

Skatteetaten bør etter vårt syn klargjøre hva som er forskjellen på god saksbehandling innenfor dagens system og i den nye strategien. Etaten bør utrede utfordringene

knyttet til rollefordeling og myndighetsutøvelse. Samtidig med en enda bedre dialog for de store selskapene, bør saksbehandlingsstrategien for SMB-gruppen også

synliggjøres. Det er ingen grunn til at denne gruppen skal falle enda dypere ned mellom de to stolene som lønnskaterne og de store selskapene sitter på.

## Investeringer i utenlandske deltakerlignede selskaper:

# En skatterettslig hengemyr!

Artikkelen er forfattet av:



Advokat  
Thor Leegaard  
Partner KPMG Law Advokatfirma



Advokatfullmektig  
Daniel L. Høgtun  
Manager KPMG Law Advokatfirma

**Vi vil i denne artikkelen gi en oversikt over de mest vanlige problemstillingene knyttet til investeringer i utenlandske deltakerlignede selskaper (DLS), og de kravene skattemyndighetene stiller.<sup>1</sup>**

### Problemstillingene

De skatterettslige problemstillingene som er skissert i denne artikkelen, vil gjelde i større og mindre grad, alt ettersom hvordan DLSen er satt opp og hva slags virksomhet det driver.

I de tilfellene hvor deltageren har «kontroll» over selskapet, vil deltageren raskt kunne få tilgang til all den informasjonen som er nødvendig for skatteformål.

Dette er ikke tilfelle for alle investeringer. En rekke utenlandske fond (spesielt innenfor private equity) er satt opp som DLS,

og noen av disse er såkalte «fund of funds» (et fond som investerer i fond). Ved slike investeringer kan det være vanskelig å få full oversikt over hvordan norsk skattemessig behandling skal gjennomføres. Av de registrerte utenlandske DLSene hos SFS i 2010 var ca. 80 % slike fond.<sup>2</sup> De fleste av disse er, basert på vår erfaring, satt opp som selskap som ligner på norske kommandittselskaper.

Problemstillingene knyttet til investeringer i utenlandske DLS kan gjerne deles opp i tre hovedkategorier, 1) skatterettslig klassifisering av fondet, 2) skattemessig behandling av fondets investeringer og 3) gjennomføring av norsk ligningsbehandling.

### En tilnærming til problemstillingene

Vår erfaring er at det kan være fornuftig å foreta en skatterettslig due diligence før man investerer i utenlandske DLSer, slik at man ikke får noen overraskelser i ettertid. Etter vår erfaring gjør dette seg særlig gjeldende ved investeringer i fondsandeler, der man ikke selv har satt opp selskapsavtalen eller bestemmer hvilke investeringer som kommer til å bli gjort. Det kan for eksempel vise seg å være fordelaktig å sette opp et «investment vehicle»/«tax blocker» i et annet land hvis det er risiko for at investeringen anses som et hybrid selskap for norske formål, eller i de tilfellene et mellomliggende, ikke-transparent selskap vil gi en gunstigere skattemessig behandling. I slike tilfeller kan dog andre problemstillinger oppstå, som substanskrav etter fritaksmetoden eller NOKUS-ligning.

### Skatterettslig klassifisering av investeringsobjektet

Norske deltakerlignede selskaper er transparente for skatteformål. De finnes i flere former; ansvarlig selskap, kommandittselskap, indre selskap, partrederi etc.

Etter norsk rett må man foreta en sammenligningsøvelse for å klassifisere utenlandske selskaper. Man må finne hvilken norsk selskapsform som er mest lik selskapsformen til det utenlandske selskapet. For klassifiseringen av investeringer i utenlandske deltakerlignede selskaper må man se hen til selskapsloven. Det er selskapsformer som ligner på norske kommandittselskaper som skaper flest utfordringer ved denne vurderingen.

For at det selskapsrettslig skal være snakk om et kommandittselskap, må minst én deltaker (komplementaren) ha ubegrenset ansvar for kommandittselskapets gjeld og andre forpliktelser. De andre deltakernes forpliktelser kan være begrenset til deres innskudd. Videre må en komplementar etter norsk rett ha en eierinteresse på minst 10 %.

Hvorvidt et utenlandsk selskap kan klassifiseres som et norsk kommandittselskap for norske skatteformål, beror på en konkret vurdering av om komplementaren har ubegrenset ansvar og om han kan regnes som deltaker. Hvorvidt komplementaren bedømmes som en deltaker, vil bl.a. bero på om han har eierinteresse eller andel i resultatet.

I praksis har skattemyndighetene akseptert at overskuddsdisponering i form av for

<sup>1</sup> Artikkelen står for forfatternes egen regning og representerer ikke nødvendigvis synspunktene til KPMG. Artikkelforfatterne er ikke involvert i noen av de omtalte sakene.

<sup>2</sup> Ca. 350 fond med 1500 deltagere.

eksempel «priority profit share» eller «carried interest» innebærer at mottakeren har rett til en andel av overskuddet. I senere praksis har skattemyndighetene i visse tilfeller sådd tvil om hvorvidt slik overskuddsfordeling er tilstrekkelig. Begrunnelsen består da i at slik overskuddsfordeling ligner mer på et forvaltningshonorar. Vi er ikke ubetinget enig med skattemyndighetene på dette punktet, da dette honoraret ofte vil være begrenset til overskuddet.

Skatteklagenemnda ved SFS har i et vedtak funnet at et selskap i Irland måtte anses som en filial av et norsk selskap, da den andre deltageren ikke kunne anses som en reell deltager.<sup>3</sup> Etter avtaleforholdet mellom partene ville ikke denne deltageren sitte igjen med andel av overskudd eller underskudd. Da det ikke forelå et DLS, måtte virksomheten anses som utøvd av det norske selskapet gjennom filial. En slik vurdering av hvorvidt deltageren er reell, er i tråd med andre saker som skattemyndighetene har vurdert. Etter ligningspraksis vil det være særlig relevant hvorvidt deltageren med ubegrenset ansvar reelt sett tar del i overskuddet.

## Skattemessig behandling av utenlandsk selskap som deltakerlignes i Norge

### Skatteplikt for utbytte, gevinst og renter etc.

Som et utgangspunkt vil utbytte, gevinster og renter bli skattlagt med 28 % ved deltakerligningen, jf. sktl. § 10–41 (1). Utbytte fra, og gevinster på, aksjer, samt gevinst på finansielle instrumenter som er knyttet til aksjer, kan være unntatt beskatning etter den norske fritaksmetoden, og tap er ikke fradragsberettiget, jf. sktl. § 2–38, jf. § 10–41 (2). Tre prosent av utbyttet vil bli beskattet med 28 %, som gir en effektiv beskatning på 0,84 %.

Fritaksmetoden gjelder for aksjer i selskap hjemmehørende i EØS. Hvis selskapet er betraktet som lavt beskattet for norske formål, må det være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet for at det skal falle inn under fritaksmetoden. I praksis er dette ikke lett å dokumentere, men vår erfaring er at det i hovedsak ikke er noe stort problem ved fastsettelse av inntekt, annet enn for holdingselskap som kun eier virksomhet utenfor EØS.

Hvorvidt et selskap er lavt beskattet, beror på en konkret vurdering av hvordan selskapet beskattes sammenlignet med hvordan det ville blitt skattlagt i Norge. Hvis inntektsskatten på selskapets samlede overskudd utgjør mindre enn 2/3 av den skatten selskapet ville ha blitt lignet dersom selskapet hadde vært hjemmehørende i Norge, er det ansett som lavt beskattet, jf. sktl. § 10–63.

For investeringer utenfor EØS må eierskapet være på minst 10 % og ha vart i en periode på over to år, jf. sktl. § 2–38 (3) b). Utbytte er skattefrie før det har gått to år, såfremt eierskapet totalt varer i to år, jf. sktl. § 2–38 (3) d). Etter en uttalelse fra Finansdepartementet skal eierskapskravet oppfylles på det deltakerlignede selskapets hånd.<sup>4</sup> Det følger av dette at også tidskravet må måles på tilsvarende måte. Dette innebærer at størrelsen og eierperioden på deltakerens andel er uten betydning. Etter vår mening har Finansdepartementets syn de beste grunner for seg. Tap på aksjer utenfor EØS er ikke fradragsberettiget hvis det transparente selskapet på noe tidspunkt innenfor de siste to årene har eid over 10 %, jf. sktl. § 2–38 (3) c).

For investeringer utenfor EØS må selskapet ikke være lavt beskattet for at fritaksmetoden skal gjelde. Hvis selskapet er lavt beskattet, vil det være fradragsrett for tap selv om eierandelen har vært over 10 % i løpet av de siste to årene, jf. sktl. § 2–38 (3) a).

### Skattebehandling ved realisasjon av eierandel i deltakerlignet selskap

En realisasjon av en eierandel kan falle innenfor fritaksmetoden så lenge andelen av ikke-kvalifiserende investeringer (altså aksjeinvesteringer utenfor fritaksmetoden) i DLS er ikke over 10 % av den totale summen av investeringer basert på markedsverdien ved realisasjon, og heller ikke har vært det i løpet av de siste to årene, jf. sktl. § 2–38 (3) g).

Hvis realisasjonen medfører et tap, må ikke-kvalifiserende andeler ikke ha vært over 10 % de siste to årene for at tapet skal kunne fradragsføres, jf. sktl. § 2–38 (3) f).

### Skattlegging av utdelinger fra deltakerlignede selskap

Fra 1. januar 2012 er det innført skatteplikt på utdelinger fra deltakerlignede

selskaper. Etter den nye regelen skal tre prosent av enhver utdeling fra et deltakerlignet selskap være gjenstand for ekstra-beskatning, sktl. § 2–38 (6) a).

### Kildeskatt

En norsk investor i et transparent selskap vil anses som den direkte eieren av eiendelene i det deltakerlignede selskapet. Dette betyr at retten til beskyttelse mot dobbeltbeskatning ligger hos den norske eieren, og at det således er den norske eieren som må kreve betalt kildeskatt refundert.

I den utstrekning det ilegges kildeskatt, kan dette krediteres mot skatt betalt på utenlandsinntekter. Dette gjelder ikke for inntekter som faller inn under fritaksmetoden. Etter praksis fra SFS kan likevel 3 % av den utenlandske skatten krediteres.<sup>5</sup>

### Andre kostnader på selskapsnivå

Administrasjonskostnader, forvaltningskostnader, organisatoriske kostnader (som etableringskostnader) og andre fondskostnader vil som hovedregel være fradragsberettigede for norske skatteformål. Dette gjelder også for kostnader betalt til komplementaren.

For kostnader knyttet til en enkelt investering kan det være at kostnaden må aktiveres på den eiendelen. I praksis blir dette ofte gjort også for regnskapsformål, slik at det ikke er nødvendig med en egen skattemessig vurdering av kostnadene.

Videre er finansieringskostnader fradragsberettigede på det tidspunktet forpliktelsen til å betale oppstår.

### Priority Profit Share, Carried interest etc.

Ved investeringer i «private equity» vil det ofte være avtalt en skjev fordeling av overskuddet i fondet mellom deltakerne. En slik fordeling av overskudd er ikke en kostnad, og er derfor ikke fradragsberettiget. Slik overskuddsfordeling kan være bakt inn i forvaltningshonoraret («management fee») i regnskapet. I slike tilfeller må det vurderes konkret, på grunnlag av selskapsavtalen, hvorvidt kostnaden er en overskuddsfordeling, eller en kostnad knyttet til driften av fondet. Regnskapsmessig er dette ofte behandlet som en overskuddsdisponering, men praksis varierer noe. Man kan derfor ofte ikke bygge ukritisk på den regnskapsmessige behandlingen. Som nevnt ovenfor, må det i praksis legges til

<sup>3</sup> Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter – sak 2006-083SKN, omtalt i Revisjon og Regnskap nr. 2 2012.

<sup>4</sup> Finansdepartementets uttalelse av 8. desember 2006 «Fritaksmetoden og DLS-subjektet for eierkrav i selskap utenfor EØS».

<sup>5</sup> Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter, omtalt i Revisjon og Regnskap nr. 2 2012.

grunn at dette normalt skal anses som en overskuddsdisponering.

### Fradragsbegrensning for kommandittister

For kommandittister er fradragsretten for underskudd begrenset til innskutt kapital, med tillegg av innskuddsforpliktelser og tilbakeholdt skattlagt overskudd.

I praksis vil en del utenlandske fond kreve at deltakerne skyter inn en liten egenkapitalandel, og at en stor andel av innskuddsforpliktelser gjøres opp i form av lån. Slike lån er etter vår erfaring oftest ikke rentebærende, og står tilbake for andre kreditorer. Videre vil lånene gi andel i selskapets eiendeler. Det foreligger ofte heller ingen plikt for komplementaren («general partner») til å betale tilbake lånet. Etter vårt syn er det derfor skattemessig mest korrekt å behandle slike innskudd som egenkapital. Den skattemessige betydningen av dette er at fradragsbegrensningen som oftest ikke vil aktualiseres.

### NOKUS

Et utenlandsk deltakerlignet selskap kan medføre NOKUS-beskatning. For at en investering skal falle inn under NOKUS-reglene, må 50 % eller mer av eierne i selskapet være norske, og selskapet må eie 100 % i den underliggende investeringen. Det deltakerlignede selskapet selv vil aldri være NOKUS.

### Skattemessig behandling av selskap som ikke skattemessig deltakerlignes for norske skatteformål

I de fleste tilfellene hvor man har inngått en selskapsavtale og selskapet ikke blir ansett som et deltakerlignet selskap for norske skatteformål, vil alle deltakerne anses å ha et begrenset ansvar. Et selskap hvor alle deltakerne har et begrenset ansvar, vil normalt bli ansett som tilsvarende et aksjeselskap for norske skatteformål.

Registreringslandet og skattesatsen for selskapet vil i slike tilfeller være relevant. Hvis selskapet anses som etablert utenfor EØS, vil selskapet ofte falle utenfor FM, hvilket innebærer at alle utdelinger og gevinster anses som skattepliktige, og at tap ikke vil være fradragsberettiget.

I tilfeller hvor det foreligger hybride selskaper, kan en norsk investor ende opp uten skatteavtalebeskyttelse fordi den utenlandske staten og den norske stat for

eksempel har forskjellig oppfatning om hvem som er den rettmessige eier av investeringene til selskapet.

Hvis det utenlandske selskapet ikke anses å tilsvare et DLS, kan det også bli et spørsmål om hvorvidt det skal NOKUS-beskatnes. For at selskapet skal falle inn under NOKUS-reglene, må 50 % eller mer av eierne være norske (direkte eller indirekte).

### Norsk ligningsbehandling

#### Utenlandsk selskap som anses som et deltakerlignet selskap for norske skatteformål

Norske deltakere i utenlandske deltakerlignede selskaper er pålagt oppgaveplikt etter forskrift nr. 193 av 1993. SFS har i et brev datert 30. mars 2012 presisert at innleveringsplikten kun gjelder der hvor den norske deltageren har direkte eierinteresse, for eksempel kun for toppfondet i en «fund of funds»-struktur. I tillegg til selskapsoppgaven for fondet må det leveres næringsoppgave og selskapets oppgave over deltakere. Videre må deltageren levere deltageroppgave.

En norsk investor har dermed bare oppgaveplikt for direkte eide utenlandske deltakerlignede selskaper. Det understrekes imidlertid i brevet fra SFS at regnskapene til de indirekte eide underfondene må omarbeides etter norske skatteregler, og det direkte eide selskapet må tilordnes sin andel av resultatet på ordinær måte. Det må derfor foretas en norsk skatteberegning også for underliggende fond som er transparente.

For at deltakeren skal få fradragsføre underskudd, må deltakeren kunne bekrefte at alt underlagsmateriale kan fremlegges. Dette vil normalt ikke by på problemer, da underlagsmaterialet kan fremlegges. Det vil dog kunne ta lang tid å få tak i informasjon.

Av interesse er at SFS påpeker at det etter forskriften kreves at de norske deltagerne sammen skal levere selskapsoppgave med tilhørende vedlegg. I praksis er dette sjelden gjennomførbart. For det første vil fondene sjelden opplyse deltagerne om hvilke andre deltagere som har investert i fondet, og for det andre kan det være vanskelig å enes om tilnærming til ligningen (fordeling av kostnader, skatterettslig klassifisering av fond og investeringer etc.). På den andre siden vil det antagelig være meget kostnadsbesparende å samarbeide

om utarbeidelsen av ligningsoppgavene til fondene.

Nytt er også kravet til hvilke regnskap som skal benyttes ved skatteberegningen. Tidligere har det blitt godtatt at fjorårets regnskap benyttes (regnskapet for 2010 benyttes for 2011), da det er svært krevende å innhente informasjon fra fondene innen ligningsfristen. SFS har forståelse for at det er krevende å få inn informasjonen og har derfor gitt en generell utsettelse til 31. juli for alle investeringer i utenlandske DLS. Vi har forstått det slik at dette kravet først kommer til å bli fulgt opp fra og med ligningen for 2012, slik at deltagere som har benyttet fjorårets regnskaper, antagelig må levere to sett i 2013 for å korrigere for den tidligere praksisen.

For å få tilstrekkelig informasjon til å kunne gjennomføre en forsvarlig skatterettslig klassifisering og ligningsbehandling, bør følgende informasjon innhentes:

- selskapsavtalen(e) og prospekt
- årsregnskap for det deltakerlignede selskapet
- annen dokumentasjon sendt fra selskapet, som for eksempel porteføljeoversikt og Schedule-K1
- oversikt over innkalt og ikke innkalt selskapskapital
- oversikt over utdelinger fra selskapet, fordelt på tilbakebetaling av kapital og utdeling av avkastning
- oversikt over selskapets portefølje, herunder per investering: type instrument (aksje, lån, obligasjon, derivat etc.), etableringsstat, inngangsverdi (i utenlandsk valuta), kjøpsdato, eierandel, utbetalt utbytte pr. år (i utenlandsk valuta), realisasjoner/nyervervelser (i utenlandsk valuta), dato for realisasjoner/nyervervelser etc.

Det er fornuftig å gi relativt detaljerte opplysninger om vurderinger som foretas ved utarbeidelsen av ligningspapirene i vedlegg.

#### Utenlandsk selskap som anses som et aksjeselskap for norske skatteformål

Det er ingen leveringsplikt for utenlandske selskaper som anses å tilsvare aksjeselskaper for norske skatteformål, såfremt selskapet ikke skal NOKUS-beskatnes. Det er således kun utdelinger og eventuelle gevinster og tap som eventuelt skal inntektsføres hos den norske deltakeren.