



NORGES HØYESTERETT

Den 12. november 2015 avsa Høyesterett dom i

HR-2015-02268-A, (sak nr. 2015/725), sivil sak, anke over dom,

A

B

C

Herkules Capital I AS

(advokat Morgen Goller)

Rettslig medhjelper:

(advokat Ståle R. Kristiansen)

mot

Staten v/Skatt øst

(ass. regjeringsadvokat Tolle Stabell)

Rettslig medhjelper:

(advokat Anders F. Wilhelmsen)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder gyldigheten av ligningen for 2007 for tre privatpersoner og det selskapet de arbeidet i. Den reiser spørsmål om den skattemessige klassifiseringen og tilordningen av såkalt "carried interest" – en resultatbasert utbetaling i private equity-bransjen.
- (2) De ankende partene A, B og C (heretter også "prinsipalene") stiftet i 2004 selskapet Herkules Capital I AS (heretter "Herkules") sammen med Ferd AS. Formålet var å etablere en private equity-virksomhet. Herkules skulle etablere ulike fond hvor eksterne investorer ble invitert til å delta. Fondene skulle investere i selskaper med potensial for høy vekst og avkastning. Disse porteføljeselskapene skulle styrkes finansielt og tilføres strategisk kompetanse med sikte på senere salg med gevinst for fondet.
- (3) Herkules var eid med 60 prosent av selskapet GMT Capital AS, som igjen var eid av prinsipalenes holdingselskaper. Cs holdingselskap hadde en eierandel på 40 prosent i GMT Capital AS, mens B' og As selskaper eide 30 prosent hver. Ferd AS eide de

resterende 40 prosent av Herkules. Herkules hadde frem til 2008 navnet Ferd Equity Partners AS.

- (4) I 2004 etablerte Herkules to investeringsfond på Jersey – Herkules Private Equity (Jersey-I) LP og Herkules Private Equity (Jersey-II) LP. Fondene benevnes i fortsettelsen "fond I" og "fond II" eller bare "fondene". I fond I var det bare norske investorer, mens fond II utelukkende hadde utenlandske investorer. Fondenes porteføljer og struktur var identiske. De ble etablert som såkalte "limited partnerships", som i henhold til lovgivningen på Jersey har mange likhetstrekk med et norsk kommandittselskap.
- (5) Limited partnerships på Jersey må ha en såkalt "General Partner" – en person eller et selskap med ubegrenset ansvar for forpliktelsene. Prinsipalene og Ferd AS etablerte i 2004 selskapene Herkules Private Equity (GP-I) Limited og Herkules Private Equity (GP-II) Limited på Jersey for å ivareta funksjonen som "General Partner" i de to fondene. I fortsettelsen skilles det ikke mellom disse to selskapene, og de benevnes General Partner. General Partner var eid med 60 prosent av PG Holding Ltd., hvor Cs holdingsselskap eide 40 prosent og de to andre prinsipalenes selskaper 30 prosent hver. PG Holding Ltd. var registrert på Jersey. De resterende 40 prosent av General Partner var eid av AS Norse Crown Company Ltd., som igjen var 100 prosent eid av Ferd AS. General Partner hadde i utgangspunktet ingen eierandel i fondene.
- (6) Ferd AS og prinsipalenes respektive holdingselskaper hadde med andre ord identiske eierandeler i henholdsvis Herkules og General Partner.
- (7) Etter avtaleverket ble fondenes investeringsbeslutninger truffet av General Partner etter forslag fra Herkules. General Partner var ledet av et styre, hvor prinsipalene og Ferd AS hadde en representant hver. I tillegg var det tre eksterne styremedlemmer. Den daglige driften var satt bort til Aztec Financial Services Ltd. på Jersey, som mottok normalt honorar for sitt arbeid. Styremøter ble holdt hvert kvartal, og ellers når det var behov for det. Foruten styremedlemmene møtte jevnlig ansatte fra Aztec og Herkules på styremøtene. General Partner hadde ingen egne ansatte.
- (8) Prinsipalene ble ansatt i Herkules. I ansettelsesavtalene er de betegnet som "ledende ansatt". Hovedarbeidsoppgavene er i avtalene angitt å være "analyse av mulige oppkjøpskandidater samt oppfølging av eksisterende porteføljebedrifter". Videre heter det at prinsipalene skal holde kontakt med "eksisterende og potensielle investorer". Gjennom avtalene plikter prinsipalene å stille sin fulle arbeidskraft til rådighet for arbeidsgiveren. Årslønnen for C som daglig leder var opprinnelig 1,53 millioner kroner, mens B og A hadde en lønn på 1,25 millioner kroner. I dag er prinsipalenes lønn opplyst å være i størrelsesorden 4 millioner kroner. Avtalene slår fast at prinsipalene verken kan forplikte General Partner eller fondene.
- (9) I august 2004 ble det inngått en rådgivningsavtale mellom Herkules og Fond I representert ved General Partner. Avtalen gir Herkules rett til et årlig forvaltningshonorar på to prosent av kommittert kapital fra investorene. Herkules forplikter seg til å "devote substantially all of his normal business time" til fondets "affairs and activities". Det fremgår uttrykkelig av avtalen at Herkules ikke kan forplikte fondet. I desember 2004 ble det inngått selskapsavtaler mellom General Partner og fondenes investorer, de såkalte limited partners.

- (10) Det er i private equity-bransjen vanlig å gi forvalter rett til en såkalt "carried interest". Dette er en form for suksesshonorar som kommer til utbetaling hvis fondene gir høy avkastning for investorene. I saken her var carried interest – noe upresist sagt – satt til 20 prosent av meravkastningen ut over en årlig avkastning til investorene på 8 prosent. Det var avtalt at carried interest skulle tilfalle General Partner.
- (11) Eierandeler i selskapet Pronova Biocare AS ble lagt inn i fondene ved etableringen i 2004. I 2007 realiserte fondene eierandelene i dette porteføljeselskapet med en gevinst på mer enn 2 milliarder kroner. Dette genererte utbetaling av carried interest til General Partner med 518 276 769 kroner. Selskapet utdelte beløpet som utbytte til sine eiere, noe som betyr at 40 prosent gikk til Ferd AS gjennom holdingselskapet AS Norse Crown Company Ltd. De resterende 60 prosent ble overført til PG Holding Ltd. og videre til prinsipalenes holdingselskaper. Cs holdingselskap fikk om lag 124 millioner kroner i henhold til eierandelen i PG Holding Ltd. på 40 prosent, mens selskapene til B og A i tråd med eierandelen på 30 prosent fikk cirka 93 millioner kroner hver. Det er den skattemessige klassifiseringen og tilordningen av disse utbetalingene som er tema i saken. Jeg nevner at C, B og A senere har tatt ut noe utbytte fra holdingselskapene, som er beskattet som utbytte. Betydelige beløp er reinvestert etter hvert som det har blitt etablert nye fond.
- (12) Skatt øst fattet 20. juni 2012 ligningsvedtak for C, B, A og Herkules. I vedtakene la Skatt øst til grunn at de 60 prosent av carried interest som i tråd med avtalene hadde tilfalt prinsipalenes holdingselskaper via General Partner og PG Holding Ltd., skattemessig måtte tilordnes Herkules som virksomhetsinntekt i 2007. Videre fant Skatt øst at disse 60 prosent av carried interest måtte tilordnes prinsipalene som arbeidsinntekt for arbeid utført i Herkules. Dette innebar at Cs alminnelige inntekt og personinntekt ble økt med cirka 124 millioner kroner, mens det tilsvarende tallet for B og A var 93 millioner kroner. For Herkules ble arbeidsgiveravgiftsgrunnlaget økt tilsvarende summen av tilordnet lønn til prinsipalene – totalt med cirka 310 millioner kroner. Samtlige skattytere ble ilagt tillegsskatt/tilleggsavgift med 30 prosent.
- (13) Både de personlige skattyterne og Herkules tok ut stevning med påstand om opphevelse av ligningsvedtakene. Oslo tingrett avsa 20. desember 2013 dom med slik domsslutning:
- "1. **Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende ligningen av C for inntektsåret 2007 oppheves.**
 - 1.1 **I sakskostnader betaler Skatt øst til C
366 982 – trehundreogsekstusennihundreogåttito – kroner innen
2 – to – uker etter dommens forkynnelse.**
 - 2. **Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende ligningen av B for inntektsåret 2007 oppheves.**
 - 2.1 **I sakskostnader betaler Skatt øst til B
366 982 – trehundreogsekstusennihundreogåttito – kroner innen
2 – to – uker etter dommens forkynnelse.**
 - 3. **Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende ligningen av A for inntektsåret 2007 oppheves.**
 - 3.1 **I sakskostnader betaler Skatt øst til A
366 982 – trehundreogsekstusennihundreogåttito – kroner innen
2 – to – uker etter dommens forkynnelse.**

4. Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende ligningen av Herkules Capital I AS for ligningsåret 2007 oppheves. Ved ny ligning legges til grunn at selskapet tilordnes et beløp kr. 310 966 061 som virksomhetsinntekt. Tilleggsavgift ilegges ikke.

4.1 Sakskostnader tilkjennes ikke."

- (14) For tingretten aksepterte skattyterne at carried interest ble klassifisert som virksomhetsinntekt, men gjorde gjeldende at inntekten måtte tilordnes General Partner, ikke Herkules. Tingretten fant at carried interest måtte tilordnes Herkules som virksomhetsinntekt. Den la imidlertid til grunn at de videre utbetalingene av carried interest til holdingselskapene ikke kunne beskattes som arbeidsinntekt på de personlige skattyternes hånd.
- (15) Så vel staten v/Skatt øst som Herkules anket. Borgarting lagmannsrett avsa 28. januar 2015 dom med slik domsslutning:

"A:

1. Staten v/Skatt øst frifinnes.
2. A betaler til staten v/Skatt øst 73 552,50 – syttitretusenfemhundreogfemtito 50/100 – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.
3. A betaler til staten v/Skatt øst 101 587,50 – etthundreogéttusenfemhundreogåttisyv 50/100 – kroner i saksomkostninger for tingretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.

B:

1. Staten v/Skatt øst frifinnes.
2. B betaler til staten v/Skatt øst 73 552,50 – syttitretusenfemhundreogfemtito 50/100 – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.
3. B betaler til staten v/Skatt øst 101 587,50 – etthundreogéttusenfemhundreogåttisyv 50/100 – kroner i saksomkostninger for tingretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.

C:

1. Staten v/Skatt øst frifinnes.
2. C betaler til staten v/Skatt øst 73 552,50 – syttitretusenfemhundreogfemtito 50/100 – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.
3. C betaler til staten v/Skatt øst 101 587,50 – etthundreogéttusenfemhundreogåttisyv 50/100 – kroner i saksomkostninger for tingretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.

Herkules Capital I AS:

1. **Staten v/Skatt øst frifinnes.**
2. **Herkules Capital I AS betaler til staten v/Skatt øst 73 552,50 – syttitretusenfemhundreogfemtito 50/100 – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.**
3. **Herkules Capital I AS betaler til staten v/Skatt øst 101 587,50 – etthundreogéttusenfemhundreogåttisyv 50/100 – kroner i saksomkostninger for tingretten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen."**

- (16) Under behandlingen for lagmannsretten gjorde skattyterne igjen gjeldende at carried interest var å anse som kapitalinntekt. Dette hadde sammenheng med et vedtak fra Sentralskattekontoret for storbedrifter 24. november 2014. I vedtaket ble det lagt til grunn at den andelen av carried interest som gikk til AS Norse Crown Company Ltd. – altså til Ferd-systemet – var å anse som kapitalinntekt.
- (17) Både A, B, C og Herkules har anket til Høyesterett over bevisvurderingen og rettsanvendelsen. De har for Høyesterett akseptert at utbetalt carried interest er å anse som virksomhetsinntekt. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (18) De ankende parter – A, B, C og *Herkules Capital I AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (19) Ligningsvedtakene må oppheves i sin helhet. Carried interest er en virksomhetsinntekt som faktisk er utbetalt til General Partner og deretter fordelt som utbytte til de tre prinsipalenes holdingselskaper. Inntekten kan ikke i strid med realiteten tilordnes rådgiverselskapet Herkules. Det er heller ikke grunnlag for i neste trinn å omklassifisere utbyttet til arbeidsinntekt for de tre prinsipalene. Ved den skattemessige bedømmelsen må man følge inntektsstrømmen og først ta stilling til om inntekten skal tilordnes General Partner eller Herkules.
- (20) A, B og C har sammen med D i Ferd AS etablert en virksomhet som går ut på aktiv forvaltning. Virksomheten drives i selskaps form og er basert på etablering av suksessive fond. Det er en nødvendig forutsetning at det investeres betydelige beløp i de nye fondene. Dette muliggjøres gjennom den selskapsstrukturen som er valgt. Strukturen er forretningsmessig motivert, skattemessig nøytral og tilpasset skattereformen. Den løsning de ankende parter tar til orde for, følger direkte av skattelovens hovedregler.
- (21) Hvert selskap er et selvstendig skattesubjekt, som må bedømmes skattemessig ut fra egne forhold. Ved beskatningen skal den privatrettslige realiteten legges til grunn. Tilordning til et annet subjekt og endret klassifisering kan skje ved en avvikende vurdering av hva som faktisk er de reelle forhold. Her er det betegnelsen som må vike, ikke realiteten. Hvis derimot skattemyndighetene vil tilordne eller klassifisere i strid med den privatrettslige realiteten, kan det bare skje gjennom skatterettslig gjennomskjæring eller ved bruk av skatteloven § 13-1.
- (22) Den privatrettslige realiteten er i dette tilfellet at carried interest tilkommer General Partner. Selskapet er den reelle beslutningstakeren og har etter avtaleverket krav på midlene. Avtalene er etterlevd av partene, utbetaling har skjedd, og midlene er distribuert

videre til eierne. Fordelingen til General Partner kan ikke forklares med interessefelleskapet, fordi den er skattemessig nøytral fra eiernes side. Inntekten må på denne bakgrunn tilordnes General Partner.

- (23) Utbetalingen fra General Partner via PG Holding Ltd. til prinsipalenes holdingselskaper har skjedd som utbytte. Det er ikke grunnlag for å klassifisere inntektene som fordel vunnet ved arbeid for privatpersonene. En slik endret klassifisering kan bare skje hvis en analyse av de privatrettslige forholdene viser at utbyttet reelt sett ikke er mottatt i egenskap av å være eier, men som vederlag for utførelse av arbeid. Det kreves en særlig tilknytning mellom arbeidet og fordelene, og tilknytningen må eksistere i det leddet hvor midlene utbetales til de privates holdingselskaper. Noen slik særlig tilknytning foreligger ikke i dette tilfellet. De private skattyterne har mottatt midlene som reelle eiere i en reell virksomhet.
- (24) Subsidiært kan det ikke avsies dom for at det ved ny ligning av Herkules må legges til grunn at selskapet tilordnes 310 966 061 kroner som virksomhetsinntekt i 2007. Det er ikke grunnlag for tilleggsatt eller tilleggsavgift. Skattyterne har ikke gitt ufullstendige opplysninger, og det foreligger under enhver omstendighet unnskyldelige forhold.
- (25) De ankende partene har lagt ned slik påstand:
- "1. **Prinsipalt: Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende de ankende parters ligning for inntektsåret 2007 oppheves.**
 2. **Subsidiært: Skattekontorets vedtak av 20. juni 2012 vedrørende de ankende parters ligning for inntektsåret 2007 oppheves for så vidt gjelder ileggelse av tilleggsatt og tilleggsavgift.**
 3. **I begge tilfeller: De ankende parter tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (26) Ankemotparten – *staten v/Skatt øst* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (27) Ligningsvedtakene er gyldige. Utbetalingen av carried interest til de tre prinsipalenes holdingselskaper er vunnet ved arbeid og må tilordnes prinsipalene som arbeidsinntekt. Fordi det er arbeidet deres i Herkules som er grunnlaget for utbetalingen, må den tilordnes dette selskapet i første ledd. Lagmannsrettens dom er korrekt i resultat og begrunnelse.
- (28) Det overordnede spørsmålet er hvorfor investorene har avstått 20 prosent av sin avkastning til prinsipalene. Dette belyses best ved først å vurdere om carried interest er vunnet ved arbeid. Avgjørende for dette klassifiseringsspørsmålet er om arbeidet har gitt foranledningen til utbetalingen. Det må vurderes hvilke innsatsfaktorer inntektsposten stammer fra – virksomhet eller arbeidsinnsats. Dersom arbeidet har gitt foranledningen til utbetalingen, gir de alminnelige klassifiserings- og tilordningsprinsippene hjemmel for å beskatte utbetalingen som arbeidsinntekt.
- (29) Carried interest er i dette tilfellet foranlediget av prinsipalenes arbeid i Herkules og må derfor tilordnes dem som arbeidsinntekt. De er arbeidstakere i dette selskapet, og inntektene har blitt til gjennom deres arbeid der. Investorene gikk med på å avgi deler av gevinsten i form av carried interest for at dette skulle fungere som et insentiv for prinsipalene. Dette fremgår tydelig gjennom at inntektsstrømmen ble sluset rundt Herkules og direkte til prinsipalenes holdingselskaper. Den nære koblingen mellom

arbeidet for Herkules og retten til carried interest fremkommer også klart i de forskjellige avtalene, særlig i aksjonærvitalen i PG Holding Ltd. Bransjepraksis er videre at carried interest brukes som et insentiv til nøkkelmedarbeidere. Senere endringer i eierposisjoner viser også at retten til carried interest var betinget av arbeid i Herkules.

- (30) Skattesubjektet for en inntektspost er det subjekt som har vunnet inntekten ved virksomhet, arbeid eller kapital. Skattyter kan ikke fritt allokere sine inntekter til andre subjekter med virkning for beskatningen. En uriktig tilordning kan endres i kraft av alminnelige tilordningsprinsipper hvis de faktiske forhold tilsier dette. Carried interest må på denne bakgrunn tilordnes Herkules. Det aksepteres at General Partner innebærer en realitet blant annet ved at investeringsbeslutningene treffes der. Det er imidlertid aktiviteten i Herkules som har skapt verdiene, og det er dette selskapet som står bak de sentrale innsatsfaktorene. Utbetalingen av carried interest skyldes prinsipalenes arbeid i Herkules og er derfor virksomhetsinntekt for dette selskapet.
- (31) Endringsvedtaket for Herkules omfatter inntekten fra carried interest. For det tilfelle at det ikke skulle være grunnlag for å beskatte prinsipalene for arbeidsinntekt, må det avsies dom for at Herkules skal beskattes for virksomhetsinntekt.
- (32) Skattyterne har gitt ufullstendige opplysninger, og det foreligger ikke unnskyldelige forhold. Det må derfor ilegges tilleggsatt og tilleggsavgift.
- (33) Ankemotparten har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.
 2. Staten v/Skatt øst tilkjennes sakskostnader."
- (34) *Mitt syn på saken*
- (35) Saken gjelder som nevnt klassifisering og tilordning av såkalt "carried interest" – en resultatbasert utbetaling i fondsforvalterbransjen. Partene er for Høyesterett enige om at fondenes utbetaling av carried interest skal anses som virksomhetsinntekt. Spørsmålet er for det første om denne inntekten for skatteformål skal tilordnes General Partner eller Herkules. For det andre må det tas stilling til om inntekten skal klassifiseres som arbeidsinntekt og tilordnes de tre prinsipalene som slik inntekt. Før jeg går konkret inn på disse problemstillingene, finner jeg det naturlig å gi en noe mer utfyllende redegjørelse for private equity-virksomheten og carried interest.
- (36) *Private equity og carried interest*
- (37) Forvaltere i private equity-bransjen driver som nevnt aktiv forvaltning av kundenes midler. Virksomheten organiseres i form av fond med en bestemt investeringsprofil og en begrenset varighet. Fondene bruker midler fra eksterne investorer til å investere i selskaper, som så utvikles og selges.
- (38) Såkalte såkorn- og venturefond bidrar til utvikling av ny virksomhet. Ekspansjonskapital gir selskaper mulighet til å vokse videre, mens "buy-outfond" er med på å omstrukturere den modne delen av næringslivet. Alle slike fond har et definert investeringsmandat, som legger begrensninger på forvalternes handlingsrom. Fondene er gjerne – som i denne saken – satt med en investeringsperiode på fem år og en eierperiode på ytterligere fem år.

I løpet av den samlede levetiden på ti år realiseres alle verdier. Vellykkede fond tilbakebetaler innskuddskapitalen til investorene, samtidig som disse får utbetalt gevinst i henhold til sine eierandeler.

- (39) Fondsforvaltervirksomheten har i hovedsak to inntektsstrømmer. For det første utbetales et forvaltnings- eller rådgivningshonorar, som typisk er på 2 prosent årlig av fondets størrelse. I tillegg utbetales såkalt carried interest. Som jeg har nevnt tidligere, er dette et suksesshonorar. Vanligvis er carried interest 20 prosent av den årlige avkastningen ut over en minimumsavkastning på typisk 6–8 prosent. Jeg viser generelt til Baker/Viksøy, Private Equity – strukturert metodikk for eksepsjonell verdiskapning, Praktisk økonomi & finans nr. 2, 2006.
- (40) Ikke alle fond er like vellykkede. I nesten halvparten utbetales ingen carried interest. Hvert fjerde fond taper om lag 1/8 av kapitalen, mens ca. 10 prosent av fondene taper halvparten. Her viser jeg til Gilligan/Wright, Private equity demystified, third edition, 2014 side 66. I Metrick mfl., The Economics of Private Equity Funds, 2009 side 29 er det opplyst at 2/3 av inntektene i fondsforvaltervirksomheten kommer fra rådgivnings-/forvaltningshonoraret, mens 1/3 kommer fra carried interest.
- (41) I dette tilfellet er fondene etablert på Jersey i form av limited partnerships. Det er uomtvistet at dette var en nødvendig forutsetning for å få investorer til å gå inn med kapital. Strukturen sikrer at deltakerne utelukkende beskattes i sine hjemland. Gjennom de såkalte NOKUS-reglene beskattes norske eiere av selskaper på Jersey direkte for sin andel av overskuddet i slike selskaper, jf. skatteloven §§10-60 flg. og Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 46.
- (42) *Rettslige utgangspunkter*
- (43) Skatteloven § 5-1 gir hovedregelen om skatt på inntekt. Av bestemmelsen følger at "enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet" anses som skattepliktig inntekt. I § 5-10 er det gitt nærmere regler om hvilke fordeler som er vunnet ved arbeid. Eksemplifiseringen i bestemmelsen er ikke uttømmende, jf. Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) side 50. Her heter det at det "[a]vgjørende vil være om fordelene kan anses vunnet ved arbeidsforholdet". Departementet presiserer at dette vilkåret kan være oppfylt også for fordeler som har en løsere tilknytning til arbeidsforholdet enn dem som er regnet opp i § 5-10 første ledd bokstav a. I § 5-20 er det gitt nærmere regler om fordeler vunnet ved kapital, mens § 5-30 inneholder bestemmelser om virksomhetsinntekt.
- (44) Saken reiser spørsmål om klassifisering og tilordning av en inntektspost. I den skattemessige vurderingen må de faktiske forholdene bringes på det rene først. Ligningsloven § 8-1 nr. 1 lyder:
- "Ligningsmyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter etter en prøving av de opplysninger han har gitt, og de øvrige opplysninger som foreligger. Hvis ligningsmyndighetene finner at skattyterens oppgaver er uriktige eller ufullstendige, kan de endre, utelate eller tilføye poster. De kan også endre skjønsmessige beløp som skattyteren har ført opp, når de finner grunn til det."**
- (45) Dette innebærer at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, jf. Rt. 2009 side 813 Gaard/Tveit avsnitt 53. I Rt. 2009 side 105 SEB avsnitt 112 slår annenvoterende som

representant for flertallet fast at § 8-likke sier noe annet enn det som også måtte ha vært lagt til grunn uten lovbestemmelsen. Han utdyper dette slik:

"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 (1978-1979), side 98."

- (46) Et aksjeselskap er et selvstendig skattesubjekt som må "bedømmes ut fra sine egne forhold", jf. Rt. 1990 side 958 Quatro. Ved den skatterettslige bedømmelsen er det ellers naturlig å bygge på den normen som annenvoterende formulerte i Rt. 1994 side 1064 Bye på side 1071. Han uttaler her:

"Som lagmannsretten er inne på, er utgangspunktet i skatteretten at de skattemessige virkninger av en disposisjon, eller en transaksjon, beror på det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuerettslige regler. Den materielle ordning partene har etablert seg imellom, innenfor avtalefrihetens ramme, styrer også de skattevirkninger ordningen skal få."

- (47) I Rt. 2009 side 813 Gaard/Tveit avsnitt 54 har førstvoterende gitt sin tilslutning til denne normen. På dette punktet viser jeg også til drøftelsen i Zimmer, Lærebok i skatterett, 7. utgave, 2014 side 92 og 115, som særlig har tilordningsspørsmålet for øye.
- (48) Slik jeg forstår Rt. 2009 side 105 SEB, bygger den på samme syn. I avsnitt 59 uttaler førstvoterende at "de reelle forhold må legges til grunn", se også avsnitt 58. En tilsvarende uttalelse er gitt i Rt. 2010 side 527 Boston Consulting avsnitt 33.
- (49) Disse dommene gjelder spørsmålet om en inntekt skal tilordnes selskap eller private skattytere. Jeg kan imidlertid ikke se at vurderingen blir annerledes når valget står mellom to selskaper. Også i Rt. 2001 side 1049 A Trading var således utgangspunktet for den skattemessige bedømmelsen hva som var realiteten bedømt etter alminnelige privatrettslige regler. Saken gjaldt beskatning av fortjeneste etter omsetning av torsk. Lagmannsretten hadde bygd sin avgjørelse på at A Trading sto bak omsetningen "og var berettiget til inntektene", og at to andre selskaper kunne "utelukkes som reelle virksomhetsutøvere". Høyesterett fant ingen holdepunkter for at lagmannsretten hadde bygd på uriktig rettsanvendelse.
- (50) Mitt utgangspunkt er etter dette at den skatterettslige klassifisering og tilordning 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. Unntak kan bare gjøres hvis det er grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelsesnormen eller hvis vilkårene i skatteloven § 13-1 er oppfylt. Jeg viser til Rt. 2008 side 1537 ConocoPhillips avsnitt 40. Førstvoterende konstaterer der at de omtvistede disposisjonene var reelle og bindende, og at de måtte "leggjast til grunn privatrettsleg". I forlengelsen av dette uttaler han at en endret tilordning da må bygge på gjennomskjæringsprinsipper.
- (51) Situasjonen er annerledes hvor avtalepartenes betegnelse ikke stemmer overens med realiteten. Som nevnt i Rt. 2008 side 1307 Alvdal Bygg avsnitt 23 må betegnelsen i slike tilfeller vike for en riktig skatterettslig bedømmelse. Førstvoterende utdyper dette i avsnitt 25:

"Dersom en slik fri bevisbedømmelse tilsier at det faktiske grunnlaget for skattyters klassifisering ikke kan legges til grunn, kan ligningsmyndighetene omklassifisere i tråd med en riktig skatterettslig bedømmelse."

- (52) Skattyters klassifisering og tilordning kan altså fravikes hvis betegnelsen ikke dekker den privatrettslige realiteten. Hjemmelen er her alminnelige klassifiserings- og tilordningsprinsipper, og skattemyndighetene trenger da ikke gå veien om den ulovfestede omgåelsesnormen eller skatteloven § 13-1. Jeg viser generelt til Zimmer, Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten, Skatterett nr. 3, 2012 side 186–199.
- (53) *Skal virksomhetsinntekten tilordnes General Partner eller Herkules?*
- (54) Jeg går så over til mer konkret å vurdere de to hovedspørsmålene som saken reiser. Innledningsvis nevner jeg at partene har hatt en ulik tilnærming til problemstillingene. De ankende partene har anført at man må følge pengestrømmen, og at spørsmålet om inntekten skal tilordnes General Partner eller Herkules derfor må vurderes først. Staten har på sin side fremhevet at kjernes spørsmålet er hvorfor investorene har vært villige til å avgi en betydelig del av sitt overskudd. Med det som utgangspunkt er det gjort gjeldende at Høyesterett – på samme måte som lagmannsretten – først må ta stilling til om utbetalingen til prinsipalenes holdingselskaper må klassifiseres som arbeidsinntekt for dem personlig.
- (55) Slik jeg ser det, har det ingen betydning for resultatet i hvilken rekkefølge spørsmålene behandles. Jeg finner det imidlertid mest naturlig først å drøfte det som er benevnt "tilordningen i første trinn", altså spørsmålet om virksomhetsinntekten skal tilordnes General Partner eller Herkules.
- (56) Utgangspunktet er altså her at den privatrettslige realiteten skal legges til grunn også skatterettslig. Jeg ser derfor nærmere på selskapsstrukturen og funksjonen til henholdsvis General Partner og Herkules.
- (57) Jeg har allerede nevnt at et limited partnership etter lovgivningen på Jersey må ha en General Partner med ubegrenset ansvar for forpliktelsene. Staten har erkjent at General Partner i dette tilfellet har utøvd reelle funksjoner. I et såkalt Confidential Information Memorandum utarbeidet i forbindelse med etableringen av fondet, heter det at General Partner er ansvarlig for "the general policy and overall supervision of the respective Partnerships and the Fund". Det er på det rene at investeringsbeslutningene ble truffet av General Partner. Styret har hatt en rekke møter hvor forslag fra Herkules har vært underlagt en reell vurdering.
- (58) For at en norsk investor skal kunne oppnå deltakerligning i Norge, må et utenlandsk selskap som fondet oppfylle vilkårene i selskapsloven § 1-1. Det må utøves en "økonomisk virksomhet", denne må utøves for "to eller flere deltakeres felles regning og risiko", og minst en av deltakerne må ha et "ubegrenset, personlig ansvar" for virksomhetens forpliktelser.
- (59) Sentralskattekontoret for storbedrifter har i et brev 11. februar 2015 "Informasjon nr. 3 om regelverk ved investering i utenlandske DLS" vurdert vilkårene for deltakerligning for private equity-fond etablert i jurisdiksjoner som Jersey. I brevet heter det at vilkåret om ubegrenset personlig ansvar vil være oppfylt hvis General Partner "i henhold til

selskapsavtalen og internretten i registreringslandet har ansvar for selskapets forpliktelser utad". Sentralskattekontoret uttaler videre at vilkåret "felles regning og risiko" har reist tvilsomme spørsmål i de tilfellene hvor General Partner ikke har formell eierandel i fondet. Om disse tilfellene heter det i brevet:

"Skatteetaten legger til grunn at GP i slike tilfeller kan anses å være deltaker for 'felles regning og risiko' i selskapet, dersom GP i tillegg til ansvaret etter inngåtte avtaler også har rett på en andel av overskuddet".

- (60) Slik jeg forstår dette, ligger det her en forretningsmessig begrunnelse for å gi General Partner rett til carried interest.
- (61) Jeg finner det videre dokumentert at det for investorene er viktig at rådgiver- og forvalterfunksjonen er spredt på to selskaper. Dette er blant annet lagt til grunn i en dom fra Kammarätten i Stockholm om et ganske parallelt tilfelle 19. desember 2013, mål nr. 8755-8764-12. Dommen er rettskraftig etter at Högsta Förvaltningsdomstolen ikke tillot anken fremmet. På grunn av ønsket om deling av funksjonene var det ikke hensiktsmessig å la Herkules fylle rollen også som General Partner. Jeg legger til grunn at det er vanlig å skille mellom General Partner og rådgiverselskap på denne måten – strukturen er betegnet som "hylleware". For investorene synes det i seg selv å være et poeng at selskapsstruktur og funksjonsfordeling er kjent.
- (62) På den annen side er det ikke tvilsomt at en betydelig del av verdiskapningen har skjedd i Herkules. Prinsipalene har arbeidet i selskapet, og det er deres og de øvrige ansattes arbeid som har gitt grunnlaget for investeringsbeslutningene. De har identifisert kjøpsobjektene og utviklet porteføljeselskapene blant annet ved å gå inn i styrene. Arbeidet i Herkules har vært viktig for at fondet ble en suksess, slik at carried interest kom til utbetaling.
- (63) Samtidig er det også andre årsaker til at et fond blir så vellykket som i dette tilfellet. Her tenker jeg særlig på det arbeidet som utføres av ansatte og ledelse i porteføljeselskapene. Verdistingen er også et produkt av den alminnelige markedsutviklingen.
- (64) De ankende parter har gjort et poeng ut av at carried interest etter avtaleverket tilfaller General Partner, og at utbetaling har skjedd i tråd med dette. Etter mitt syn kan det ikke i seg selv være avgjørende at midler er utbetalt i henhold til en avtale som er bindende mellom partene. Dette mener jeg følger blant annet av Rt. 2001 side 1049 A Trading og Rt. 1927 side 717 Land. Det må i tillegg kreves at det selskap som har mottatt betalingen, i realiteten har ytet et bidrag som kan begrunne denne.
- (65) For meg er det sentrale at General Partner reelt sett er det selskap som har truffet investeringsbeslutningene. Det er disse beslutningene som leder til verdiøkningen og dermed til carried interest. På den bakgrunn er det en reell grunn til at dette suksesshonoraret etter avtaleverket skulle tilfalle General Partner. Her er det også et poeng at partene ved inngåelsen av avtalene måtte se på hva som var den mest sannsynlige utviklingen. Jeg minner om at carried interest bare utbetales i noe over halvparten av fondene, og normalt med langt lavere beløp. Den viktigste inntektskilden i fondsforvalterbransjen er som nevnt rådgivnings-/forvaltningshonoraret. Fordelingen av inntektsstrømmene mellom General Partner og Herkules må ses på denne bakgrunn.

- (66) Det har videre stor vekt at det ligger en reell forretningsmessig begrunnelse bak den grunnleggende selskapsstrukturen og det forhold at carried interest tilfaller General Partner. Slik jeg ser det, er den privatrettslige realiteten med dette at General Partner har krav på utbetalingen. Når det er situasjonen, kan ikke utbetalingen tilordnes Herkules etter alminnelige skatterettslige tilordningsprinsipper. Den ulovfestede omgåelsesnormen er ikke påberopt. Slik saken er lagt opp, er det videre ikke naturlig å gå inn på skatteloven § 13-1. Skattekontorets vedtak for Herkules må dermed oppheves.
- (67) *Skal utbetalingen av carried interest klassifiseres som arbeidsinntekt for prinsipalene?*
- (68) Jeg går så over til spørsmålet om carried interest må klassifiseres som arbeidsinntekt for de tre prinsipalene C, B og A. Avgjørende er om utbetalingen må anses vunnet ved arbeid for dem, jf. skatteloven §§ 5-1 og 5-10. Som jeg har vært inne på, må bedømmelsen også her ta utgangspunkt i hva som er realiteten bedømt etter alminnelige privatrettslige regler. I det ytre er midlene utbetalt som utbytte til prinsipalenes felles holdingselskap PG Holding Ltd. i egenskap av eier av General Partner, og deretter videre som utbytte til prinsipalenes holdingselskaper. Dersom en analyse viser at carried interest ikke er utbetalt til holdingselskapene fordi de er eiere, men i stedet reelt sett er vederlag for prinsipalenes arbeid, kan utbetalingen klassifiseres som arbeidsinntekt for dem.
- (69) Uttrykket "vunnet ved arbeid" i §§ 5-1 og 5-10 inneholder et tilknytningskrav. Dette tilknytningskravet ble vurdert i Rt. 2000 side 1739 Pre Finans. I den saken hadde ansatte partnere fått anledning til å kjøpe aksjer i det selskapet de arbeidet i, noe som ga gevinst ved senere salg. På side 1747 reiser førstvoterende spørsmål om aksjenes verdi var "knyttet ... opp mot partnernes posisjon som ansatte, på en slik måte" at gevinsten måtte beskattes som arbeidsinntekt. Og på side 1748 uttaler han at kriteriet må være om arbeidsforholdet har "vært foranledning til at skattyter har innvunnet fordelene".
- (70) Førstvoterende tar samme utgangspunkt i Rt. 2008 side 1307 Alvdal Bygg. Jeg har tidligere sitert uttalelsen i avsnitt 25 om at den skattemessige bedømmelsen må bygge på de reelle faktiske forhold. I forlengelsen av dette uttalte førstvoterende i samme avsnitt at omklassifisering kunne skje hvis det som i det ytre fremsto som vederlag for salg av forretningsverdi, mest sannsynlig "var godtgjøring foranlediget av Skoglis arbeid for Alvdal Bygg etter overdragelsen".
- (71) En hvilken som helst sammenheng med arbeidsforholdet er ikke tilstrekkelig til at tilknytningskravet er oppfylt. Her viser jeg igjen til Pre Finans-dommen på side 1748, hvor førstvoterende uttaler:
- "I utgangspunktet faller kapitalgevinster ikke inn under fordelsbegrepet, slik dette er knyttet til 'arbeide', selv om det er en sammenheng mellom aksjeinnehavet og arbeidet, se Egelanddal-dommen Rt. 2000 side 758 med videre henvisninger. Dette vil si at gevinst ved ordinært eierskap av aksjer i arbeidsgiverbedriften i utgangspunktet ikke skal skattes som arbeidsinntekt, og det selv om ansettelsen er en viktig forutsetning for aksjeinnehavet, jf. Rt. 1922 side 523."**
- (72) Jeg legger til grunn at det ikke er et vilkår for klassifisering som arbeidsinntekt at skattyter har krav på ytelsen eller at den er typisk. Videre kan en ytelse anses vunnet ved arbeid selv om den ikke stammer fra arbeidsgiveren, se om disse spørsmålene Zimmer, Lærebok i skatterett, 7. utgave, 2014 side 153.

- (73) På bakgrunn av disse rettslige utgangspunktene går jeg over til å vurdere forholdene i denne saken. Ligningsvedtakene bygger på at carried interest var ment som et insitament til prinsipalene i egenskap av nøkkelmedarbeidere i Herkules, og at betaling har skjedd på grunn av det arbeidet de har utført for selskapet. Dette har også vært statens hovedargument for Høyesterett.
- (74) Det er ingen tvil om at prinsipalene fra etableringen var tiltenkt helt sentrale roller i fondsstrukturen og verdiskapningskjeden. Dette var synbart for investorene og trolig en viktig forutsetning for dem. Således ble det i forbindelse med etableringen av fondene utarbeidet en presentasjon til potensielle investorer – et "Confidential Information Memorandum". Prinsipalene navngis i dette dokumentet, og det er en rekke henvisninger til dem. Det fremgår at de vil ha en rolle som nøkkelpersoner. Også i selskapsavtalen mellom General Partner og deltakerne med begrenset ansvar er prinsipalene navngitt. I Section 9.02 fremgår at prinsipalene "shall devote substantially all of his business time to the operations and affairs of the Partnership and/or the Fund". Og i rådgivningsavtalen mellom fondet og Herkules vises det til denne klausulen.
- (75) Som tidligere nevnt ble prinsipalene ansatt i Herkules som ledende ansatte. De forpliktet seg gjennom ansettelsesavtalene til å yte sin fulle arbeidsinnsats i selskapet. I aksjonæravtalen i GMT Capital AS satte de videre som vilkår for eierskap at de skulle arbeide i Herkules som "ledende ansatt". En tilsvarende bestemmelse er inntatt i aksjonæravtalen i PG Holding Ltd. Denne aksjonæravtalen har også bestemmelser om tvungent salg av aksjer i selskapet ved fratreden som ledende ansatte i Herkules. PG Holding Ltd. eide som nevnt General Partner sammen med Ferd-systemet, slik at det her ligger en ganske direkte kobling mellom carried interest og arbeidet for Herkules.
- (76) For meg er dette likevel ikke tilstrekkelig til å slå fast at inntekten er vunnet ved arbeid for B, C og A. Arbeidet deres har utvilsomt i stor grad bidratt til verdiutviklingen i fondene, og det har hatt stor betydning for investorene at de har forpliktet seg til å arbeide i systemet. Men de tre prinsipalene er også reelle eiere i noe som i vid forstand er en fondsforvaltervirksomhet. Inntekten er etter sin art overskudd fra denne virksomheten, som har tilflytt prinsipalene i egenskap av eiere. Den er dessuten ikke bare et resultat av prinsipalenes arbeid i Herkules, men også av innsatsen til hele organisasjonen i selskapet. Og ikke minst er overskuddet – og dermed carried interest – som nevnt et produkt av verdiskapning i porteføljeselskapene og den generelle markedsutviklingen.
- (77) Vårt tilfelle skiller seg etter mitt syn klart fra dommene om indre selskaper. I Rt. 2009 side 105 SEB var spørsmålet om utbetalinger fra et indre selskap skulle anses som personinntekt for de stille deltakernes arbeidsinnsats. Høyesterett la vekt på at det hadde skjedd en "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", se avsnitt 77. På denne bakgrunn konstaterte førstvoterende i avsnitt 87 at innskuddsavkastningen kunne knyttes "direkte til arbeidsprestasjonen".
- (78) Høyesterett behandlet en tilsvarende problemstilling i Rt. 2010 side 527 Boston Consulting. I avsnitt 39 uttaler førstvoterende:

"Det var altså tale om et midlertidig eierforhold i selskapet. Godtgjørelsen var uløselig knyttet til arbeidet. Det var derfor nærliggende å vurdere om utbetalingene i realiteten var erstatning for de bonusordninger som disse medarbeiderne tidligere hadde hatt, og som ellers var vanlig i selskapet."

- (79) Saken her er som nevnt ikke sammenlignbar med disse to. Prinsipalene er reelle eiere i selskapene og får carried interest i henhold til sine reelle eierandeler.
- (80) Jeg synes heller ikke dommene om ansattes kjøp av aksjer gir særlig veiledning for løsningen i foreliggende tilfelle. Prinsipalene eier aksjer fordi de har grunnlagt selskapene, ikke fordi de som ansatte har fått kjøpe aksjer av sin arbeidsgiver.
- (81) Avslutningsvis nevner jeg at staten har erkjent at midlene ikke ville vært beskattet som arbeidsinntekt hvis de hadde gått til Herkules og deretter til prinsipalenes holdingselskaper i henhold til eierandelene i GMT Capital AS. Jeg kan vanskelig se at resultatet må bli annerledes fordi carried interest er kanalisert utenom Herkules. Arten av inntekten er fortsatt overskudd fra fondsforvaltningsvirksomheten, som har tilflytt de reelle eierne etter eierandel. Investorene har vært villige til å avgi en del av sitt overskudd til prinsipalene fordi disse har tilrettelagt for investeringer i ikke-børsnoterte selskaper, og fordi de har investert arbeid og kapital i prosjektet.
- (82) Jeg har etter dette kommet til at også ligningene for C, A og B må oppheves som ugyldige.
- (83) *Sakskostnader*
- (84) De ankende partene har vunnet saken fullstendig og må tilkjennes sakskostnader for alle instanser etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. For tingretten har de ankende partene krevd salær med 1 447 562,50 kroner, for lagmannsretten 1 562 512 kroner og for Høyesterett 2 816 351 kroner. Alle beløp inkluderer merverdiavgift. Staten v/Skatt øst har protestert på salærkravet for Høyesterett.
- (85) Salærkravet for Høyesterett overstiger etter mitt syn det nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. I den forbindelse bemerker jeg at de ankende parter har byttet prosessfullmektig for Høyesterett, noe som må ha medført ekstra kostnader. Samlet salær for alle tre instanser fastsettes til 5 000 000 kroner inkludert merverdiavgift. I tillegg må staten v/Skatt øst erstatte de ankende parter utlegg for tingretten med 8 328 kroner, Herkules' ankegebyr for lagmannsretten med 20 640 kroner og ankegebyret for Høyesterett med 28 380 kroner.
- (86) Samlet tilkjennes de ankende partene sakskostnader med 5 057 348 kroner. De har for tingretten og lagmannsretten krevd fordeling av sakskostnadene med en fjerdedel på hver, og jeg legger denne fordelingen til grunn også for Høyesterett. Med unntak for Herkules' ankegebyr for lagmannsretten fordeles beløpet på den bakgrunn likt mellom dem.
- (87) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Skattekontorets vedtak 20. juni 2012 vedrørende ligningen for 2007 for A, B, C og Herkules Capital I AS oppheves.

2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Skatt øst 1 259 177 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til A, 1 259 177
 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til B, 1 259 177
 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til C og 1 279 817
 – enmilliontohundreogsyttinitusenåttehundreogsyttien – kroner til Herkules Capital I AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (88) Dommer **Webster**: Jeg har kommet til samme resultat som førstvoterende, men med en annen begrunnelse. Etter mitt syn må carried interest tilordnes Herkules som virksomhetsinntekt slik ligningsmyndighetene har lagt til grunn. Carried interest er en form for bonus for virksomheten som drives i Herkules og kan ikke med skatterettslig virkning sluses utenom det selskapet hvor det vesentlige av arbeidet gjøres. Tilordningen til Herkules kan gjøres etter en ordinær skatterettslig tilordningsvurdering, uten bruk av skatterettslig gjennomskjæring eller skatteloven § 13-1. Jeg skal i det følgende begrunne dette synet nærmere.
- (89) Som førstvoterende har redegjort for skal en fordel tilordnes det rettssubjekt som etter det underliggende rettsforholdet er den berettigede til fordel. Rt. 1927 side 717 – Land – er et eksempel på dette. Her var en kjøpsrett til et skip overdratt til et norsk selskap, Land AS. Kjøpsretten ble senere frafalt mot et vederlag på en million francs. Vederlaget ble ikke utbetalt til det norske selskapet som hadde kjøpsretten, men til de utenlandske eierne av det norske selskapet. Høyesterett kom til at den omstendighet at Land AS hadde overdratt vederlaget til det utenlandske morselskapet Ballande & Fils ikke kunne endre tilordningen skatterettslig. Land AS var innehaver av kjøpsretten som ble oppgitt og skulle derfor tilordnes vederlaget.
- (90) At en analyse av de aktuelle skatteytneres innsats og funksjoner kan tale for at en annen enn den skatteyteren hevder er den berettigede må tilordnes fordel, følger også av Rt. 2001 side 1049 – A Trading – som førstvoterende har redegjort for. Høyesterett viste i denne saken til drøftelsen i Aarbakke: Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett (1967) under § 5.2. Der heter det at det må foretas en helhetsbedømmelse av flere momenter. Et moment som står sentralt i vår sak er om det skattesubjekt som det er spørsmål om å tilordne en inntekt, har prestert en innsats som kan gi grunnlag for inntekten. Som Zimmer uttaler i Skatterett 04/2002, Høyesterettsdommer i skattesaker 2001 – del II side 359 i tilknytning til gjennomgang av A Trading dommen: "I et fritt marked er det rimelig å legge til grunn at de som utøver funksjoner, skal ha vederlag for det. Vurderingen synes her ganske nær beslektet med armlengdevurderinger". Tilsvarende betraktningssmåte er relevant i vår sak.
- (91) Avtaleverket mellom fondet, Ferd og prinsipalene gjør General Partner berettiget til carried interest. Deretter utdeles 60 prosent av carried interest som utbytte til PG Holding Ltd. og deretter til prinsipalenes private holdingselskaper. Som førstvoterende er inne på, er det ikke avgjørende hva som er fastsatt i avtaler mellom partene. Spørsmålet er hvilket rettssubjekt som har utøvet funksjonene som har gitt grunnlaget for utbetaling av carried interest.
- (92) Jeg ser først på virksomheten i General Partner. Jeg legger på samme måte som førstvoterende til grunn at det var et reelt forretningsmessig behov for å opprette General

Partner og skille rådgivningsvirksomheten ut i et eget selskap. Det er i General Partner beslutningene om disponeringen av fondets midler som gir de forretningsmessige avkastningene, treffes. For øvrig drives det ikke virksomhet i General Partner. Det er ingen ansatte. General Partner dekker ingen utgifter, ettersom fondet bærer alle kostnadene til General Partner. Også utgiftene til etablering dekkes av fondet. Fondet og investorene har i selskapsavtalen erklært at de skal holde General Partner skadesløs for mulige krav som måtte rettes mot General Partner. Det er i tråd med bakgrunnsretten gjort unntak for skade General Partner volder ved grov uaktsomhet eller forsett. På tilsvarende måte har investorene frasagt seg retten til å fremme krav mot General Partner. General Partner er derfor skjermet fra vanlige kostnader og risiko knyttet til virksomhet. Dette taler for at det ikke er grunnlag for å tilordne carried interest til dette selskapet.

- (93) I Herkules drives det derimot regulær virksomhet. Riktignok er også Herkules omfattet av skadesløsholdelsen og frafallelsen av retten til å fremme krav i selskapsavtalen, men kostnadene knyttet til virksomheten dekkes av Herkules, slik at virksomheten fullt ut drives for Herkules' regning. Det er ansatte i selskapet, herunder prinsipalene. Arbeidet som utføres i Herkules består i å analysere og gjennom det identifisere investeringsobjekter, deretter å utvikle investeringsobjektene gjennom aktivt eierskap og dessuten etablere en strategi for utsalg. Det er her den reelle verdiskapningen for fondet skjer, og ikke ved styrebeslutningene i General Partner. Vederlaget for virksomheten i Herkules er toleddet, dels i form av rådgivningshonorar som er tatt som vanlig virksomhetsinntekt til Herkules, og dels i form av carried interest. Det er for virksomheten i Herkules investorene er villig til å avtale en carried interest som innebærer at investorene gir avkall på 20 prosent av en eventuell gevinst utover åtte prosent årlig, til tross for at fondet også har betalt et betydelig rådgivningshonorar. Honoraret er årlig på to prosent av fondet i fondets levetid, til sammen 20 prosent av fondets kapital.
- (94) Når carried interest er et vederlag for den virksomheten som drives i Herkules, må inntekten også tilordnes dette selskapet. Det er fordi prinsipalene sitter som indirekte eiere både av Herkules og PG Holding Ltd. at pengene kan gå utenom Herkules, til tross for at det er der innsatsen som de etter avtalen med investorene skal gjøre, ytes. At carried interest er en bonus knyttet til hvor vellykket virksomheten som drives i Herkules er, innebærer etter mitt syn at dette beløpet ikke i sin helhet kunne vært sluset utenom Herkules med skattemessig virkning, uansett om man mener at det drives virksomhet i General Partner som kan gi grunnlag for utbetaling av carried interest til dette selskapet.
- (95) Når det gjelder spørsmålet om inntekten skal tilordnes prinsipalene som lønnsinntekt, har jeg under en del tvil kommet til samme resultat som førstvoterende og kan i det vesentlige slutte meg til hans begrunnelse.
- (96) Jeg tilføyer at jeg er enig med staten og lagmannsretten i at det taler for å anse carried interest som lønnsinntekt at beløpene er holdt utenfor Herkules og i stedet er ført til prinsipalenes personlige holdingselskaper. Det er dermed nærliggende å sammenligne carried interest med en personlig bonus for prinsipalene. Det trekkes også i retning av at carried interest ses som lønn at betalingene er nært knyttet til prinsipalenes arbeidsinnsats. Men inntekten er etter sin art overskudd fra summen av all innsatsen i Herkules, ikke bare prinsipalenes arbeidsinnsats. Prinsipalene er berettiget til overskuddet fra virksomheten i kraft av sine eierposisjoner. At de samtidig arbeider i Herkules, stiller dem ikke i en annen posisjon enn andre aktive eiere. Jeg konkluderer derfor som førstvoterende med at

ligningsvedtakene for prinsipalene, hvor deres andel av carried interest er tilordnet dem som lønnsinntekt, er ugyldige.

- (97) I ligningsvedtaket for Herkules er arbeidsgiveravgiftsgrunnlaget økt tilsvarende summen av tilordnet lønn til prinsipalene. Da det ikke er grunnlag for å anse prinsipalenes andel av carried interest som lønnsinntekt, må også ligningsvedtaket for Herkules kjennes ugyldig.
- (98) Min konklusjon er dermed som førstvoterendes; at vedtakene er ugyldige.
- (99) Dommer **Falch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bergsjø.
- (100) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (101) Dommer **Stabel:** Som annenvoterende, dommer Webster.
- (102) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Skattekontorets vedtak 20. juni 2012 vedrørende ligningen for 2007 for A, B, C og Herkules Capital I AS oppheves.
2. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Skatt øst 1 259 177 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til A, 1 259 177 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til B, 1 259 177 – enmilliontohundreogfemtinitusenetthundreogsyttisju – kroner til C og 1 279 817 – enmilliontohundreogsyttinitusenåttehundreogsyttien – kroner til Herkules Capital I AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift: