordelt i forbindelse med inntreden og utløsning samt når det ellers har vært ansett som ønskelig. Av særlig betydning antas det å være at andeler er transportert med tilbakevirkende kraft. Ved de sistnevnte overdragelser innebærer det normalt at den aktuelle investering allerede er opptjent når ervervet finner sted.
- (76) Jeg er enig i at disse forhold på en illustrerende måte bekrefter at innskuddsavkastningen ikke kan sees atskilt fra den arbeidsinnsats Interessentene gjorde for Selskapet, og skal for fullstendighetens skyld redegjøre noe nærmere for de konkrete omstendigheter.
- (77) I en kunnskapsbedrift med mange ansatte på eiersiden er det naturlig at det skjer overdragelser i tilknytning til opptak og uttreden. Når beskjeftigelse i selskapet er et vilkår for eierskap, vil overdragelser følge med nødvendighet. Også for øvrig kan det av ulike grunner skje betydelig omsetning av andeler uten at dette kan ha noen vekt ved vurderingen av den klassifisering som er gjort av overskuddet. Det særlige ved overdragelser av andeler i vår sak er at det i atskillig utstrekning er tale om systematisk omfordeling av eierandeler for å påse at "innskuddsavkastningen" i størst mulig grad reflekterer den godtgjørelse som det alternativt ville vært aktuelt å tildele som bonus.
- (78) I et notat datert den 24. november 2000 til Selskapet fra dets juridiske rådgiver, heter det under overskriften "Skatteregelen" for fordeling mellom kapitalinntekt/arbeidsgodtgjørelse:

"Det er ingen lovregel eller forskriftsregel som regulerer dette fordelingsspørsmålet. I praksis har vår argumentasjon vært at den overskuddsandel pr. eierandel som hovedmannen får, må regnes som kapitalinntekt for interessentene. Dette er blitt akseptert av ligningsmyndighetene, senest ved ligningsnemndsavgjørelse i høst for et konkurrerende meglerfirma. Det er imidlertid viktig at avtalen reflekterer denne "regelen", slik at det er mulig å lese ut av avtalen at interessentene faktisk har krav på en overskuddsandel i henhold til eierandelene. Dette har vi for tidligere år hatt enkelte problemer med, slik at enkeltinteressenter før eierandelrokkinger har hatt negativ arbeidsgodtgjørelse! Det er for å unngå å komme i en slik situasjon at endringene foreslås. I tillegg er det nødvendig å gjøre en mer detaljert gjennomgang av

eierandelene for interessentene slik at den i størst mulig grad samsvarer med forventede overskuddsandeler. Man bør *ikke* rokkere eierandeler mot slutten av året for å tilpasse situasjonen med overskuddsfordelingen som da avtegner seg. Dette vil være å understreke at eierandelene reelt sett ikke har den betydningen vi hevder ved beregningsmetoden overfor ligningsmyndighetene.”

(79) Notatet avsluttes slik:

”En viktig del av avtalerevisjonen har vært gjennomgang av eierfordelingen i selskapet. Jeg legger til grunn at den nye eierfordelingen er fornuftig med hensyn til overskuddsfordeling i år 2000 og også for 2001.”

(80) Ved den interne redegjørelse for ledelsen i det svenske morselskapet i desember 2003, som jeg tidligere har vist til, ble det redegjort for hvordan fordelingen av selskapsandeler ble praktisert for Interessentene. Det ble vist til at det hvert år skjer en totalgjennomgang i tilknytning til bonusprosessen i januar/februar, men at det noen ganger skjedde en vurdering også etter første halvår.

(81) I protokollen for styremøte i Hovedmannen den 7. februar 2003 heter det under overskriften Bonus 2002/DIS:

”Syversen delte ut oversikt over bonus til selskapets ansatte/interessenter. Fordelingen var på forhånd forelagt styreformannen. Bonusbeløpet utgjør 40 % av bonusgivende resultat, hvilket utgjør kr. 93,2 mill. Det ble tatt opp at ordningen med indre selskap gjør bonusfordelingen forhåndsbestemt og at dette kan føre til at fordelingen ikke alltid blir helt rettferdig. Administrasjonen redegjorde for at eierandelene i DIS er gjenstand for kontinuerlig vurdering, og at man således sikrer videre motivasjon.”

(82) Som nevnt skjedde det i 2003 en reduksjon i Interessentenes eierandel til 30 % blant annet med det siktemål å få et større beløp til rådighet for diskresjonær bonus. Det fremgår av det skriftlige grunnlag for den nettopp nevnte redegjørelse at problemet med de bindinger som fulgte av eierposisjonene, ikke ble ansett løst ved dette. Om endring i fordeling av eierandelene heter det:

”Selv med nedgang i total eierandel vil den diskresjonære bonuspotten bli liten, hvilket gir lite rom for å jevne ut forskjeller. Det ble derfor enda viktigere enn tidligere at eierandelen til den enkelte samsvarer med den innsats og det resultat denne leverer.”

(83) Det er for Høyesterett lagt frem en oversikt over de 54 personer som var Interessenter i hele eller i deler av perioden 1. januar 2002 til 31. desember 2003. Det fremgår av oversikten at samtlige interessenter fikk endret sin eierandel i løpet av disse to årene.

(84) Den nære sammenheng mellom arbeidsprestasjon og bonus fremkommer også på en illustrerende måte ved den fremgangsmåte som ble valgt ved en Interessents graviditet. Selskapet tok dette opp med sin juridiske rådgiver i november 2001, og skriver:

”Siden vårt grunnleggende prinsipp er at personer i permisjon IKKE opptjener bonus, har vi valgt å melde henne ut av det indre selskapet like før hun fødte, slik at hun er en ordinær ansatt under sin svangerskapspermisjon. Dette er for øvrig en løsning som hun er helt innforstått med.

På denne måten vil OES (Hovedmannen) slippe å betale henne innskuddsavkastning for år 2002 – noe vi ellers ville ha måttet gjøre dersom hun var blitt stående som interessent.

Dersom hun i fremtiden vender tilbake for å fylle sin tidligere stilling, forventes hun å få tilbud om opptak i DIS OES – muligens pr. førstkomende årsskifte, d.v.s. 1.1 2003.”

(85) Henvendelsen besvares slik:

”Jeg synes dette hørt ut som en pragmatisk løsning. En mindre ”skjønnhetsfeil” kan det vel argumenteres for at det er i forhold til vår beregningsteknikk for kapitalinntekt; Det synes som at innskuddsavkastningen har noe med arbeid å gjøre! – men det må dere kunne leve med. Vår begrunnelse må være at det ikke ble ansett hensiktsmessig å ha en partner som skulle være permittert så vidt lenge – og der det var usikkerhet (?) om hun kommer tilbake. Hvis hun ikke kommer tilbake, er jo denne løsningen den riktige.”

(86) Etter selskapsavtalen har den som trer ut, ikke krav på noen forholdsmessig del av innskuddsavkastningen for den del av året vedkommende var deltaker. I praksis er det gjort unntak fra dette. I selskapsmøtet for 2001, avholdt den 22. mars 2002, er følgende protokollert:

”Etter forslag fra Interessenter besluttet Selskapsmøtet at Villum, forutsatt at han avslutter et spesifikt prosjekt med suksess før uttreddesdatoen, skal være berettiget til innskuddsavkastning for år 2002. Dersom denne ikke overstiger NOK 500.000, skal Villum, motta differansen som andel av Felles Kapitalkonto for år 2002.”

(87) Innskuddsavkastningen knyttes med andre ord direkte til arbeidsprestasjonen.

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

(89) På bakgrunn av de forhold som jeg så langt har gjennomgått, går jeg over til å vurdere om ligningsnemndens konkrete fastsettelse av personinntekten må underkjennes.

(90) Den ankende part har gjort gjeldende at ligningsnemnden i strid med loven har unnlatt å foreta en individuell vurdering i forhold til den enkelte skattyter. Det skjønnsom er foretatt tar ikke utgangspunkt i hva som kan anses som arbeidsgodtgjørelse, men er i stedet en vurdering av hva som kan legges til grunn som avkastning på den innskutte kapital.

(91) Det samlede overskudd, som Interessentene mottar, skal fordeles på virksomhetsinntekt og arbeidsgodtgjørelse, og det er etter mitt syn uproblematisk at ligningsnemnden ved fastsettelsen av arbeidsgodtgjørelsen tar utgangspunkt i hva som kan anses som avkastning på innskutt kapital. Da det ikke er noe holdepunkt for noe annet, må det legges til grunn at virksomhetsinntekten må fordeles i forhold til eierandel, og det følger da at avkastningen på innskutt kapital blir den samme for alle Interessentene. Det resultat som følger av den valgte fremgangsmåte, vil det være nærliggende å sammenholde med hvilken godtgjørelse det måtte forventes at Interessentene ville ha hatt som ansatte. Dette kommer jeg tilbake til.

- (92) Den ankende part har også reist innsigelser mot at skjønnet over virksomhetsinntekten ensidig er knyttet opp mot den innskutte kapital. Interessentene er deltakere i en virksomhet, og det er klart at store deler av inntjeningen ikke kan tilbakeføres til den enkeltes arbeidsinnsats, men er et resultat av kapital, goodwill og betydelige systemkostnader. Dette synspunktet, som i andre sammenhenger utvilsomt kan ha mye for seg, har ikke særlig vekt i denne saken. Den ankende part har gjort utførlig rede for de ulike systemverdier, men med de særlige begrensninger som gjelder for Interessentenes eierposisjon, er jeg, som lagmannsretten, kommet til at den vesentligste del av ”systemverdiene” er direkte knyttet til Hovedmannen. Dette gjelder eksempelvis konsesjon, kapital og lånekapasitet, merkenavn, goodwill og de forretningsmuligheter som følger av det å inngå i et internasjonalt finanskonsern. Det er i denne sammenheng også grunn til å vise til den avtalefestede oppsigelsesadgang som Hovedmannen har ved endrede forhold med videre.
- (93) Det må dessuten ikke tapes av syne at fastsettelsen av hvilken del av det overskudd Interessentene mottar, som med rimelighet kan anses som avkastning på den innskutte kapital, er et hjelpemiddel for å få frem hvor stor del av overskuddet som må anses som godtgjørelse for arbeid. Det er da ikke urimelig at vurderingen gjøres med utgangspunkt i Selskapets ståsted. De to elementene Interessentene bidrar med er arbeid og innskutt kapital, og lagmannsretten har treffende sammenfattet forholdet mellom de to bidragene slik:
- ”Den meget høye kapitalavkastningen som de stille deltakerne er blitt tildelt på sine kapitalinnskudd, står ikke i noe rimelig forhold til den betydningen som disse kapitalinnskuddene har hatt for opparbeiding av selskapets overskudd. Den økonomiske realiteten er at de stille deltakerne i hovedsak har fått betalt for sin arbeidsinnsats, ikke for deres i denne sammenheng beskjedne kapitalinnskudd og derav følgende eierinteresser.”**
- (94) På denne bakgrunn finner jeg det naturlig at ligningsnemnden i denne saken har tatt utgangspunkt i hva som kan anses som avkastning på innskutt kapital.
- (95) Den ankende part har sterkt fremhevet at ligningsmyndighetene ikke har kompetanse til å avgrense allokering av overskudd til deltakelsen i virksomheten, ved å fastsette en sjablonregel for kapitalavkastning, og avgrense virksomhetsinntekten til dette. Det er naturligvis riktig. Som den ankende part har påpekt, måtte dette eventuelt ha vært en lovgiveroppgave. Jeg kan imidlertid ikke se at det er holdepunkter for at ligningsnemndens vedtak er utslag av en slik ”regel”. Det fremgår etter mitt skjønn klart av vedtaket at det er foretatt en konkret vurdering, og at valget av 15 % avkastning bygger på de særlige omstendigheter i denne saken. I andre indre selskaper kan forholdene være annerledes, og det kan etter omstendighetene være grunnlag for en helt annen fordeling av overskuddet mellom virksomhetsinntekt og godtgjørelse for arbeid.
- (96) Det gjenstår å ta stilling til om også den konkrete allokering av overskudd som inntekt fra virksomhet, kan opprettholdes. Fastsettelsen inneholder, i tillegg til klare elementer av bevisbedømmelse, også et skjønnselement, og det er ikke avklart i praksis hvor langt domstolene kan gå i å prøve dette siste element i skjønnsutøvelsen. Det er det etter mitt syn heller ikke foranledning til å ta stilling til i vår sak. I Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2005 side 1461 (Firda Sjøfarmer) og HR-2008-01748-A (Skogli), er det lagt til grunn at det under enhver omstendighet må vises en viss tilbakeholdenhet ved prøvingen av skjønnet. I sistnevnte avgjørelse er dette i avsnitt 53 uttrykt slik:

”Slik vår sak er prosedert og konkret ligger an, går heller ikke jeg nærmere inn på hvor langt domstolenes kompetanse rekker på dette området. Det vil uansett måtte vises tilbakeholdenhet ved prøvingen, og det er som førstvoterende i saken om Firda Sjøfarmer understreker – ikke aktuelt å sette skjønnet til side dersom dette er vel overveid og godt begrunnet.”

- (97) På bakgrunn av prosedyren finner jeg det naturlig først å konstatere at det skjønn som er utøvet ikke er vilkårlig eller klart urimelig. Som det fremgår av det jeg har vist til om hva domstolene i hvert fall kan prøve, er det imidlertid ikke tilstrekkelig til at det kan slutes at skjønnet må opprettholdes. I alle fall når den angitte tilbakeholdenhet ved prøvingen hensyntas, er det imidlertid etter mitt syn ikke grunnlag for å konkludere at ligningsnemnden er kommet til et uriktig resultat.
- (98) Den ankende part har påpekt at avkastningen på den innskutte selskapskapital nødvendigvis må settes høyere enn det som betales for et ansvarlig lån. Det vil vel ofte være tilfellet, men i vår sak er det angitt at avkastningen på det ansvarlige lån også må anses som vederlag for den goodwill som var stillet til rådighet for Selskapet. Det må ha vesentlig betydning for vurderingen av hva som er betalt for selve innlånet.
- (99) Det er ellers fremhevet at kapitalavkastningen på det aktuelle forretningsområdet er meget høy, og at det slik sett ikke er noe ekstraordinært ved den avkastning Interessentene oppnådde. Det er i denne sammenheng også vist til at kapitalavkastningen må være den samme som for Hovedmannen. Dette er etter mitt syn lite treffende. Kapitalavkastningen er blitt kunstig høy fordi Hovedmannen har tilført det meste av den nødvendige kapital i form av ansvarlig lån, garantier og lånefasiliteter. For Hovedmannen må avkastningen også vurderes opp mot markedsverdien av dette selskapet. Som jeg tidligere har redegjort for, gir de særlige omstendigheter i vår sak ikke grunnlag for å tilordne noen vesentlig del av systemverdiene til Interessentene.
- (100) 2002 og 2003 var for øvrig, som tidligere nevnt, ikke spesielt gode år for fondsmeglervirksomhet. Inntektene falt i forhold til de foregående år, og det er illustrerende at egenkapitalavkastningen for konsernet Enskilda Securities AB falt fra 14,4 % i 2001 til henholdsvis 7,7 % i 2002 og 5,6 % i 2003.
- (101) Det kan stilles spørsmål ved om det ved beregning av kapitalavkastningen, i tråd med det system som er innført for delingspliktige selskaper, burde vært tatt hensyn til den gjennom året tilbakeholdte del av overskuddet, jf. skatteloven § 12-12. Det var imidlertid ikke påberopt for ligningsnemnden at tilbakeholdt overskudd skulle hensyntas. Siktemålet med det utøvede skjønn var dessuten å komme frem til en riktig allokering av overskuddet på de to innsatsfaktorene arbeid og innskutt kapital. Innskuddsavkastning forutsatte at vedkommende opprettholdt sin deltakelse ut det aktuelle år. Det må også tas hensyn til at den enkelte skattyter ikke var berettiget til den diskresjonære bonus før denne var fastsatt. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at det var noen feil at ligningsnemnden ikke tok særskilt hensyn til den gjennom året tilbakeholdte del av årsoverskuddet.
- (102) Ligningsnemnden har fastsatt en avkastning på den innskutte kapital som innebærer et betydelig risikotillegg, og når det vesentligste av systemverdiene må henføres til Hovedmannen, kan jeg ikke se at de innvendinger som er reist mot beregningen av ”eierinntekten”, gir grunnlag for å sette ligningsnemndens skjønn til side. Som jeg

tidligere har påpekt, vil det imidlertid være nærliggende også å vurdere direkte om den fastsatte godtgjørelse for arbeid som blir resultatet av den kapitalavkastning som er benyttet, kan anses som markedsmessig. Prinsipielt sett må dette gjøres for den enkelte skattyter, men det må ved denne vurderingen være forsvarlig å legge til grunn at den enkelte Interessents andel av Overskuddet reflekterer dennes ”markedsverdi”. Det må da være nærliggende å kontrollere om den del av Overskuddet som etter ligningsnemndens vedtak er ansett som godtgjørelse for arbeid, avviker fra det som er normalt innen næringen.

- (103) Sammenligning av lønnsnivå på individnivå, er som fremholdt av ankemotparten, ikke realistisk i den aktuelle næring, men det at godtgjørelsen i fondsmeglerselskapene i så stor grad er resultatorientert, gjør det meningsfylt å sammenligne hvilken del av resultatet som deles ut til de ansatte i ulike selskaper.
- (104) Et illustrerende eksempel på et generelt utsagn om en ”normalfordeling”, kan være nettavisen E 24s kommentar den 12. februar 2008 til 2007-resultatet for et konkurrerende fondsmeglerforetak. Det vises i artikkelen til at det har vært en eneste lang fest for meglerbransjen i snart 5 år, og om bonusutbetalingene heter det så:
- ”Men som vanlig i denne bransjen får de ansatte en rikelig del av kaken. Litt mer enn halvparten, 858 millioner kroner, settes av til de ansatte, og da har de allerede fått betalt ordinær lønn. Året før var tallet på 712 millioner kroner.”**
- (105) Det foreligger imidlertid ikke systematiske opplysninger om bransjepraksis, og de opplysninger som foreligger, er gitt i slik sammenheng at det kan være grunn til å stille spørsmål ved presisjonsnivået. Det er eksempelvis uklart om utsagn som ”50 % av overskuddet deles ut som bonuser” relateres til resultatet før eller etter en fast basislønn, og i atskillig utstrekning relaterer den dokumenterte praksis seg til senere regnskapsår enn de to år saken gjelder.
- (106) For Selskapet vil den del av overskuddet som etter ligningsnemndens vedtak er ansett som godtgjørelse for arbeid, for 2002 og 2003 utgjøre henholdsvis 46,9 % og 45,5 % av årsresultatet. Om den omklassifiserte innskuddsavkastning sees som en bonusbetaling, vil samlet bonus for de to årene utgjøre henholdsvis 39,3 % og 37,2 % av årsresultatet etter fradrag av de basisbeløp Interessentene mottar a konto gjennom året.
- (107) De opplysninger som foreligger i saken om den tilsvarende fordeling i andre meglerforetak, er som nevnt usikre, men disse gir ikke noen indikasjon på at det nivået som er resultatet av ligningsnemndens skjønn, avviker fra det som var normen i bransjen.
- (108) Det er da ikke grunnlag for å sette til side ligningsnemndens vedtak, og anken må forkastes.
- (109) Anken har ikke ført frem, og den ankende part må etter mitt syn pålegges å erstatte statens sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. I henhold til inngitt oppgave settes ansvaret til 142 000 kroner, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.
- (110) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler SEB Enskilda AS til staten v/ Skatt øst 142 000 – etthundreogførtitotusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (111) Dommer **Skoghøy**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende.
- (112) På samme måte som han finner jeg at ligningsloven § 8-1 ikke sier noe annet enn det som også måtte ha vært lagt til grunn uten denne lovbestemmelsen: Ved fastsettelsen av inntekts-, formues- og fradragposter må ligningsmyndighetene foreta en selvstendig prøving av de opplysninger skattyteren har gitt og fastsette det faktiske grunnlag for ligningen etter en fri bevisvurdering av alle de foreliggende opplysninger, se Ot.prp. nr. 29 (1978–79), side 98. I den utstrekning det ved fastsettelsen av inntekts-, formues- og fradragposter må tas stilling til rettsspørsmål, må også disse vurderes av ligningsmyndighetene på selvstendig grunnlag. Dette er ikke uttrykkelig sagt, men ligger implisitt i bestemmelsen. Derimot inneholder bestemmelsen ingen begrensning i domstolenes kompetanse til å overprøve ligningsvedtak. Dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, vil domstolene kunne overprøve både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Dette gjelder også i tilfeller hvor bevisbedømmelsen eller rettsanvendelsen inneholder skjønnsmessige elementer – som for eksempel ved verdsettelse, ved fordeling av inntekts-, formues- eller fradragposter eller ved fastsettelse av mengder. Da verdsettelses-, fordelings- og mengdeskjønn ved ligningsfastsettelser ikke inneholder de elementer som begrunner de begrensninger som gjelder for domstolenes adgang til overprøving av fritt forvaltningsskjønn, må domstolene ved overprøving av slike skjønn i prinsippet ha full overprøvingskompetanse. Som det fremgår av mitt votum i Rt. 2005 side 1461 avsnitt 55, ligger det imidlertid i sakens natur at domstolene ved slik overprøving må ta utgangspunkt i det skjønn som ligningsmyndighetene har utøvd, og prøve om ligningsmyndighetene har gått riktig frem og bedømt bevisene og anvendt rettsreglene riktig. Dersom det skjønn som ligningsmyndighetene har utøvd, er godt overveid og begrunnet, bør domstolene vise tilbakeholdenhet med å fravike det skjønnsresultat ligningsmyndighetene er kommet til.
- (113) I den foreliggende sak er det spørsmål om hvor stor andel av de utbetalinger som de stille deltakerne i det indre selskap SEB Enskilda AS har mottatt, som skal anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats og dermed undergitt personinntektsbeskatning, jf. skatteloven § 12-2 bokstav f. Dette beror på en tolking av bestemmelsen, bevisbedømmelse og subsumsjon.
- (114) Ligningsnemnda har kommet til at det som overstiger 15 % av innskutt kapitalbeløp, må anses som godtgjørelse for arbeidsinnsats. Ligningsnemndas vedtak er godt begrunnet, og på grunnlag av de momenter førstvoterende har fremholdt, finner jeg at det ikke er grunnlag for å tilsesette det skjønn som ligningsnemnda har utøvd, og at anken derfor må forkastes. På dette punkt viser jeg til førstvoterendes vurderinger, som jeg i det

vesentlige kan slutte meg til. Når det gjelder saksomkostningene, er jeg enig med førstvoterende.

- (115) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Endresen.
- (116) Dommer: **Øie** Som annenvoterende, dommer Skoghøy.
- (117) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (118) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I saksomkostnader for Høyesterett betaler SEB Enskilda AS til staten v/ Skatt øst 142 000 – etthundreogførtitotusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: