



NORGES HØYESTERETT

Den 1. september 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-01467-A, (sak nr. 2010/317), sivil sak, anke over dom,

I.

First Securities ASA

John Høsteland

Geir Lie

Linda Johannessen

(advokat Jon Vinje)

mot

Staten v/Skattedirektoratet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Goud Helge Homme Fjellheim)

II.

Staten v/Skattedirektoratet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Goud Helge Homme Fjellheim)

mot

First Securities ASA

(advokat Jon Vinje)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Stabel:** Saken gjelder den skattemessige bedømmelsen av eventuelle fordeler ansatte i et nystiftet verdipapirhandelforetak fikk ved tegning av aksjer i selskapet, alternativt ved senere salg av aksjene. Herunder oppstår spørsmålet om domstolene kan bygge på et annet innvinningskriterium enn det Riksskattenemnda anvendte.

- (2) Aksjonærene i First Securities ASA var tidligere ansatt i Elcon Securities ASA, som var eid av Gjensidige Gruppen AS. På grunn av misnøye med Gjensidiges videre planer for Elcon startet ledergruppen i selskapet arbeid med å planlegge etablering av et nytt, selvstendig selskap. Den 25. februar 1999 sa de ansatte i Elcon opp og i alt 61 av 62 tok ansettelse i et nytt selskap under stiftelse.
- (3) Det nye selskapet ble stiftet 11. mars 1999 av 41 særskilt utvalgte ansatte. Det ble tegnet 1 million aksjer med pålydende 10 kroner og tegningskurs 50 kroner. Selskapets egenkapital besto således av en aksjekapital på 10 millioner kroner og et overskuddsfond på 40 millioner kroner. I ansettelsesavtalene ble stifterne underlagt en oppsigelsestid på tre år – noen få på ett år – og karensklausul.
- (4) Forut for stiftelsen hadde det vært samtaler med SpareBank1 Gruppen (SB1G) om kjøp av 51 prosent av aksjene i det nye selskapet for 175 millioner kroner. Den 22. februar 1999 bestemte imidlertid styret i SB1G at ”saken utsettes”. Partene har vært uenige om hvorvidt dette innebar et avslag eller om det fortsatt var grunn til å tro at SB1G ville tre inn på eiersiden.
- (5) Etter stiftelsen av selskapet ble forhandlingene med SB1G gjenopptatt. Den 12. april 1999 ble det inngått aksjekjøpsavtale om at samtlige aksjonærer i First solgte 51 prosent av sine aksjer til SB1G for 343,14 kroner per aksje, som til sammen ga en kjøpesum på 175 millioner kroner. Aksjekjøpsavtalen bygget på en forutsetning om at selgerne hadde plikt til å arbeide i selskapet. Salget ble gjennomført 25. juni 1999. Samtidig ble 175 millioner kroner overført fra SB1G til First, som viderefordelte vederlaget forholdsmessig til aksjonærene.
- (6) De ansatte aksjonærene opplyste i sine selvangivelser for 1999 at de hadde solgt aksjer i First med gevinst. I samsvar med dette ble gevinsten beskattet som kapitalinntekt. Etter bokettersyn i First i 2001 åpnet ligningsmyndighetene endringssaker overfor samtlige. Fylkesskattekontorene mente at aksjesalget måtte anses som arbeidsinntekt og ga varsel om omklassifisering til personinntekt, med toppskatt og trygdeavgift. Overfor First ble det på samme grunnlag reist endringssak med varsel om etterberegning av arbeidsgiveravgift.
- (7) Bærum ligningsnemnd traff vedtak om omklassifisering for Høsteland. Tilsvarende vedtak ble truffet av Oslo ligningsnemnd for Lie og Johannessen. Personinntekten ble økt med henholdsvis 9 152 910 kroner for Høsteland og Lie og 305 155 kroner for Johannessen. Samtlige ble ilagt 30 prosent tilleggsskatt. Overligningsnemndene fant ikke at det var grunnlag for omklassifisering. I fylkesskattenemndene ble resultatet forskjellig for de tre. Fylkesskattenemnda i Akershus kom for Høsteland under dissens 4-1 til samme resultat som overligningsnemnda. Oslo fylkesskattenemnd kom for Lie under dissens 4-1 til at halvparten av gevinsten skulle beskattes som personinntekt. For Johannessen ble overligningsnemndas vedtak opprettholdt.
- (8) Under behandlingen for Riksskattenemnda foreslo Skattedirektoratet i sitt utkast til innstilling at nemndas vedtak skulle bygge på at den skattepliktige fordel for aksjonærene oppsto allerede ved at de hadde fått tegne aksjer til underpris. I vedtak 11. august 2006 la nemnda under dissens 3-2 til grunn at 2/3 av differansen mellom tegningskursen og salgskursen for aksjene på dette tidspunkt (underkursen) skulle anses som arbeidsinntekt. Følgelig ble personinntektene til Høsteland og Lie for 1999 økt med 6,1 millioner kroner

for hver. Personinntekten til Johannessen ble økt med 203 342 kroner. I tillegg ble de tre ilagt 30 prosent tilleggsatt.

- (9) Etter en tilnærmet lik forhistorie som for disse tre, ble tilsvarende vedtak også truffet overfor de øvrige ansatte aksjonærene.
- (10) For First økte Oslo ligningsnemnd beregningsgrunnlaget for arbeidsgiveravgift med 149 499 870 kroner. Beregningsgrunnlaget for særskilt arbeidsgiveravgift ble økt med 132 374 488 kroner, og det ble ilagt tilleggsavgift med 30 prosent. Overligningsnemnda fant derimot ikke grunnlag for omklassifisering. Fylkesskattenemnda kom under dissens 4-1 til at halvparten av gevinsten var arbeidsinntekt. Det ble ikke ilagt tilleggsavgift.
- (11) Under behandlingen for Riksskattenemnda foreslo Skattedirektoratet at skatteplikten skulle knyttes til tegningen til underkurs. Nemnda traff 8. desember 2006, med samme sammensetning og dissens som i sakene mot aksjonærene, vedtak om at 2/3 av differansen mellom tegningskurs og salgskurs skulle anses som arbeidsinntekt. Beregningsgrunnlaget for arbeidsgiveravgift økte derfor med 99 656 700 kroner og for særskilt arbeidsgiveravgift med 83 004 832 kroner. Nemnda vedtok å ilegge 30 prosent tilleggsavgift.
- (12) Etter hvert reiste samtlige ansatte aksjonærer og First søksmål om gyldigheten av Riksskattenemndas vedtak. Seks saker er stanset etter avtale mellom partene og to er forenet til felles behandling ved Oslo tingrett, der sakene med partene i vår sak er skilt ut til særskilt behandling og pådømmelse etter tvistemålsloven §§ 98 annet ledd og 150 første ledd. Denne saken er dermed ansett som en pilotsak.
- (13) Ved Oslo tingretts dom 11. mars 2008 ble økningen av personinntekten for Høsteland, Lie og Johannessen opphevet. Etterberegningen av arbeidsgiveravgift overfor First ble også opphevet. Tingretten kom til at det grunnlaget Riksskattenemnda hadde bygget på ikke kunne føre frem, og at retten ikke hadde prosessuell adgang til å vurdere det subsidiære rettslige grunnlaget – beskatning ved aksjesalget – som staten gjorde gjeldende. Dommen har slik domsslutning:

- ”1. I likningen av Geir Lie for 1999 oppheves økningen av personinntekt med 6 099 088 kroner på grunnlag av tegning av aksjer i Allegro Markets ASA til en lavere kurs enn kursen ved salg av aksjer senere samme år, og ileggelsen av tilleggsatt med 30 prosent av dette beløpet.
2. I likningen av John Einar Høsteland for 1999 oppheves økningen av personinntekt med 6 099 088 kroner på grunnlag av tegning av aksjer i Allegro Markets ASA til en lavere kurs enn kursen ved salg av aksjer senere samme år, og ileggelsen av tilleggsatt med 30 prosent av dette beløpet.
3. I likningen av Linda Irene Johannessen for 1999 oppheves økningen av personinntekt med 203 342 kroner på grunnlag av tegning av aksjer i Allegro Markets ASA til en lavere kurs enn kursen ved salg av aksjer senere samme år, og ileggelsen av tilleggsatt med 30 prosent av dette beløpet.
4. I likningen av First Securities ASA for 1999 oppheves økningen av grunnlaget for arbeidsgiveravgift med 99 656 700 kroner og økningen av grunnlaget for særskilt arbeidsgiveravgift med 83 004 832 kroner på grunnlag av de ansattes tegning av aksjer i Allegro Markets ASA til en lavere kurs enn kursen ved salg av aksjer senere samme år, og ileggelsen av tilleggsavgift med 30 prosent av disse beløpene.

5. **Staten v/Skattedirektoratet dømmes til innen to – 2 – uker fra forkynnelse av denne dommen å betale til Geir Lie, John Einar Høsteland, Linda Irene Johannessen og First Securities ASA til dekning av sakens omkostninger til sammen 500 000 – femhundretusen – kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**

- (14) Staten v/Skattedirektoratet anket dommen til lagmannsretten. Anken gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Borgarting lagmannsrett avsa 2. desember 2009 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Likningen av First Securities ASA for 1999 oppheves for så vidt gjelder ileggelsen av tilleggsavgift.**
 2. **For øvrig frifinnes staten v/Skattedirektoratet.**
 3. **Saksomkostninger tilkjennes ikke, verken for tingretten eller lagmannsretten.”**
- (15) Lagmannsretten mente som tingretten at vedtakene ikke kunne opprettholdes på det grunnlaget Riksskattenemnda hadde bygget på. Retten mente seg imidlertid kompetent til å prøve det alternative grunnlaget – skatteplikt ved salg av aksjene – og kom til at dette førte frem. Dommen er avsagt med dissens på ett punkt, idet én dommer mente det ikke var prosessuell adgang til å prøve spørsmålet om Firsts plikt til å betale arbeidsgiveravgift på dette alternative grunnlaget.
- (16) Skattyterne har anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse. Staten har inngitt avledet anke over frifinnelsen av First for tilleggsavgift. Det er fremlagt skriftlige forklaringer fra vitnet Martin Hagen og parten Geir Lie, begge tidligere medlemmer av ledergruppen i Elcon og First, og noen ansettelses- og fratredelsesavtaler for ansatte i First. Saken står ellers i samme stilling som for lagmannsretten.
- (17) *First Securities ASA, John Høsteland, Geir Lie og Linda Johannessen* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (18) Det er ikke grunnlag for å skattlegge aksjonærene på grunnlag av tegning av aksjer til underkurs. Gjeldende praksis om at aksjer ervervet fra arbeidsgiver til underkurs kan være en fordel vunnet ved arbeid, er utviklet for etablerte selskaper. I nystiftede selskaper blir situasjonen en helt annen. Særlig i kunnskapsbedrifter vil skatteplikt allerede på stiftelsestidspunktet kunne skape store problemer og betydelig usikkerhet. Den verdistigning som eventuelt er foranlediget av en forventning om de ansattes fortsatte innsats, kan i tilfeller som dette ikke anses innvunnet allerede ved aksjetegningen. Den må i tilfelle bli å beskatte på realisasjonstidspunktet.
- (19) Det forelå intet samlet arrangement med SB1G som gjorde at verdien som senere kom til uttrykk ved salget, allerede var innvunnet. Avklaringen om salget skjedde først senere. Det er derfor ikke grunnlag for noen samlet vurdering av de to transaksjonene, slik Riksskattenemnda har lagt til grunn.
- (20) Hensett til grunnlaget for Riksskattenemndas endringsvedtak, var det ikke adgang for lagmannsretten til å avgjøre saken ut fra en omklassifisering av aksjegevinsten. Etter Høyesteretts praksis er domstolenes rettsanvendelse begrenset til å gjelde samme faktum og saksforhold, og samme privatrettslige transaksjon som ligningsmyndighetene har

bedømt. Domstolene skal ikke opptre som ligningsorgan. Den samme feil ved lagmannsrettens dom foreligger når First er ilagt arbeidsgiveravgift på dette grunnlag.

- (21) Skulle Høyesterett mene at det er adgang til å prøve statens subsidiære anførsel, er aksjegevinsten uansett ikke inntekt vunnet ved arbeid. Det klare utgangspunktet er at aksjegevinster betraktes som kapitalinntekt. Ved overdragelse av større aksjeselskaper er det normalt at de ansatte følger med. Selv om det forelå bindingsklausuler, kan disse ikke håndheves rettslig, og avtalebrudd har i praksis heller ikke vært fulgt opp.
- (22) Prisingen av aksjene må anses knyttet til den fremtidige kontantstrøm i selskapet, som kunne forventes uansett. De ansatte aksjonærene hadde dessuten ordinær markedslønn.
- (23) First kan om statens subsidiære grunnlag fører frem overfor aksjonærene, ikke pålegges arbeidsgiveravgift for en ytelse – aksjevederlaget – som kommer fra SB1G.
- (24) Det er uansett ikke grunnlag for tilleggsskatt verken for de ansatte aksjonærene eller First.
- (25) First Securities ASA, John Høsteland, Geir Lie og Linda Johannessen har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Tingrettens dom stadfestes.**
2. **De ankende parter tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling skjer.”**
- (26) *Staten v/Skattedirektoratet* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (27) Saken gjelder beskatning av inntekt de berørte aksjonærene har mottatt som vederlag for fortsatt ansettelse i selskapet. Slik inntekt skal etter høyesterettspraksis beskattes som personinntekt uavhengig av hvordan skattyteren og arbeidsgiveren selv har betegnet den. At aksjonærene forpliktet seg til å arbeide i First, og dermed kunne videreføre den kompetansen og det kundenettverk de hadde med seg fra Elcon, var den avgjørende forutsetningen for det nye selskapets verdi.
- (28) Det er denne merverdien de ansatte aksjonærene ble kompensert for ved å få tegne aksjene til underkurs. Fordelen forelå i dette tilfellet allerede ved stiftelsen, der det gjennom en samlet plan på forhånd var bestemt at SB1G skulle kjøpe 51 prosent av aksjene til en pris av 175 millioner kroner. Forholdet må likestilles med situasjoner der arbeidstakere i en etablert virksomhet gis adgang til å erverve aksjer til underkurs. Det er ikke tvilsomt at verdidifferansen mellom faktisk pris og markedsverdi da blir en skattepliktig fordel allerede ved ervervet.
- (29) At aksjetildelingen var kompensasjon for arbeid vises også ved at aksjer bare ble tilbudt medarbeidere i megler- og finansanalytikersjiktet, og etter hver enkelts betydning og inntjeningssevne. Samtlige inngikk kontrakter om bindingstid, der lengden varierte etter de samme kriterier. At bindingstiden ikke kan håndheves, er ikke avgjørende, så lenge den faktisk har vært motiverende for selskapets betalingsvilje.
- (30) Subsidiært gjøres det gjeldende at vedtaket må opprettholdes ved at realisasjonsvederlaget omklassifiseres til personinntekt. Domstolene står fritt ved rettsanvendelsen. Dette alternativet gjelder samme faktum og saksforhold, og både erverv og realisasjon var ledd i

en samlet transaksjonsrekke der det nærmest er tilfeldig hvilket ledd man velger å beskutte. Verdien blir de samme, og skjønnet skal utøves etter de samme kriterier. Det vil være uheldig om man måtte gå en ny runde med lignings- og eventuelt domstolsbehandling om et spørsmål som på alle måter er klart til avgjørelse.

- (31) Materielt sett er det, etter Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2009 side 813 og Rt. 2010 side 527, helt klart at det foreligger grunnlag for omklassifisering. Det er først og fremst den fremtidige arbeidsinnsatsen som har utløst fordelene. At de ansatte aksjonærene har hatt markedslønn endrer ikke dette.
- (32) Det skjønn som er utøvd, er fullt ut forsvarlig. Skattyterne har alle utvist uaktsomhet, og tillegsskatten må opprettholdes.
- (33) Uansett beskatningsgrunnlag og innvinningstidspunkt, skulle First ha betalt arbeidsgiveravgift for ytelsene. Det er ikke grunnlag for fritak for tilleggsavgift.
- (34) Staten v/Skattedirektoratet har nedlagt slik påstand:

- ”1. Staten v/Skattedirektoratet frifinnes.**
- 2. Staten v/Skattedirektoratet tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”**

- (35) *Jeg er kommet til samme resultat som tingretten.*
- (36) Saken gjelder ligningen for 1999, slik at det er skatteloven av 1911 som skal anvendes. Spørsmålet er om fordelene knyttet til aksjene skal beskattes etter § 55 om personinntekt eller etter kapitalinntektsalternativet i § 42. Gevinst ved salg av aksjer regnes som kapitalinntekt og beskattes med en flat skattesats på 28 prosent. Arbeidsinntekt beskattes som personinntekt, som betyr at det i tillegg beregnes toppskatt og trygdeavgift. Som fremhevet av lagmannsretten, har partene i en arbeidsavtale der slike instrumenter inngår derfor felles interesse i at en fordel blir klassifisert som kapitalinntekt. Selskapet sparer arbeidsgiveravgift, og den ansatte unngår trygdeavgift og toppskatt.
- (37) Slik saken står, gjelder den imidlertid prinsipielt ikke omklassifisering, men spørsmålet om en fordel vunnet ved tegning av aksjer til underpris skal anses som vunnet ved arbeid, og derfor inngå i aksjonærenes personinntekt. Riksskattenemndas vedtak bygger på at aksjonærene allerede ved tegningen av aksjene oppnådde en fordel ved at de fikk kjøpe dem til en lavere pris enn hva de var verdt.
- (38) Som lagmannsretten peker på, er det ikke tvilsomt at erverv av aksjer til underkurs kan være en fordel vunnet ved arbeid i skattelovens forstand. Dette er også forutsatt i Rt. 2000 side 758, der førstvoterende uttaler følgende på side 765–766:

”Dersom en arbeidstaker erverver en aksje fra arbeidsgiver til underkurs, vil differansen mellom aksjens verdi og den pris arbeidstakeren har betalt, være en fordel vunnet ved arbeid som kan beskattes etter § 42 første ledd, mens spørsmålet om arbeidstakeren kan beskattes for senere verdistigning på aksjen, må avgjøres ut fra de regler som gjelder for beskatning av aksjegevinster. Begrunnelsen for dette er at den fordel som arbeidstakeren ved erverv av aksjer til underpris får som følge av arbeidsforholdet, er det aksjen ved ervervet måtte være mer verdt enn det han har

betalt for den. Den fordel som ligger i at aksjen senere stiger i verdi, er ikke knyttet til arbeidsforholdet, men eiendomsretten til aksjen.”

- (39) Det spørsmålet den saken gjaldt og som Høyesterett ut fra en konkret vurdering da besvarte med nei, var om gevinst ved senere realisasjon av en slik aksje skulle beskattes som fordel vunnet ved arbeid. Her drøftet man blant annet spørsmålet om det gjaldt en reservasjon for de tilfeller der det var en forutsetning for å fortsette i arbeidsforholdet at arbeidstakeren ble sittende med aksjen.
- (40) Dette var også problemstillingen i Rt. 2000 side 1739, der resultatet ble det motsatte. Førstvoterende sier der på side 1748, med henvisning til Ot.prp. nr. 72 (1983–1984) side 2, at det er sikker rett at ytelser i arbeidsforholdet i form av friaksjer eller aksjer til underpris utgjør en fordel som skattlegges som arbeidsinntekt. Særfordeler arbeidstakeren får i forbindelse med aksjekjøp, er dermed skattepliktige. Avgjørelsene forutsetter med andre ord at fordelene ved å få friaksjer eller aksjer til underpris i arbeidsforhold etter omstendighetene kan anses innvunnet allerede ved tildelingen, slik at den skal beskattes som personinntekt da. I så fall blir senere realisasjonsgevinst som utgangspunkt kun å beskatte som kapitalinntekt.
- (41) I vår sak er situasjonen at aksjene ble ervervet i forbindelse med stiftelsen av selskapet. På dette tidspunktet hadde selskapet ingen formelt fastsatt verdi ut over tegningskursen. Den reelle verdi lå i de inntekter det kunne forventes å få etter driftsstart flere måneder senere, og i en inntektsstrøm som i stor grad ville være avhengig av de ansattes arbeidsinnsats. Siden hensikten var å videreføre Elcons virksomhet og kundekrets, er det selvsagt at mye av verdien lå i fortsatt innsats fra dette selskapets ansatte, særlig fra de 41 som fikk adgang til å tegne aksjer.
- (42) Riksskattenemnda la derfor til grunn at selskapet allerede ved stiftelsen fikk en merverdi på grunn av de ansattes fortsatte arbeidsforpliktelse. Jeg bemerker at det i et nystiftet selskap normalt vil være vanskelig å fastsette en slik merverdi.
- (43) Den fordelene – verdiøkningen – som Riksskattenemnda her har beskattet ved aksjetegningen – er altså begrunnet i et forventet oppkjøp av 51 prosent av aksjene i selskapet fra en strategisk investor som vil legge vekt på de ansattes bindinger til selskapet. En større eller mindre sannsynlighet ved stiftelsen for at et slikt oppkjøp vil finne sted, vil selvsagt ha betydning for verdien av aksjene på dette tidspunkt. Men dette kan – slik jeg ser det – ikke medføre at fordelene allerede da anses innvunnet for aksjonærene. I et tilfelle som det foreliggende vil dette etter mitt syn først skje ved selve salget av aksjene.
- (44) Om det her må tas en reservasjon for det tilfellet at avtalen om aksjeoppkjøp var inngått før aksjetegningen fant sted, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til. Det må være klart at en slik avtale ikke var inngått i dette tilfellet.
- (45) Min konklusjon er derfor at innvinningstidspunktet i denne saken, i den grad det foreligger en fordel knyttet til arbeid, eventuelt må knyttes til realisasjonen av aksjene. Spørsmålet er da om Høyesterett kan bygge på et slikt grunnlag.
- (46) For domstolene er det lovligheten av ligningsmyndighetenes – her Riksskattenemndas – vedtak som skal prøves. Ved denne prøvingen står domstolene fritt i sin rettsanvendelse.

Det er således sikker rett at domstolene kan opprettholde et ligningsvedtak på et annet rettslig grunnlag enn det ligningsmyndighetene har bygget på.

- (47) Allerede i Rt. 1925 side 1003 opprettholdt Høyesterett gevinstbeskatning ved salg av fast eiendom på et grunnlag overligningsnemnda hadde behandlet og forkastet, nemlig at salget av eiendommene var skjedd i skattyterens snekker- og bygningsvirksomhet. Høyesterett forkastet det grunnlag nemnda hadde bygget på – at eiendommene var ervervet med sikte på å avhendes med gevinst – men uttalte at det her bare var tale om en forskjellig rettslig begrunnelse for skattlegging av en og samme inntektspost.

- (48) I Rt. 1998 side 1779 kom Høyesterett til at en skattetilpasset aksjeoverdragelse til skattyterens bror ikke kunne gjennomskjæres med den følge at det skulle fastsettes personinntekt i selskapet. Til statens anførsel om at det var en rekke uvanlige omstendigheter i saken som reiste tvil om det reelle eierforholdet til de overdratte aksjene, bemerket Høyesterett:

”Dette er langt på vei et spørsmål om saksforhold. Endringen av ligningen bygger ikke på et slikt saksforhold, og domstolenes kompetanse er begrenset til å prøve gyldigheten av den ligning som foreligger.”

- (49) Rt. 1999 side 1087 gjaldt et endringsvedtak som nektet fradrag for et selskaps rentekostnader for et lån fra et selskap i samme konsern. Nemndas begrunnelse var at det ikke var dokumentert noen skriftlig låneavtale, et krav Høyesterett mente det ikke var grunnlag for å stille. Staten hadde subsidiært anført at det ikke dreide seg om reelle gjeldsforpliktelser, men om egenkapitalinnskudd, og mente ligningsnemnda også hadde inntatt et slikt standpunkt. Høyesterett fant ikke at det var grunnlag for en slik forståelse av nemndas vedtak, og tilføyde:

”Dersom domstolene i dette tilfellet – som førsteinstans – skulle ta stilling til om det reelt sett var tale om egenkapitalinnskudd, ville domstolene i realiteten opptre som ligningsorgan.”

- (50) I saken i Rt. 2002 side 456 uttalte Høyesterett at et vedtak som er truffet ut fra en ren lovtolkning, kan opprettholdes ved gjennomskjæringssynspunktet så lenge ikke inntekts- eller fradragsposten endrer karakter, og det faktiske grunnlaget for kravet har vært påberopt under domstolsbehandlingen. I Rt. 2008 side 1510, som gjaldt arveavgift, sa Høyesterett under henvisning til dette, at det samme gjaldt den omvendte situasjon. Videre het det i avsnitt 46:

”Forutsetningen må imidlertid være at domstolenes bedømmelse gjelder den samme privatrettslige disposisjon som forvaltningens vedtak, ...”

- (51) Som det fremgår av denne dommen, er det altså en forutsetning at domstolene behandler den samme privatrettslige disposisjon som ligningsmyndighetene. Det man ellers først og fremst kan trekke ut fra avgjørelsene, er det grunnleggende at domstolene ikke skal opptre som ligningsorgan. Grensen blir her i noen grad skjønnsmessig. Det finnes imidlertid ikke noe eksempel i høyesterettspraksis der en ligning er opprettholdt ut fra en vurdering av en annen transaksjon eller begivenhet enn den ligningsmyndighetene mente var utløsende for vedtaket.

- (52) I vår sak er kravet til kontradiksjon under domstolsbehandlingen varetatt. Det er heller ikke omstridt at begge grunnlag var tema for behandling i ligningsforvaltningen. Jeg kan

heller ikke se at det for domstolene er bragt inn et annet faktum enn det som forelå for Riksskattenemnda. Spørsmålet må imidlertid være om det for domstolene er bragt inn til bedømmelse en annen privatrettslig disposisjon enn den nemndas vedtak bygget på.

- (53) Riksskattenemnda har sett de to aktuelle begivenhetene eller transaksjonene i sammenheng. Det fremgår av flertallets begrunnelse at den pris som ble oppnådd ved salget av 51 prosent av aksjene, var identisk med det forhandlingsresultatet som ble oppnådd med SB1G tre uker før stiftelsen. Det etterfølgende salget brukes som indikator ved verdsettelsen av disse aksjene på stiftelsestiden. Salget blir også avgjørende for nemndas vurdering av tilknytningen mellom fordelen og arbeidsforholdet, idet nemnda finner at det ikke forelå en slik usikkerhet omkring avtalen at tilknytning mangler.
- (54) Det saksforholdet vedtaket bygger på er imidlertid ikke salget, men stiftelsen av selskapet. Salget er et bevismoment ved verdsettelsen av aksjene på stiftelsestidspunktet, ikke det avgjørende og utløsende moment for beskatningen slik det er dersom fordelene skal anses innvunnet ved realiseringen av aksjene.
- (55) Jeg kan ikke se det annerledes enn at Riksskattenemndas vedtak og statens subsidiære anførsler gjelder to klart forskjellige privatrettslige disposisjoner, og at det derfor ikke er samme saksforhold som bedømmes. Det er ulike elementer i handlingsrekken som beskattes etter de to alternativer. Det er anført at ligningen i dette tilfellet bygger på at den økonomiske fordelene er den samme i begge tilfeller. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Om forutsetningen for ligningen på dette punkt er riktig, vil for øvrig avhenge av om aksjenes verdi på stiftelsestidspunktet var den samme som den avtalte kjøpesummen. Jeg nevner i den forbindelse at det må legges til grunn at endelig avtale om salg av aksjene ikke var inngått da selskapet ble stiftet.
- (56) Jeg finner etter dette at domstolene ikke kan behandle spørsmålet om omklassifisering av salgssummen i denne saken, som gjelder gyldigheten av Riksskattenemndas vedtak basert på stiftelsen av selskapet.
- (57) Jeg går derfor ikke inn på det materielle spørsmålet knyttet til statens subsidiære anførsel, som i tilfelle må bli gjenstand for ny behandling av ligningsmyndighetene. Det blir da heller ikke aktuelt for meg å behandle de øvrige spørsmål som er reist.
- (58) Anken har ført frem, og de ankende parter må etter mitt syn få erstattet sine sakskostnader for Høyesterett og lagmannsretten. Prosessfullmektigen har levert kostnadsoppgave på 616 875 kroner inklusive mva, alt salær. I tillegg kommer ankegebyr på 25 800 kroner. For lagmannsretten er det krevet 656 250 kroner inklusive mva, alt salær. Oppgavene legges til grunn, og det tilkjennes 1 298 925 kroner totalt. Tingrettens kostnadsavgjørelse blir stående.
- (59) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Skattedirektoratet til First Securities ASA, John Høsteland, Geir Lie og Linda

Johannessen i fellesskap 1 298 925 –
enmilliontohundreogtjue tusen kroner innen 2 – to – uker
fra forkynnelsen av denne dom.

- (60) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med
førstvoterende.
- (61) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (62) Dommer **Bruzelius:** Likeså.
- (63) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (64) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten
v/Skattedirektoratet til First Securities ASA, John Høsteland, Geir Lie og Linda
Johannessen i fellesskap 1 298 925 –
enmilliontohundreogtjue tusen kroner innen 2 – to – uker
fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: