

Skattedirektoratets domskommentar til Herkules-dommen

Det viktigste budskapet fra Herkules-dommen er at utbytte skal beskattes som utbytte, også for indirekte eiere som arbeider i virksomheten. Et annet viktig budskap er at skattemyndighetene ikke kan utøve gjennomskjæring gjennom tilordnings- og **klassifikasjonsregler.**

Artikkelen er forfattet av:



Advokat (H)
Morten Goller
Advokatfirmaet Wiersholm



Advokat (H)
Ståle R. Kristiansen
Advokatfirmaet Thommessen

Artikkelforfatterne bisto Herkules i saken

Høyesteretts dom

Høyesterett avsa dom i den såkalte Herkules-saken i november 2015, jf. Rt. 2015 s. 1260. Saken gjaldt spørsmål om tilordning og klassifisering av «carried interest» – en resultatbasert utbetaling i private equity-bransjen. Fondet betalte ut carried interest til General Partner («GP»), som var ansvarlig for forvaltningen av fondet («trinn 1»). GP delte deretter ut sitt overskudd til aksjonærene, som var initiativtakere til fondet, som utbytte («trinn 2»). Partene i saken var enige om at utbetalingen av carried interest til GP i dette tilfellet skulle anses som virksomhetsinntekt, men det er klart at carried interest også kan være en kapitalinntekt – avhengig av det konkrete faktum. Vi viser til Høyesteretts dom for en nærmere beskrivelse av de faktiske forholdene i saken.

Tilordnes hvem?

Det første spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til, var om utbetalingen i trinn 1 skulle tilordnes GP i samsvar med avtale-

verket, eller om inntekten i stedet skulle tilordnes selskapet Herkules Capital I AS («Herkules»), som var fondets rådgiver. Det andre spørsmålet var om den videre utdelingen fra GP i trinn 2 skulle tilordnes holdingselskapene som var aksjonærer i GP og beskattes som utbytte for disse, eller om utdelingen i stedet skulle klassifiseres som arbeidsinntekt og tilordnes de bakenforliggende eierne personlig.

Høyesterett slo fast at skatterettslig tilordning og klassifisering av en inntekt må ta utgangspunkt i hva som er den privatrettslige realiteten. Hvis de aktuelle disposisjonene er reelle og bindende mellom partene, må de i utgangspunktet legges til grunn for beskatningen. Det kan bare gjøres unntak fra dette dersom vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring eller skjønsmessig fastsettelse av inntekt etter skatteloven § 13–1 er oppfylt.

Etter å ha vurdert de konkrete forholdene i saken, kom Høyesteretts flertall til at utbetalingen i trinn 1 skulle tilordnes GP, i samsvar med avtalene. Høyesterett kom deretter enstemmig til at inntekten i trinn 2 skulle klassifiseres som utbytte for holdingselskapene, i samsvar med eierforholdene. Det var ikke grunnlag for noen omklassifisering til arbeidsinntekt, og dermed heller ikke grunnlag for å tilordne inntekten direkte til de bakenforliggende eierne.

Skattedirektoratets domskommentar

I mars 2016 publiserte Skattedirektoratet en domskommentar med enkelte merknader knyttet til Høyesteretts dom.

Tilordning i trinn 1

Når det gjelder tilordningen i trinn 1, så gir Skattedirektoratet uttrykk for at carried interest skal tilordnes GP i fondsstrukturer hvor GP formelt og reelt har krav på carried interest. Skattedirektoratet åpner imidlertid for at det kan være tale om å «omfordele» vederlaget mellom GP og rådgiverselskapet i medhold av skatteloven § 13–1 i tilfeller hvor vederlaget ikke er fordelt i forhold til verdien av de tjenestene som selskapene har ytet.

Etter at Høyesterett gjennom flere dommer de siste årene har begrenset omgælesnormens rekkevidde, har man sett flere eksempler i ligningspraksis der skattemyndighetene forsøker å oppnå tilsvarende resultater gjennom tilordnings- og klassifiseringsreglene. Herkules-dommen, og Skattedirektoratets kommentar, viser at dette ikke er en farbar vei for myndighetene. Hvis den privatrettslige realiteten skal settes til side, og inntektene omfordles, må det gjøres med hjemmel i gjennomskjæring eller skatteloven § 13–1. Etter vårt syn vil dette neppe være særlig aktuelt i praksis i forhold til carried interest.

Hva uavhengige parter ville ha avtalt

For det første vil spørsmålet om det foreligger inntektsreduksjon etter skatteloven § 13–1 bero på en vurdering av hva uavhengige parter ville avtalt i en tilsvarende situasjon. Sagt på en annen måte: Det er bare grunnlag for justering av selskapenes inntekt dersom det er etablert en ordning som det ikke er mulig å se for seg mellom uavhengige parter. Honorarstrukturen i

VENTURE CAPITAL

CARRIED INTEREST: Saken gjaldt spørsmål om tilordning og klassifisering av «carried interest» – en resultatbasert utbetaling i private equity-bransjen.

denne typen fondsstrukturer er imidlertid relativt ensartet, og består grovt sett av et løpende honorar på 2 % årlig av fondets kapital, samt carried interest som noe forenklet tilsvarer 20 % av fondets årlige avkastning ut over 8 % (i den grad en slik avkastning skulle oppnås).

Som det fremgår av Høyesteretts dom, ble det fremlagt undersøkelser i saken som viser at i nesten halvparten av denne typen investeringsfond utbetales det ingen carried interest overhodet, og at 2/3 av inntektene i fondsforvaltervirksomhet generelt sett kommer fra rådgivningshonorar, mens kun 1/3 kommer fra carried interest. Når man ser hen til risikoen knyttet til de ulike inntektsstrømmene, og at det kan være flere kommersielle årsaker til at inntektene deles på to forskjellige selskaper, mener vi det er gode holdepunkter for at dette er en honorarstruktur som uavhengige parter kunne inngått. Dette understøttes også av at honorarstrukturen som er beskrevet ovenfor, rent faktisk har utviklet seg til en form for markedspraksis. Det er således en honorarstruktur som man finner mellom uavhengige parter, og da foreligger det ingen inntektsreduksjon i skatteloven § 13–1s forstand.

For det andre, og i forlengelsen av dette, vil det i mange slike strukturer være ulik eiersammensetning i rådgiverselskap og selskapet som mottar carried interest. Skjønnsmessig fastsettelse av inntekt etter skatteloven § 13–1 forutsetter at det foreligger en inntektsreduksjon som skyldes interessefellesskap. Dersom eiersammensetningen ikke er den samme i rådgiverselskapet og selskapet som mottok carried interest, vil det i utgangspunktet ikke fore-

ligge noe interessefellesskap mellom selskapene, og det er heller ikke grunnlag for noen inntektsjustering.

Tilordning og klassifisering i trinn 2

Når det gjelder spørsmålet om omklassifisering fra utbytte til arbeidsinntekt, gir Skattedirektoratet korrekt uttrykk for at det avgjørende spørsmålet er om utbetalingen kommer som følge av at mottaker er eier, eller om utbetalingen er foranlediget av arbeidsinnsats. Etter vårt syn er det viktig å holde fast ved at det grunnleggende utgangspunktet i en situasjon hvor en aksjonær mottar utbytte knyttet til aksjer vedkommende eier, er at utbyttet er en kapitalinntekt.

Skattedirektoratet har tidligere publisert enkelte uttalelser vedrørende medarbeidere som eier aksjer i selskapet de er ansatt i indirekte gjennom et holdingselskap, jf. Utv. 2009 s. 1116 og Utv. 2013 s. 1189. Uttalelsene kan misforstås, om de ikke leses nøye. Både i Herkules-saken og i andre saker har vi opplevd at skatteetaten på bakgrunn av disse uttalelsene har anført at slikt indirekte eierskap *i seg selv* kan gi grunnlag for å omklassifisere utbytte som deles ut fra arbeidsgiverselskapet til lønnsinntekt og tilordne denne inntekten direkte til medarbeideren. Dette er det selvfølgelig ikke grunnlag for. Tilordning og klassifisering må skje for den enkelte inntektsstrømmen, basert på de privatretslige realitetene. En utdeling av overskudd fra et aksjeselskap til dets eiere skal som utgangspunkt behandles som utbytte. Det er bare i tilfeller hvor utbetalingen ikke er forårsaket av eierskap, men hvor det reelt sett er vederlag for arbeid, at utdelingen kan omklassifiseres til arbeids-

inntekt og tilordnes den bakenforliggende eieren. Det er imidlertid like selvfølgelig at dersom det først konstateres at en utdeling fra aksjeselskapet reelt sett er et vederlag for arbeid, så kan ikke skattyter unngå lønnsbeskatning ved å legge aksjene i et holdingselskap.

Vi oppfatter domskommentaren slik at skattedirektoratet er enig i at indirekte eie ikke i seg selv kan gi grunnlag for noen omklassifisering og endret tilordning, eller at dette i det hele tatt er relevant for vurderingen. Skattedirektoratet tar konkret opp situasjonen med indirekte eie, og uttaler i denne forbindelsen at det ikke er grunnlag for omklassifisering og endret tilordning i tilfeller hvor nøkkelmedarbeidere er reelle eiere. Vi har vanskelig for å se betydningen av karakteristikken «nøkkelmedarbeider» her, og kan ikke se at det er holdepunkter i rettspraksis for at det ligger noen begrensning i dette – uttalelsen må anses å gjelde generelt for alle medarbeidere som også er (reelle) eiere.

Avsluttende bemerkninger

Det viktigste konkrete budskapet fra Herkules-dommen er at utbytte skal beskattes som utbytte, også for indirekte eiere som arbeider i virksomheten. Dette er i tråd med etablert rettstilstand, og det oppsiktsvekkende var kanskje først og fremst skattemyndighetenes forsøk på å omgjøre eierinntekter til lønn for aktive (indirekte) eiere. Det viktigste mer generelle budskapet er at skattemyndighetene ikke kan utøve gjennomskjæring gjennom tilordnings- og klassifikasjonsregler. Begge deler er også understreket, om enn forsiktig, i skattedirektoratets uttalelse.