



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 19.05.2021

Saksnr.: 18-175803ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer	Jan Eivind Norheim
Lagdommer	Halvor Aas
Ekstraordinær lagdommer	Anders Bøhn

Ankende part
Ankende part
Ankende part

Nimrod Holding AS
Spiralen Holding AS
North Murray AS

Advokat Morten Goller
Advokat Morten Goller
Advokat Morten Goller

Ankemotpart

Staten ved Skatteetaten

Regjeringsadvokaten v/
advokat Nils Sture
Nilsson

Saken gjelder gyldigheten av Sentralskattekontoret for storbedrifters vedtak 9. februar 2017 for Nimrod Holding AS, North Murray AS og Spiralen Holding AS – de ankende parter i saken her.

I vedtaket ble en inntekt hos et utenlandsk fonds General Partner, som eies med 60% av de nevnte norske selskapene gjennom et holdingselskap, skattlagt på deres hånd som virksomhetsinntekt etter reglene om beskatning av norskkontrollerte utenlandske selskaper (NOKUS).

De tre norske selskapene reiste søksmål om gyldigheten av vedtaket 5. april 2017. Oslo tingrett avsa dom i saken 24. september 2018. I dommen beskrives sakens bakgrunn slik:

Saken gjelder beskatning av en inntekt, som er benevnt «carried interest», betalt fra Private Equity-fondene Herkules Private Equity (Jersey – I og II) LP, til fondets «General Partner» Herkules Private Equity (GP I og II) Ltd, Jersey. Det er to fondsselskap og to General Partner-selskap, derfor angivelsen nr. I og II.

Inntekten benevnt «carried interest» er kort fortalt en utbetaling av overskuddsandel fra fondsselskapene, som slår inn først der fondet gir meget høy avkastning. De aktuelle fondsselskapene har tidvis gitt meget høy avkastning. Skattevedtaket gjelder for perioden 2007 til 2012. I denne perioden har «carried interest» kommet til utbetaling alle år, med unntak av 2008. Vedtaket omfatter dermed ikke 2008.

Selskapsstrukturen til fondene kan sammenlignes med norsk kommandittselskap, hvor General Partner-selskapene er komplementar med ubegrenset ansvar for fondsselskapenes forpliktelser. Øvrige deltakere i fondsselskapene er investorer, som da har begrenset ansvar.

De nevnte General Partner-selskapene eies med 60% av PG Holding Ltd, Jersey, og med 40% av det norske selskapet AS Norse Crown Company Ltd.

PG Holding Ltd eies igjen av saksøkerne i denne saken, de norske selskapene North Murray AS (40%), Nimrod Holding AS (30%) og Spiralen Holding AS (30%). Eneaksjonærer i saksøkerselskapene er henholdsvis Gert W. Munthe, Tore Rynning-Nielsen og Morten S. Blix.

AS Norse Crown Company Ltd eies igjen 100% av Ferd AS.

Inntekten benevnt «carried interest» er skattemessig tilordnet fondets General Partner, Herkules Private Equity (GP I og II) Ltd, Jersey. General Partner-selskapene er hjemhørende på Jersey, som defineres som et lavskattland. Skattepliktig inntekt i General Partner-selskapene beskattes da i de norske eierselskapene etter reglene i skatteloven § 10-60 flg. om norskkontrollert utenlandsk selskap, såkalt NOKUS-beskatning.

Saken har en forhistorie ved at skattemyndighetene i et tidligere vedtak tilordnet inntekten «carried interest» til det norske selskapet Herkules Capital I AS, og beskattet inntekten som virksomhetsinntekt for dette selskapet. Herkules Capital I AS

har en rådgivningsavtale med fondsselskapene. Herkules Capital I AS eies av saksøkerne i denne saken med til sammen 60% gjennom det mellomliggende selskapet GMT Capital AS, mens Ferd AS eier 40%. I tillegg ble inntekten beskattet som personinntekt for de bakenforliggende eierne av saksøkerne – Munthe, Rynning-Nielsen og Blix. Skattevedtaket ble bestridt, og saken ble avgjort av Høyesterett ved dom av 12. november 2015, Rt. 2015 s. 1260 (Herkules), hvor skattevedtaket ble opphevet.

I følge nevnte høyesterettsdom avsnitt 66 skal inntekten skatterettslig tilordnes General Partner-selskapene. Det var for Høyesterett, og er fremdeles, enighet om at inntekten skatterettslig skal klassifiseres som virksomhetsinntekt.

[...]

Etter at Høyesterett opphevet det første skattevedtaket, sendte skatteetaten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter den 21. oktober 2016 utkast til endringsvedtak til saksøkerne. Dette ledet så til vedtak av 9. februar 2017 hvor saksøkerne ble skattlagt i tråd med premissene lagt i Høyesteretts dom. Det er dette vedtaket som er gjenstand for denne saken.

Saksøkerne bestrider vedtaket under henvisning til blant annet at endringsfristene er utløpt, og at det ikke er adgang til skattemessig ulik behandling av Ferd-siden og saksøkerne.

Oslo tingretts dom hadde slik domsslutning:

1. Sentralskattekontoret for storbedrifters kontorvedtak i sak 2007-089 KV oppheves hva gjelder inntektsåret 2010. For øvrig frifinnes staten v/ Sentralskattekontoret for storbedrifter.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Nimrod Holding AS, North Murray AS og Spiralen Holding AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Staten har inngitt avledet anke hva gjelder tingrettens opphevelse av vedtaket for inntektsåret 2010. Den avledede anken er senere trukket.

Ankeforhandling er holdt 13.–14. april 2021 i Borgarting lagmannsretts hus.

Partsrepresentanter for begge sider møtte sammen med sine prosessfullmektiger. Det ble ikke ført vitner eller avgitt partsforklaringer. Om ankeforhandlingen vises det for øvrig til rettsboken.

De ankende parter, **Nimrod Holding AS, North Murray AS og Spiralen Holding AS**, har i hovedtrekk anført:

Forskjellsbehandling

Skattekontorets vedtak er ugyldig for årene 2007, 2009, 2011 og 2012 som følge av hvordan AS Norse Crown Company og Ferd AS («Ferd-siden») er behandlet.

Eierne beskattes for NOKUS-selskapets inntekt som om de hadde hatt den selv, jf. skatteloven § 10-65. Klassifikasjonen hos eierne er avhengig av klassifikasjonen i NOKUS-selskapet. Konsekvensen er at alle eiere i et NOKUS skal beskattes likt. Det var derfor Sentralskattekontoret for storbedrifter («SFS» eller «skattekontoret») fikk ansvar for NOKUS.

Det er akseptert at carried interest er virksomhetsinntekt i General Partner-selskapene (GP). For Ferd-siden er inntekten i GP beskattet som kapitalinntekt, jf. SFS` vedtak 24. november 2014. Vedtaket gjelder NOKUS-selskapet. Det er ikke riktig som staten har hevdet at vedtaket ikke har relevans fordi skattemyndighetene på vedtakstidspunktet mente at inntekten ikke hørte hjemme i GP. Det fremgår uttrykkelig av vedtaket at det retter seg mot GP, og at vedtaket ikke innebærer noen tilordning til Norse Crown eller Ferd. Skattemyndighetene har valgt å ikke endre vedtaket for Ferd-siden. Det følger da direkte av NOKUS-reglene at skattyterne i saken her skal beskattes likt som Ferd-siden. Det samme følger av lovforarbeider og juridisk teori. Det er bare mulig å beskatte eierne i et NOKUS-selskap forskjellig hvis tilordningen kan endres. Det er avvist av Høyesterett at dette kan gjøres i saken her. Skattemyndighetene har gjennom vedtaket for Ferd-siden, med endelig virkning også for de ankende parter, fastlagt at inntekten i saken her er kapitalinntekt og er omfattet av fritaksmetoden. Finansdepartementets brev fra 2013, som er vektlagt av SFS, gir ikke grunnlag for at eiere av ett og samme NOKUS-selskap kan beskattes ulikt.

At selskapene skal beskattes likt, er også i tråd med det generelle likebehandlingsprinsippet i skatteretten. Dette gjelder også ved rettsanvendelsesskjønn og slår igjennom også mot et isolert sett uriktig resultat. Spørsmålet om det generelle likebehandlingsprinsippet kommer til anvendelse her, kommer først på spissen dersom lagmannsretten ikke mener at NOKUS-reglene krever likebehandling av skattyterne og Ferd-siden.

I likhet med Ferd-siden må skattyterne i saken her for alle år få den aktuelle inntekten behandlet som kapitalinntekt etter fritaksmetoden. Vedtaket må derfor oppheves for alle fire år.

Uriktige eller ufullstendige opplysninger:

Spørsmålet om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, relaterer til seg til inntektsårene 2007 og 2009. Skattyterne har ikke gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, og toårsfristen etter likningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a) kommer til anvendelse. SFS hadde ikke adgang til å endre likningen for 2007 og 2009.

Hvis skattyter har gitt alle opplysninger han etter en objektiv vurdering burde ha gitt, eller så mye opplysninger at myndighetene hadde tilstrekkelig grunnlag for å ta opp saken, kommer toårsfristen til anvendelse. Opplysningsplikten gjelder faktum og ikke

skatterettslige vurderinger. I saken her er alle skjemaer korrekt utfylt og inngitt. Det fremgår blant annet at GP er komplementar og har fått betydelige inntekter fra fondet uten eierandel. I vedlegg fremgår vilkårene for at GP får krav på en andel av overskuddet i fondet. I tillegg er Limited Partnership Agreement («LPA-avtalen»/»fondsavtalen») vedlagt, som blant annet viser hvilke oppgaver GP har. Den alminnelige oppfatningen på selvangivelsestidspunktet var at slike inntekter skulle behandles som kapitalinntekter.

Opplysningsplikten er oppfylt i saken her. Skattemyndighetene har hatt en rekke forskjellige syn på hvilke opplysninger som mangler. Det staten nå hevder – at det skulle vært opplyst at carried interest var vederlag til GP som forvalter – er ikke et faktum, men en skatterettslig slutning om at carried interest er vederlag, hvilket ikke har forankring i rettsforholdet mellom fondet og GP. Skattyters subjektive begrunnelse/motivasjon er det ikke plikt til å opplyse om. Utover dette har staten ikke redegjort for hvilket faktum som ikke er opplyst. I realiteten mener staten at muligheten for en annen skattemessig klassifikasjon skulle vært opplyst, men dette ligger utenfor opplysningsplikten.

Dersom lagmannsretten mener at det er opplysninger som ikke er gitt, må det spørres om det er tale om opplysninger som skattyter hadde oppfordring til å gi. Det er ikke tilfellet her. Den rådende oppfatningen i Norge og internasjonalt har vært at carried interest er kapitalinntekt. Så sent som i 2011 var det bare Finland, blant de nordiske landene, som vurderte carried interest som virksomhetsinntekt. Dessuten mente norske skattemyndigheter i 2018 at det var naturlig å se på carried interest som overskuddsutdeling. Det var derfor for skattyterne naturlig, og ikke kritikkverdig, å se dette som kapitalinntekt i 2007 og 2009. Det var ingen oppfordring til å gi opplysninger om at carried interest rettslig sett kunne kategoriseres på ulike måter.

Dersom en relevant opplysning som skattyter hadde en konkret oppfordring til å gi, ikke er gitt, er spørsmålet videre om det ellers er gitt tilstrekkelige opplysninger til at skattemyndighetene kunne tatt opp saken. Det er uansett tilfellet her, ved at det er opplyst at GP er komplementar i et Jersey-fond, uten at GP eier fondet, samtidig som GP har fått utbetalt over 500 millioner i overskuddsandel. Det er videre gitt en beskrivelse av strukturen og den konkrete bakgrunnen for utbetalingen. Dessuten var fondsavtalen vedlagt, og skattemyndighetene var oppfordret til å ta kontakt dersom de lurte på noe.

For 2009 ble det samme sendt inn på nytt, unntatt LPA-avtalen. Det ble også gitt noe ny informasjon. Dersom lagmannsretten ikke er enig i at opplysningene for 2007 er tilstrekkelige, må det foretas en separat vurdering for 2009.

Vilkårene for å fravike toårsfristen i likningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a) er ikke oppfylt, og ligningen kunne ikke endres ved SFS` vedtak. Vedtaket er dermed ugyldig for 2007 og 2009 også av denne grunn.

Statens anførsel om at carried interest blir skattefri om den anses som kapitalinntekt, gjelder bare så lenge midlene ikke tas ut av selskapet.

Det er lagt ned følgende påstand:

1. Prinsipalt: Sentralskattekontoret for storbedrifters kontorvedtak i sak 2007-089 KV oppheves. Ved ny ligning skal inntekt opptjent av Herkules Private Equity (GP-I) Ltd. og Herkules Equity (GP-II) Ltd. for inntektsårene 2007, 2009, 2011 og 2012 klassifiseres som kapitalinntekt omfattet av fritaksmetoden for North Murray AS, Nimrod Holding AS og Spiralen Holding AS.
2. Subsidiært: Sentralskattekontoret for storbedrifters kontorvedtak i sak 2007-089 KV oppheves for så vidt gjelder inntektsårene 2007 og 2009.
3. For begge tilfeller: North Murray AS, Nimrod Holding AS og Spiralen Holding AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemothparten, **staten ved Skatteetaten**, har i hovedtrekk anført:

Det er avklart at carried interest hos de ankende parter skal tilordnes GP og klassifiseres som virksomhetsinntekt. Det siste er riktignok ikke rettskraftig avgjort, men var lagmannsrettens oppfatning i Herkules-saken, og partene var enige om dette for Høyesterett. Det er heller ikke nå anført noe annet. Selv om ikke Høyesterett direkte har tatt stilling til klassifiseringen, er virksomhetsspørsmålet sentralt i tilordningsvurderingen, og det forutsettes at det er en virksomhetsinntekt som skal tilordnes. Skattekontoret har endret ligningen for de aktuelle årene i samsvar med dette. Motpartens anførsler – både når det gjelder forskjellsbehandling og at det er gitt riktige og fullstendige opplysninger – innebærer at carried interest blir skattefri, hvilket i så fall er materielt uriktig.

Når det gjelder spørsmålet om vedtaket er ugyldig som følge av NOKUS-reglene, er det for Ferd-siden lagt til grunn i SFS` vedtak 24. november 2014 at carried interest i realiteten er en ekstra avkastning på Ferd's investering i fondet, i tillegg til ordinær avkastning som deltaker. Begrunnelsen og klassifiseringen gjelder bare for Ferd-siden, mens vedtaket viser til at Herkules-sidens del av carried interest er virksomhetsinntekt tilordnet Herkules Capital. Vedtaket 24. november 2014 har ikke avgjort mer enn beskatningen av carried interest på Ferd-siden. Dersom Ferd-siden er skattlagt feil, er ikke skattemyndighetene avskåret fra å foreta korrekt beskatning av Herkules-siden.

Det er de norske eierne som er skattesubjekter. Det er ikke noe vilkår for å skattlegge en eier etter § 10-61 at en annen eier også er beskattet for sin andel av overskuddet. Skattleggingen kan bli forskjellig for eierne. Dette vises for eksempel gjennom endringsreglene. Det er ingen forutsetning for vedtakets gyldighet at også Ferd-siden er skattlagt korrekt. Skattekontorets vedtak er ikke i strid med NOKUS-reglene.

Vedtaket er heller ikke i strid med det alminnelige likebehandlingsprinsippet i skatteretten.

Uriktige eller ufullstendige opplysninger

I saken er det gitt varsel om endring av likning etter utløpet av fristen for inntektsårene 2007 og 2009, dersom toårsfristen i likningsloven § 9-6 nr. 3 a) gjelder. Dersom tiårsfristen i første ledd gjelder, er varselet gitt i tide.

Skattemyndighetene kjenner ikke skattyters disposisjoner utover det skattyter selv opplyser (selvangivelsesprinsippet). Skattemyndighetens oppgave er å skattlegge riktig basert på det skattyter opplyser. Det gjelder en gjensidig lojalitetsplikt, men skattyter må gi tilstrekkelige opplysninger, jf. dagjeldende ligningslov § 4-1. Hvis skattyter ser eller burde se en problemstilling som er relevant, må det gis opplysninger slik at skattemyndighetene blir klar over problemstillingen. Det er faktiske opplysninger i vid forstand, også det man kan slutte av faktiske forhold, som det må opplyses om. Konklusjoner og slutninger man trekker fra skattereglene, trenger man derimot ikke å opplyse om. Skattyter må gi ligningsmyndighetene opplysninger om sentrale forhold, særlig når det gjelder en løsning som fremstår som tvilsom. Opplysningsplikten praktiseres strengt, og kanskje enda strengere for fristreglene enn for tilleggsskatt. I og med at det ikke er noen sanksjon å lignedes korrekt, er det andre hensyn som gjør seg gjeldende ved ileggelse av tilleggsskatt på bakgrunn av uriktige eller ufullstendige opplysninger enn ved endring av ligning på bakgrunn av uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. Rt-2009-813 avsnitt 80–85. Det må videre legges vekt på hvilken konkret oppfordring skattyter hadde til å gi opplysningene.

I saken her var spørsmålet om carried interest var kapitalinntekt eller virksomhetsinntekt, identifisert og kjent for skattyterne gjennom et notat fra Deloitte. Den løsningen skattyterne valgte – å anse carried interest som kapitalinntekt – var i alle fall tvilsom. Verken ligningsoppgavene, vedlegget eller fondsavtalen som ble ettersendt, gir opplysninger om at carried interest var vederlag for tjenester til fondet. Skattyterne har ikke gitt opplysninger på en tilstrekkelig klar måte. Særlig gjelder det når LPA-avtalen var på 60 sider, kompleks og vanskelig tilgjengelig. Det fremgår ikke der at det faktiske grunnlaget for carried interest var oppgavene GP utførte. Det at GP har forvaltet fondet med carried interest som vederlag, er faktiske slutninger og ikke anvendelse av skatteregler. Det var også nærliggende for skattyterne at carried interest var vederlag for kapitalforvaltning, men dette ble ikke opplyst. Dette skulle vært gjort. Det er ikke gitt opplysninger som ga skattemyndighetene et tilstrekkelig grunnlag til å identifisere og ta opp skattespørsmålet. Skattyterne har selv forholdt seg til at inntekten var virksomhetsinntekt både for tingretten og Høyesterett i Herkules-saken. Skattyterne innså eller burde i det minste ha innsett at spørsmålet var tvilsomt. Skattemyndighetene hadde ingen mulighet til å slutte seg til at carried interest er vederlag for forvaltning av fondet, i og med at skattemyndighetene ikke ser totaliteten eller hva som mangler. Det må også tas i betraktning at det var tale om svært høye inntekter og dermed mye skatt. Det forelå en

meget klar oppfordring til å gi nærmere opplysninger om carried interest. Skattyterne måtte tydelig gjøre rede for faktum som synliggjorde problemstillingen. Det foreligger ingen berettiget forventning om at ligningen ikke kan endres.

Det foreligger mangelfulle opplysninger både for 2007 og 2009. Tiårsfristen for å ta opp ligningen gjelder dermed, og skattekontorets vedtak er gyldig.

Det er lagt ned følgende påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

Lagmannsretten skal ta stilling til om SFS` vedtak 9. februar 2017 er ugyldig av to grunner. For det første reiser saken spørsmål om de ankende parter i saken her, skattyterne – er liknet uriktig fordi den andre eiersiden i GP – «Ferd-siden» er liknet ut fra at carried interest er kapitalinntekt. Denne siden av saken gjelder, slik saken nå står for lagmannsretten, inntektsårene 2007, 2009, 2011 og 2012. For det andre reiser saken spørsmål om skattekontorets vedtak er ugyldig for inntektsårene 2007 og 2009. For disse årene ble inntekten endret fra å anses som kapitalinntekt til å anses som virksomhetsinntekt. Den siste problemstillingen er subsidiær og melder seg bare dersom anførselene om forskjellsbehandling ikke fører frem.

Lagmannsretten har i utgangspunktet full prøvelsesrett ved vurderingen av vedtakets gyldighet. Prøvingen må skje ut fra det faktum forvaltningen fikk seg forelagt, jf. Rt-2006-404 avsnitt 38. Som det fremgår i nevnte dom, må dette etter omstendighetene nyanseres noe, men kommenteres ikke nærmere her, ettersom det ikke får betydning for lagmannsrettens vurdering.

Er skattekontorets vedtak ugyldig som følge av forskjellsbehandling?

For de ankende parter har SFS i vedtaket som står til prøving her, lagt til grunn at GPs inntekt skal klassifiseres som virksomhetsinntekt. At inntekten skulle tilordnes GP og ikke rådgivningsselskapet Herkules Capital I AS («Herkules Capital»), er avgjort av Høyesterett i Rt-2015-1260 («Herkules-dommen»). Høyesterett tok ikke stilling til klassifiseringsspørsmålet, men det fremgår av dommens avsnitt 17 og 35 at partene var enige om at carried interest skulle behandles som virksomhetsinntekt. Det er fra de ankende parters side nå gitt uttrykk for en viss tvil rundt denne klassifiseringen, men det er ikke anført for lagmannsretten at dette skatterettslig var kapitalinntekt. For skattyterne i saken her er det dessuten i selvangivelser fra og med inntektsåret 2013 lagt til grunn at

carried interest er å anse som virksomhetsinntekt. Anførselen om at vedtaket skal settes til side som ugyldig, er basert på at Ferd-siden i vedtak 24. november 2014 har fått carried interest lignet som kapitalinntekt. Ankende parter anfører at uansett om ligningen av Ferd-siden skulle være feil, har de – med grunnlag i NOKUS-reglene – rettskrav på å få å bli lignet likt som Ferd-siden.

Ferd-siden ble for inntektsåret 2013 først lignet på samme måte som de ankende parter, dvs. som virksomhetsinntekt. I NOKUS-oppgavene for de involverte for inntektsåret 2013 hadde Herkules Capital lagt til grunn at hele den utbetalte carried interest var å anse som virksomhetsinntekt – også de 40 % som tilfalt Norse Crown. Som vedlegg til sin selvangivelse hadde Norse Crown imidlertid levert egen deltakeroppgave basert på at carried interest var kapitalinntekt. Etter klage fra Ferd-siden kom SFS i vedtaket 24. november 2014 til at carried interest ikke skulle klassifiseres som virksomhetsinntekt i sin helhet. Det ble vist til at forskjellige innsatsfaktorene på de to eiersidene kvalifiserte til en ulik vurdering, og pekt på at prinsipalene (skattyterne i saken her) hadde bidratt med en betydelig arbeidsinnsats, mens det ikke var funnet tegn til noe tilsvarende fra Ferd-siden. Det ble gitt uttrykk for at «Når den aktuelle overskuddsandel ikke kan anses å være foranlediget av arbeid eller virksomhet, må den aktuelle Carried Interest klassifiseres som fordel vunnet ved kapital».

Uten at det er nødvendig for lagmannsretten å vurdere riktigheten av vedtaket, fremgår det at rettsoppfatningen hviler på et brev fra en statssekretær i Finansdepartementet til Herkules Capital, datert 6. november 2013, som er knapt begrunnet og lite rettskildemessig fundert. På det tidspunktet klagevedtaket ble fattet, var skattemyndighetene fortsatt av den oppfatning at for eiersiden i saken her, skulle carried interest tilordnes rådgivningsselskapet Herkules Capital som virksomhetsinntekt og de bakenforliggende eierne (skattyterne i saken her) som arbeidsinntekt. Herkules Capital var ikke et NOKUS-selskap, men et norsk aksjeselskap. Tingretten hadde også ved dom i Herkules-saken 20. desember 2013 kommet til at carried interest skulle tilordnes Herkules Capital som virksomhetsinntekt. Spørsmålet om forskjellsbehandling av inntekt i NOKUS-selskaper basert på bakenforliggende innsatsfaktorer var dermed ikke relevant på det tidspunktet klagevedtaket for Ferd-siden ble fattet, i og med at de ankende parter ikke ble NOKUS-beskattet. Først etter at Høyesterett avsa dom i Herkules-saken 12. november 2015, ble det endelig avklart at carried interest også for eiersiden i saken her skulle tilordnes GP. Konsekvensen av dommen er at carried interest for begge eiersider er tillagt GP, som er et NOKUS. Klassifiseringen – som Høyesterett ikke direkte tok stilling til – er imidlertid blitt ulik for de to eiersidene.

Fristene for å endre vedtaket 24. november 2014 er nå løpt ut, slik at det er endelig. I den grad vedtaket skulle være uriktig, blir det nå uansett stående.

Forholdet til «Ferd-vedtaket» ble også vurdert i skattekontorets vedtak 9. februar 2017, som står til prøving i saken her. Det fremgår av vedtaket at skattyterne hadde påberopt at det ikke var hjemmel for skatteetatens forskjellsbehandling av inntekten i et NOKUS-selskap basert på bakenforliggende eieres posisjon, i en situasjon hvor den skattepliktige inntektens størrelse etter loven skal fastsettes i selskapet. Skattekontoret var ikke enig i det og antok, blant annet under henvisning til brevet fra statssekretæren i Finansdepartementet og lagmannsrettens dom i Herkules-saken, at det var grunn til å tillegge bakenforliggende innsatsfaktorer vekt. Videre uttales følgende:

Dersom det likevel forutsettes at det er Wiersholm som har fortolket reglene korrekt, må konsekvensen etter kontorets syn bli at den delen av Carried Interest som er mottatt av AS Norse Crown Company Ltd også skal klassifiseres som virksomhetsinntekt. En slik eventualitet kan ikke begrunne ytterligere feilbehandling av Carried Interest mottatt av Herkules-siden.

De ankende parter har til støtte for sitt syn om at de må lignedes likt som Ferd-siden, særlig vist til ordlyden i skatteloven § 10-65, sammenholdt med lovforarbeidene.

Etter skatteloven § 10-61 første ledd er eier som direkte eller indirekte eier eller kontrollerer norskkontrollert utenlandsk selskap (NOKUS), skattepliktig for sin forholdsmessige andel av selskapets eller innretningens overskudd, fastsatt etter reglene i § 10-65, uten hensyn til utdeling av verdier fra selskapet eller innretningen. Skatteloven § 10-65 første ledd lyder:

Eiers inntekt settes til vedkommendes andel av selskapets eller innretningens overskudd eller underskudd fastsatt etter reglene i norsk skattelovgivning som om selskapet eller innretningen var skattyter.

Skatteloven § 10-65 viderefører tidligere selskapsskattelov § 7-6. I Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) side 155 uttales følgende om denne bestemmelsen:

Deltakernes andel av selskapets eller innretningens inntekt skal fastsettes på grunnlag av norske regnskaps- og skatteregler. Skattereglene i den annen stat vil være uten betydning for fastsettelsen av inntekten som skal beskattes løpende i Norge.

Deltakernes inntekter skal fastsettes som om selskapet var skattyter, det vil si etter en nettometode. Nettoligning innebærer at den skattepliktige inntekt på grunnlag av selskapsforholdet beregnes som om selskapet var skattyter. Deretter fordeles nettoen til beskatning hos deltakerne. Den enkelte deltaker vil ikke ha adgang til å foreta individuelle avskrivninger eller avsetninger. Det innebærer at de norske deltakerne i fellesskap må utarbeide et skatteregnskap etter norske regler. Dersom deltakerne er uenige om hvilke satser m.v. som skal anvendes der skattereglene åpner for valgmuligheter, må deltakernes andel av selskapets inntekt fastsettes av ligningsmyndighetene. Det samme gjelder når deltakerne ikke klarer å utarbeide et felles regnskap.

Lagmannsretten er enig med ankende parter i at ordlyden i § 10-65, «som om selskapet var skattyter», trekker i retning av at NOKUS-selskapets inntekt skal klassifiseres som én og samme inntekt. Lovforarbeidenes omtale av skattestedet i punkt 6.17.2 er tydelig på at ligningsfastsettelsen mellom deltakerne i et NOKUS-selskap skal være lik ut fra eierandel. Her fremgår følgende:

Etter departementets forslag skal deltakerne nettolignes. Nettoligning tillater ikke forskjellig ligningsfastsettelse for deltakerne. Det er derfor nødvendig at ett ligningskontor samordner fastsettelsen av inntekten fra selskapet på en formelt bindende måte. Departementet foreslår at Sentralskattekontoret for storbedrifter får kompetanse til å fastsette inntekt som skriver seg fra selskapet.

[...]

Etter at grunnlaget for formues- og inntektsbeskatningen av deltakerne på denne måte er fastsatt under ett av Sentralskattekontoret for storbedrifter, må dette meddeles ligningsmyndighetene i de kommuner som skal skrive ut skatten.

Dette resulterte i følgende endring i den nå opphevede ligningsloven § 8-6 nr. 6:

For deltakere som skattlegges etter §§ 10-60 til 10-68 i skatteloven [...] skal Sentralskattekontoret for storbedrifter fastsette skattepliktig formue og inntekt.

Denne bestemmelsen er opphevet, men lagmannsretten forstår det slik at kompetansen i NOKUS-saker fortsatt ligger hos et eget kontor i Skatt ØST.

I punkt 6.17.3 om klage er følgende uttalt:

Nettoligning forutsetter som nevnt at alle deltakerne behandles likt med hensyn til fastsettelse av inntekt fra selskapet. Fører klage til endring av ligningen, må dette få virkning for alle deltakerne i selskapet. Klagen skal etter ligningsloven § 9-2 leveres i den kommune hvor skatten er skrevet ut. Klagen skal likevel behandles av Sentralskattekontoret for storbedrifter. Dersom en av deltakerne klager må alle deltakerne varsles og gis en passende frist for å uttale seg.

Loven er dermed lagt opp slik at eierne av et NOKUS-selskap som utgangspunkt skal behandles materielt likt skatterettslig ut fra andel av NOKUS-selskapets netto overskudd, tilsynelatende basert på en enhetlig vurdering av NOKUS-selskapet. Det fremstår ikke å være rom for at innsats hos de bakenforliggende norske eierne får påvirkning på hvordan NOKUS-selskapet skal klassifiseres skatterettslig. Juridisk teori taler i samme retning. Zimmer skriver i «Internasjonal inntektsskatterett» 5. utgave 2017 side 643 i den forbindelse følgende om § 10-65:

Det må antas at regelen også innebærer at inntektens art skal overføres uendret til deltakerne. Har NOKUS-et virksomhetsinntekt, er det altså virksomhetsinntekt også hos deltakerne.

Det fremstår etter dette som nokså klart at norske eiere av et NOKUS-selskap som utgangspunkt ikke skal lignedes basert på ulike innsatsfaktorer. Det er imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å ta endelig stilling til dette.

Dersom skattemyndighetene har lignet eierne forskjellig ut fra en ulik vurdering av NOKUS-selskapets inntekt, kan lagmannsretten uansett ikke se at den sist lignede har et rettskrav på å bli lignet likt den første, slik at ligningen for den siste er ugyldig. Forarbeidenes uttalelser kan hevdes å tale i retning av at klagevedtak i NOKUS-saker har bindende virkning for andre enn partene. Men dette har ikke kommet til uttrykk i loven og vil dessuten bryte med lovverkets systematikk for øvrig.

Foranlediget av uttalelsene i forarbeidene bemerker lagmannsretten at det er ligningen av eierne av NOKUS-selskapet som bindende blir fastsatt. Lagmannsretten kan ikke se at forarbeidenes uttalelser kan lede til at klassifiseringen av NOKUS-selskapets inntekt er bindende ved ligningen av alle deltakerne. Dette har heller ikke kommet til uttrykk i loven. NOKUS-selskapet er et utenlandsk selskap og ikke et eget skattesubjekt i Norge. I den forbindelse kan lagmannsretten heller ikke se at formuleringene i klagevedtaket for Ferd-siden pretenderer å ha noen større rekkevidde enn det lovens regler tilsier.

På samme måte som for rettslige avgjørelser må dessuten virkningene av et forvaltningsvedtak som utgangspunkt være begrenset til å gjelde sakens parter, jf. forutsetningsvis klagereglene i skatteforvaltningsloven §§ 13-1 og 13-2 (som har avløst ligningsloven §§ 9-2 og 9-3) og forvaltningsloven § 28.

Videre vil det ikke i enhver sammenheng være full symmetri i den skattemessige behandlingen av eierne av et NOKUS-selskap. Et slikt selskap kan delvis ha utenlandske eiere, som lignedes etter utenlandske regler som avviker fra de norske NOKUS-reglene om nettoligning, klassifisering mv. Dessuten illustrerer saken her at reglene om omgjøring kan lede til ulikt utfall også for norske eiere.

De ankende parter har til støtte for sitt syn også vist til de ulovfestede reglene om likebehandling på skatterettens område. Det er på skatterettens område rom for et likebehandlingsprinsipp også ved rettsanvendelsesskjønn, jf. Rt-2007-302 avsnitt 63 og HR-2019-273-A avsnitt 68. Brudd på likebehandlingsprinsippet kan gi grunnlag for et rettskrav på lik behandling, jf. Rt-2007-302 avsnitt 67. Men det er bare i spesielle tilfeller at det kan bli aktuelt å konstatere brudd på likebehandlingsprinsippet når forvaltningen ut fra et rettsanvendelsesskjønn har fattet vedtak basert på en riktig lovforståelse, jf. HR-2019-273-A avsnitt 69. Det synes å være et tungtveiende moment om det foreligger brudd på en langvarig og fast praksis, jf. Rt-2007-302 avsnitt 67 og HR-2019-273-A avsnitt 71. Videre er det relevant om skattemyndighetene har vært kjent med den uriktige praksisen uten å gripe inn, jf. Rt-2007-302 avsnitt 67. Særbehandling i strid med slik praksis kan være berettiget der det foreligger særlige hensyn, jf. samme avsnitt.

I saken her har de ankende parter påberopt de alminnelige reglene om likebehandling til støtte for at NOKUS-reglene gir dem et rettskrav på å bli lignet likt som Ferd-siden. Det er ikke for lagmannsretten hevdet at reglene kommer direkte til anvendelse. Det er imidlertid anført at siden én og samme inntekt danner grunnlaget for NOKUS-beskatning, er det ikke nødvendig at de alminnelige vilkårene for rettskrav med grunnlag i reglene om likebehandling, jf. ovenfor, er oppfylt.

Lagmannsretten bemerker at den finner det klart at den ulovfestede læren om likebehandling, slik den er redegjort for ovenfor, ikke kommer direkte til anvendelse i dette tilfellet. Det er ikke påvist noen fast og langvarig ligningspraksis for at carried interest anses som kapitalinntekt, selv om det synes å ha vært en utbredt oppfatning, jf. blant annet Nordic Innovation Publication 2011:03 «Obstacles to Nordic Venture Capital Funds», se nærmere nedenfor. Lagmannsretten er bare kjent med at dette er gjort for Ferd-siden, jf. det ovenfor omtalte vedtaket 24. november 2014. Lagmannsretten kan heller ikke se at det foreligger andre tungtveiende momenter for at de ankende parter skal ha et rettskrav på å bli lignet likt som Ferd-siden. Uavhengig av hva som er riktig kategorisering av carried interest, utgjør det uansett en vesentlig forskjell mellom de to eiersidene at Ferd-sidens inntekt er den avkastningen Ferd betinget seg for å investere i fondet, og at inntekten på de ankende parters side i alle fall i vesentlig grad er vunnet ved forvaltningen av fondene. I vurderingen av hvilken konkret gjennomslagskraft likebehandlingsprinsippet skal ha som grunnlag for et rettskrav, må det antas å være rom for å se hen til innsatsfaktorer, selv om det som utgangspunkt ikke synes å være adgang til å hensynte prinsippet ved ligningen av NOKUS-deltakerne, jf. ovenfor.

Lagmannsretten kan heller ikke se at likebehandlingslæren kan være et avgjørende bidrag ved tolking av NOKUS-reglene, eventuelt med mindre kvalifiserte vilkår. Selv om det skulle være slik at NOKUS-deltakerne som utgangspunkt skal behandles likt med hensyn til inntekten i NOKUS-selskapet, er dette noe annet enn spørsmålet om brudd på likebehandlingsprinsippet medfører at en presumtivist gyldig likning likevel skal anses ugyldig. Lagmannsretten kan ikke se at det kan bli utfallet i saken her.

Etter dette er ikke likningen for verken 2007, 2009, 2011 eller 2012 ugyldig som følge av NOKUS-reglene, sammenholdt med likebehandlingsprinsippet.

Er det gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger?

(a) Rettslige utgangspunkter

Etter den nå opphevede ligningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a), som kommer til anvendelse i saken her, er fristen for endring av ligning til ugunst for skattyter to år etter inntektsåret dersom «han ikke har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger».

Det er enighet i saken her om at endring av ligningen for 2007 og 2009 er varslet etter fristen på to år. Varsel er gitt innenfor tiårsfristen i § 9-6 nr. 1.

Toårsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a) kom inn under stortingsbehandlingen, jf. Innst. O. nr. 44 (1979–1980) side 26. Bestemmelsen tok sikte på å beskytte den skattyter som lojalt hadde oppfylt sin opplysningsplikt etter ligningsloven kapittel 4, jf. HR-2016-1179-A avsnitt 49. Var opplysningene uriktige eller ufullstendige, gjaldt fristen på ti år.

Ligningsloven § 9-6 må ses på bakgrunn av bestemmelsen i ligningsloven § 4-1. Etter denne bestemmelsen skal den som har plikt til å gi opplysninger etter kapittel 4, opptre aktsomt og lojalt. Det fremgår at han skal bidra til at hans skatteplikt i rett tid blir klarlagt og oppfylt. Ligningsloven § 4-1 markerer «et samarbeids- og lojalitetsforhold mellom den enkelte skattyter og skattemyndighetene for at ligningen og skatteoppgjøret skal bli riktig», jf. Ot.prp. nr. 29 (1978–1979) side 76. Bestemmelsen suppleres av ligningsloven § 4-3 nr. 1 om at selvangivelsen, foruten spesifisert oppgave over skattyters brutto formue, inntekt og fradragposter, skal inneholde «andre opplysninger som har betydning for gjennomføringen».

Etter Rt-1992-1588 gjelder toårsfristen der «skattyteren har gitt alle de opplysninger man etter en objektiv vurdering finner at han burde ha gitt». Skattyter har gitt uriktige opplysninger når han har gitt opplysninger som ikke stemmer med de faktiske forhold, jf. Ot.prp. nr. 82 (2008–2009) side 37.

Videre relaterer opplysningsplikten seg til opplysninger som har betydning for den skatterettslig riktige vurderingen av skattyterens forhold. At en skattyter har unnlatt å gi en opplysning eller gitt en uriktig opplysning som er skatterettslig irrelevant, vil ikke kunne hindre at toårsfristen kommer til anvendelse, jf. Harboe «Ligningsloven med kommentarer» 7. utg. 2015, side 342–343 og forutsetningsvis Rt-1997-1430, side 1438.

Den skattepliktige har ikke plikt til å fremlegge for myndighetene sine rettslige vurderinger eller formeninger om den skatterettslige behandlingen av et forhold, jf. Prop. 38 L (2015–2016) side 115. Når skattyteren først har gitt tilstrekkelige opplysninger til at skattemyndighetene har grunnlag for å ta opp et spørsmål, må skattyteren ha anledning til å argumentere for sitt syn på spørsmålet uten å oppfylle strenge krav til objektivitet, jf. HR-2020-2200-A avsnitt 56. En uriktig anvendelse av skattereglene vil ikke representere et uriktig faktisk grunnlag for ligningen, jf. Harboe side 344.

Anførsler som gir et uriktig uttrykk for skattyterens rettsstilling utenfor skatteretten må anses som en uriktig opplysning. I Ot.prp. nr. 29 (1978–1979) uttales i den forbindelse følgende på side 109:

Utkastet bygger som nevnt på en sondring mellom feil i det faktiske grunnlag og feil i rettsanvendelse eller skjønnsutøvelse. Tilsvarende sondring er avgjørende for endringsfristene etter § 9-6. Denne sondringen reiser de samme problemer som strafferettens sondring mellom faktisk og rettslig villfarelse. Mange ligningsavgjørelser må bygge på en oppfatning om skattyterens konkrete rettsstilling etter rettsregler utenfor skatteretten, f.eks. om han eier eller leier en eiendom, om en

fordring er betinget eller ubetinget, om skattyteren skylder noe eller ikke. Om ligningsmyndigheten har lagt en oppfatning av slike rettsforhold til grunn for sin avgjørelse, og det så viser seg at denne oppfatning var feilaktig, må dette bety at kravet om uriktig faktisk grunnlag for vedtaket er oppfylt.

[...]. Hvilken rettsstilling skattyteren har etter andre rettsregler, er han den nærmeste til å bringe klarhet i. Løsningen av det spørsmålet må betraktes som ett av de fakta ligningsmyndigheten må bygge på, og som kan være feilaktig som faktisk grunnlag for et vedtak.

Disse sondringene gir i hovedsak fortsatt uttrykk for gjeldende rett, jf. HR-2016-1179-A avsnitt 55, hvor det uttales at «det normalt er skattyterne som har risikoen for at de har tatt feil ved privatrettslige klassifikasjoner».

Dersom skattyter har unnlatt å gi en skatterettslig relevant opplysning, må det spørres hvilken konkret oppfordring skattyteren hadde til å gi den aktuelle opplysningen, jf. Rt-2009-813 avsnitt 84. Følgende eksempel er her trukket frem:

Opplysningen må gis, eller dokumentet legges fram, dersom den skatterettslige løsningen kan være uklar. Unntak fra fristen kan derimot ikke gjøres dersom det ut fra rettskildesituasjonen da selvangivelsen ble levert var lite naturlig for skattyteren å forestille seg at opplysningen eller dokumentet kunne ha skatterettslig betydning. Ved vurderingen av denne modifikasjonen må det imidlertid legges vekt på at opplysningsplikten etter ligningsloven § 4-1 praktiseres «strengt», jf. Rt-2006-333 avsnitt 43. De avgjørelsene som det der vises til, Rt-1996-932 og Rt-1997-1117, gjaldt ileggelse av tilleggsskatt. Da det ved anvendelsen av § 9-6 nr. 3 bokstav a ikke er tale om noen sanksjon, men om å gjennomføre en riktig ligning, må opplysningsplikten praktiseres minst like strengt – kanskje endatil strengere – i denne sammenheng.

I HR-2016-1179-A avsnitt 61 er det presisert at opplysningsplikten skjerpes dersom den skatterettslige løsningen kan anses tvilsom.

Lagmannsretten mener at tiårsfristen i § 9-6 nr. 1 ikke uten videre kommer til anvendelse selv om en relevant faktisk opplysning er utelatt, som skattyter hadde konkret oppfordring til å gi. I den forbindelse fremgår følgende av Rt-1992-158:

Er det gitt opplysninger som gjør at ligningsmyndighetene må anses å ha fått tilstrekkelig grunnlag for å ta opp det aktuelle skattespørsmål, slik at de gjennom adgangen til å skaffe seg ytterligere opplysninger vil kunne få et tilstrekkelig vurderingsgrunnlag, bør opplysningene i utgangspunktet anses tilstrekkelige til at toårsfristen får anvendelse.

(b) Konkret vurdering

I GPs selvangivelser for 2007 er det opplyst at selskapsformen er kommandittselskap og at GP var komplementar. Samtidig fremgikk det at GPs selskapsandel var «0,0000000». Det samme fremgår i spesifikasjon til selskapsoppgaven. I innsendte næringsoppgaver var

anleggsmidler oppført som «0». I post 500 og post 635 i selvangivelsene fremgikk det at GP samlet hadde en inntekt på over 518 millioner kroner.

Noe senere, men innen fristen for levering av selvangivelsen, sendte Herkules Capital 29. mai 2007 inn vedlegg til selvangivelsene for GP. I oversendelsesbrevet fremgår det at «Vedlagt finner dere to vedlegg til disse likningsoppgavene som nærmere beskriver behandling av overskuddsandel fra Ferd Private Equity (Jersey-I) L.P».

I det første vedlegget, som er en redegjørelse til skattemyndighetene, fremgår det at GP «er ansvarlige deltakere i henholdsvis Ferd Private Equity (Jersey — I) L.P og Ferd Private Equity (Jersey — II) L.P» – altså fondene. Eierforholdene i GP er beskrevet i ord og illustrert med en figur. Det fremgår at «Selskapenes avkastning fra Fondene avhenger av hvor suksessfullt Fondene er i sin virksomhet». Rekkefølgen for utbetaling fra fondene er beskrevet som følger:

Trinn 1:

Først skal Investorene få tilbakebetalt sin faktiske innbetalte kapital til fondene, som utgjør 100% av kapitalinnskuddet til fondene. Slik tilbakebetaling skal skje proporsjonalt etter prosentandel av kapitalen i Fondene.

Trinn 2:

Deretter skal Investorene ha rett til et beløp som tilsvarer [...] en avkastning tilsvarende 8 % pr år av innbetalt kapital i Fondene. Fordeling skal skje i samme forhold som Investorenes prosentandel av kapitalen i Fondene.

Trinn 3 (iii):

Når Trinn 1 og Trinn 2 er inndekket, skal Selskapene motta overskuddsandel med et beløp som utgjør 20 % av utdeling som nevnt i Trinn 2. Etter Trinn 3 skal således Selskapene ha rett til et beløp som kan bli opp til 20 % av hva som er utbetalt til Investorene i Trinn 2.

Trinn 4 (iv):

Etter at trinn 3 er inndekket, skal alt overskytende tilordnes Selskapene med 20 % og 80 % til Investorene i Fondene.

Det fremgår videre at «Resultatet til Fondene i 2007 har vært så godt at Selskapene har fått utdelt overskudd i henhold til både Trinn 3 og Trinn 4 beskrevet over». Noen nærmere karakterisering av utbetalingen til GP er ikke gitt.

I redegjørelsen fremgår avslutningsvis følgende:

Inntektene i Fondene består av fritatte aksjeinntekter i henhold til skatteloven § 2-38. Dette innebærer at denne inntekten ikke inngår i den skattemessige inntekten som fastsettes i Fondene jf. skatteloven § 10-41 annet ledd, jf. vedlagte RF-1228.

Da de mottatte overskuddene fra Fondene, som nevnt stammer fra fritatte aksjeinntekter jf. skatteloven § 2-38, er overskuddsandelen fra Fondene således ikke skattemessig inntektsført i Selskapenes ligningsoppgaver.

Lagmannsretten bemerker at den rettsoppfatningen disse avsnittene gir uttrykk for, ikke kan innebære at det er gitt en «uriktig opplysning», jf. de rettslige utgangspunktene som er omtalt ovenfor.

Vedlegg 2, «Limited Partnership Agreement» (LPA), er avtalen mellom fondene og GP. Avtalen er på engelsk og er på 61 sider inkludert vedlegg. Den har en innholdsfortegnelse med hoved- og underpunkter og en liste over begreper med relevante henvisninger til andre bestemmelser i avtalen i section 1.09. I section 1.07 er formålet med avtalen beskrevet – nemlig investeringer. I punkt II section 2.01 og 2.02 er GPs oppgaver beskrevet. I section 2.01 fremgår det at GP forvalter fondene, og at andre deltakere/investorer ikke skal ha noen rolle i så henseende. Det fremgår i korte trekk i punkt 2.02 at GP utøver eierbeføyelser over fondet og herunder tar investeringsbeslutninger. I artikkel IV section 4.02 fremgår bestemmelsene om utdeling, som tilsvarer redegjørelsen i vedlegg 1, jf. ovenfor.

For 2009 ga skattyterne tilsvarende opplysninger som for 2007, men LPA-avtalen var ikke vedlagt på nytt. Den må likevel forutsettes å ha vært tilgjengelig for skattekontoret etter ligningen for 2007, og staten har heller ikke anført at den måtte sendes inn på nytt.

Et notat fra Deloitte av 15. april 2008 om skatterettslig klassifikasjon av carried interest ble ikke lagt frem for skattemyndighetene. Notatet ble innhentet av Ferd AS, men var også kjent for de ankende parter. Notatet forelå før selvangivelsen for 2007 ble sendt inn. I notatet fremgår blant annet følgende:

Etter vår oppfatning er det to alternative klassifiseringer av Carried Interest, nemlig at dette er å anse som en ren overskuddsutbetaling eller er å anse som en forlods utbetaling til General Partner som godtgjørelse for de oppgaver General Partner er gitt i LPA.

[...]

På bakgrunn av de vurderinger og diskusjoner som har fremkommet mht. den karakter Carried Interest har i Fondet, er vår vurdering at Carried Interest mer naturlig er å anse som andel av en "profit split", dvs. en overskuddsutbetaling fra Fondet, enn en forlods utbetaling til General Partner som godtgjørelse for oppgaver gitt i LPA.

Utbetalingen av Carried Interest er således ikke fradragsberettiget for Fondet idet det ikke er noen kostnad, men en utdeling av overskudd.

Skattekontorets oppfatning var at de opplysningene skattyterne ga, ikke var tilstrekkelige. I vedtaket 9. februar 2017 gis det uttrykk for at «Ut fra en objektiv vurdering skulle oppgavene til skattemyndighetene fra General Partner som et minimum ha opplyst om at det var mottatt Carried Interest som vederlag for de tjenestene/oppgavene som General

Partner var ansvarlig for at ble utført for Fondene». Det nevnes også at det ved innsendelsen av LPA-avtalen ikke var gitt noen spesifikk begrunnelse for ettersendelsen eller vist til konkrete bestemmelser i LPA-avtalen som kunne være av betydning for ligningen. Det er videre vist til avtalens kompleksitet, lengde og at den var på engelsk. Skattekontoret peker på at det ikke er vist til hvilke bestemmelser som eventuelt skulle kunne gi grunnlag for å slutte at det var foretatt utbetalinger av Carried Interest som vederlag for tjenester/oppgaver som GP var ansvarlig for at ble utført for fondet. Kontoret anså ikke opplysningsplikten oppfylt selv om LPA-avtalen var sendt inn i tillegg til de ordinære ligningsoppgavene. Kontoret skrev:

Carried Interest er overhodet ikke nevnt i den innsendte informasjonen fra Herkules, og derfor kan det heller ikke legges til grunn at ligningsmyndighetene må anses for å ha fått opplysninger som gjør at de har fått tilstrekkelig grunnlag for å ta opp spørsmålet om beskatning av Carried Interest. Uansett har skattyteren selv risikoen for å ha tatt feil ved den privatrettslige klassifikasjon basert på LPA-avtalen.

Skattekontoret var av den oppfatning at opplysninger om eierforhold, den trinnvise modellen for utbetaling og tegningen av fondsstrukturen ikke ga skattemyndighetene foranledning til å reise spørsmål om oppgitt "overskuddsandel" i ligningspapirene i realiteten dreier seg om carried interest. Det ble også fremhevet at notatet fra Deloitte enkelt kunne vært fremlagt eller omtalt, og at den skatterettslige løsningen fremsto som så uklar at skattyterne burde ha opplyst ligningsmyndighetene om forholdet.

Staten har i det vesentlige opprettholdt skattekontorets synspunkter for lagmannsretten.

Lagmannsretten kan ikke se at skattyterne har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.

I selvangivelsen var det opplyst at GP ikke hadde eierandeler i fondet, men samtidig mottok en vesentlig utbetaling på ca. 518 millioner kroner. Videre fremgikk det av LPA-avtalen at GP forvaltet fondet. Lagmannsretten er ikke enig med staten i at LPA-avtalen var så vanskelig tilgjengelig for så vidt gjaldt spørsmålet om GPs oppgaver i fondet. De vesentlige faktiske opplysningene for skattleggingen var etter lagmannsrettens syn nokså enkelt tilgjengelige og fremgikk allerede av selvangivelsen og vedlegg 1. Hovedtrekkene i GPs forvalteroppgaver var lett tilgjengelig i LPA-avtalen section 2.02, som skattemyndighetene ut fra innholdsfortegnelsen enkelt kunne finne frem til. Det var dessuten innsendt selvangivelse som om GP var komplementar i kommandittselskap. En komplementar forestår forvaltningen av et kommandittselskap, jf. selskapsloven § 3-9.

Hva som skulle til for at GP skulle motta inntekter fra fondet, fremgikk av den trinnvise modellen for utbetaling som var beskrevet i vedlegg 1, og som også var nevnt i LPA-avtalen. I vedlegg 1 fremgikk det dessuten at GPs avkastning var avhengig av «hvor suksessfullt Fondene er i sin virksomhet». Hvor mye som kom til utdeling til investorer og

GP, var avhengig av investeringens grad av suksess, og dette fremgikk tydelig i vedlegg 1. Investeringens grad av suksess var igjen indirekte avhengig av GPs innsats som forvalter.

At betegnelsen «carried interest» ikke ble benyttet, er etter lagmannsrettens syn ikke avgjørende. Dette verken er eller var et entydig begrep med et gitt rettslig eller faktisk innhold. Uansett er det etter lagmannsrettens syn ikke en faktisk opplysning som faller innenfor opplysningsplikten.

For staten er det sentralt at det ikke er opplyst at utbetalingen er vederlag for GPs forvalteroppgaver, altså at det mangler opplysninger om årsakssammenhengen mellom utbetalingen og GPs rolle. Etter lagmannsrettens syn er dette en skattemessig synsvinkel som ikke har forankring i det underliggende privatrettslige avtaleforholdet mellom fondet og GP. Hvilken betegnelse man vil bruke på GPs krav på utbetaling, fremstår privatrettslig irrelevant. Om carried interest var ment å være et vederlag for utførte forvalteroppgaver, fremstår for lagmannsretten som et spørsmål om hva som er formålet med inntekten. Skattytere har ingen plikt til å opplyse om sine subjektive formål med transaksjoner, jf. HR-2020-2200-A avsnitt 52.

Skattekontoret synes å utlede fra Herkules-dommen at carried interest er vederlag. I den forbindelse uttales følgende i vedtaket side 36:

I dette tilfellet har General Partner mottatt Carried Interest fra Fondene. I tråd med Høyesteretts avgjørelse i Herkules skal 60 % av den utbetalte Carried Interest skattemessig klassifiseres som skattepliktig virksomhetsinntekt for General Partner, idet det dreier seg om vederlag fra Fondene for tjenester/oppgaver som General Partner var ansvarlig for utførelsen av i henhold til det underliggende avtaleverket, jf. LPA-avtalen i Fond I.

Lagmannsretten bemerker at Høyesterett i Herkules-dommen ikke tok stilling til klassifiseringsspørsmålet. Partene var for Høyesterett som nevnt enige om at det var tale om virksomhetsinntekt, jf. dommens avsnitt 17 og 35. Klassifiseringen som virksomhetsinntekt krevde likevel en selvstendig begrunnelse fra skattekontorets side. Lagmannsretten antar at begrepet «vederlag» er introdusert for å gi en håndgripelig forklaring på hvorfor carried interest anses «vunnet ved virksomhet», jf. skatteloven § 5-1, jf. § 5-30. Under enhver omstendighet fremstår henvisningen til at carried interest er vederlag, utelukkende som en måte å forklare ytelsen skatterettslig. Den relevante innsatsfaktoren – virksomhet i form av fondsforvaltning – var det etter lagmannsrettens syn gitt tilstrekkelige opplysninger om.

Lagmannsretten mener at vurderingen av carried interest som et vederlag for GPs innsats som fondsforvalter skiller seg fra det lovforarbeidene omtaler som privatrettslig klassifikasjon, som for eksempel om skattyter eier eller leier en eiendom, om en fordring er betinget eller ubetinget, om skattyteren skylder noe eller ikke. Vurderingen av at carried

interest var vederlag, er etter lagmannsrettens syn en skatterettslig rettsanvendelse (subsumsjon) som skattyter ikke har plikt til å opplyse om. Som det fremgår innledningsvis, kunne skattyter dessuten forfekte et uriktig rettslig standpunkt uten at det i seg selv utgjorde en uriktig opplysning.

Lagmannsretten kan for øvrig ikke se at skattyter har unnlatt å gi andre faktiske opplysninger av betydning for ligningen. Staten har anført at skattyterne tydelig måtte gjøre rede for faktum som synliggjorde problemstillingen, men hvilket faktum som mangler, er uklart for lagmannsretten. Etter lagmannsrettens syn er alle vesentlige faktiske forhold som skattekontoret kunne bruke for å trekke en slutning om at carried interest var virksomhetsinntekt, gitt. De var heller ikke presentert på en fordekt måte som skulle tilsi at dette i seg selv skulle utgjøre brudd på opplysningsplikten.

Ettersom lagmannsretten ikke finner at opplysningsplikten er brutt, er det ikke nødvendig å vurdere om skattyter har hatt foranledning til å legge frem ytterligere relevante opplysninger. I relasjon til begrepet carried interest vil lagmannsretten likevel tilføye at det i publikasjonen «Obstacles to Nordic Venture Capital Funds», jf. ovenfor, fremgår at carried interest i Norge ble ansett som kapitalinntekt. Det var også tilfellet i Sverige og Island, mens ytelsen etter omstendighetene ble ansett som arbeidsinntekt i Danmark. Bare Finland anså carried interest som virksomhetsinntekt. Så sent som i 2018 synes det fortsatt å ha vært norske skattemyndigheters oppfatning at carried interest var kapitalinntekt. I Informasjon nr. 5 om regelverk knyttet til investeringer i utenlandske selskaper med deltakerfastsetting (USDF) fra Skatteetaten av 1. mars 2018 fremgår det at «carried interest normalt er en meravkastning til enkelte av deltakerne i fondet (overskuddsutdeling), og som f.eks. må holdes atskilt fra fondets betaling av forvaltnings- eller rådgivningshonorar (betaling for tjenester)». Carried interest er for øvrig i Cambridge Dictionary forklart som «finance profits made by a financial fund that are considered to be capital gains and are taxed at a different rate to ordinary income».

Alt i alt synes det å ha vært en utbredt oppfatning at carried interest var kapitalinntekt – ikke minst var dette tilsynelatende den oppfatningen norske skattemyndigheter hadde i de aktuelle inntektsårene. Ut fra dette kan ikke lagmannsretten se at skattyterne hadde noen særlig foranledning til å opplyse skattekontoret om at carried interest rettslig sett både kunne vurderes som virksomhetsinntekt og kapitalinntekt – slik notatet fra Deloitte fra 2008 problematiserte.

Under enhver omstendighet har skattekontoret etter lagmannsrettens syn fått tilstrekkelige opplysninger til å ta opp det aktuelle skattespørsmålet, slik at det gjennom adgangen til å skaffe seg ytterligere opplysninger ville kunne få et tilstrekkelig vurderingsgrunnlag, jf. Rt-1992-158. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at det er iøynefallende med selvangivelsen at GP ikke var eier av fondet, samtidig som GP mottok en svært stor

utbetaling. Det er dessuten sendt inn selvangivelse som komplementar, hvilket sammen med LPA-avtalen synliggjør at det er tale om et visst omfang av forvaltningsoppgaver.

Opplysningsplikten er etter dette ikke brutt for inntektsårene 2007 og 2009. Toårsfristen i ligningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a) er dermed utløpt, og skattekontorets vedtak 9. februar 2017 er ugyldig for så vidt gjelder inntektsårene 2007 og 2009. For øvrig forkastes anken.

Staten har som nevnt inngitt avledet anke i anketilsvaret over tingrettens opphevelse av skattekontorets vedtak for inntektsåret 2010. I prosesskriv 18. mars 2021 trakk staten den avledede anken, jf. tvisteloven § 29-19. På dette punktet blir dermed tingrettens dom stående.

Sakskostnader

De ankende parter har delvis fått medhold i anken.

I Sentralskattekontoret for storbedrifters vedtak 9. februar 2017 ble inntekten økt som følger:

- inntektsåret 2007: 310 966 994 kroner
- inntektsåret 2009: 41 064 657 kroner
- inntektsåret 2010: 89 570 812 kroner
- inntektsåret 2011: 101 232 266 kroner
- inntektsåret 2012: 38 848 497 kroner

Skattyterne har i dommen her fått medhold for årene 2007 og 2009. I og med at den avledede anken over inntektsåret 2010 er trukket, anses ankende parter også å ha fått medhold for dette året, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd (saken «hevet fordi den er frafalt»).

Samlet har de ankende parter fått medhold i at inntekten for årene 2007, 2009 og 2010 ikke skal økes med 441 602 463 kroner. Dette ville etter det opplyste blitt skattlagt med 28 % for samtlige år, det vil si 123 648 690 kroner.

Samtidig har de ankende parter ikke blitt hørt med at inntektsøkningen for 2011 og 2012 på totalt 140 080 763 kroner var uriktig. Dette innebærer en skatt på 39 222 613,60 kroner.

De ankende parter har beløpsmessig fått medhold i ca. 75 % av ankegjensstanden. Kravene vurderes samlet, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd andre punktum.

Lagmannsretten kan ikke se at de ankende parter har fått medhold «fullt ut eller i det vesentlige», jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Etter lovforarbeidene (Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 444) er saken vunnet i det vesentlige i følgende tilfeller:

Dersom resultatet for parten er så gunstig at motparten ikke har oppnådd noe av betydning sammenholdt med det som ville vært situasjonen om motparten hadde akseptert standpunktet fullt ut før sak ble reist, vil kriteriet være oppfylt. Parten har da nådd fram på vesentlige punkter. Tilsvarende vil gjelde dersom motparten taper saken praktisk talt fullt ut, men får medhold på et mindre vesentlig punkt.

Dette er ikke tilfellet i saken her. Den klare hovedregelen er at da at hver av partene bærer sine egne sakskostnader, jf. Schei mfl. Tvisteloven kommentarutgave, Juridika, åjour 1. desember 2019, punkt 3 til § 20-3. For en part som har fått medhold av betydning, kan sakskostnader helt eller delvis tilkjennes dersom «tungtveiende grunner tilsier det, jf. tvisteloven § 20-3». Terskelen for tilkjenning etter § 20-3 er relativt høy, jf. HR-2018-267-U avsnitt 26. Selv om ankende parter har fått større grad av medhold enn ankemotparten, har begge parter i saken her fått medhold av betydning. Spørsmålet er dermed om det foreligger tungtveiende grunner til at noen av partene tilkjennes sakskostnader helt eller delvis. Etter § 20-3 andre punktum skal det blant annet «legges særlig vekt på hvor mye parten har fått medhold, og andelen av sakskostnadene som knytter seg til den delen av saken».

Det foreligger klart ikke tungtveiende grunner til at staten skal tilkjennes sakskostnader, grunnet graden av medhold. I vurderingen av om det er tungtveiende grunner til at de ankende parter skal tilkjennes sakskostnader, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, dommerne Norheim og Aas, bemerker at for de ankende parter er graden av medhold langt høyere enn det som er tilfellet for staten. Flertallet finner likevel at resultatet rent beløpsmessig ligger et stykke unna anvendelsesområdet for § 20-2, jf. Rt-2010-1262 avsnitt 22. Tyngdepunktet i saken har vært noenlunde likt fordelt mellom spørsmålet om uriktige/ufullstendige opplysninger og spørsmålet om likebehandling. Ankende parts prosessfullmektig har anslått at ca. 20 % av sakskostnadene kan relateres til spørsmålet om inntektsåret 2010, som ikke har vært gjenstand for realitetsbehandling, men som var omfattet av statens avledede anke. Alt i alt må den største delen av saksforberedelsen antas å relatere seg til inntektsår hvor de ankende parter har fått medhold. Likefullt relaterer en betydelig del av arbeidet med saken seg utvilsomt til spørsmålet om forskjellsbehandling. Flertallet kan for øvrig ikke se at momentene i § 20-2 tredje ledd, jf. § 20-3 kommer til anvendelse, slik at det eneste som taler i retning av at det foreligger tungtveiende grunner, er graden av medhold rent beløpsmessig.

Dette er etter flertallets syn ikke tilstrekkelig for å tilkjenne de ankende parter sakskostnader etter § 20-3. Det foreligger alt i alt ikke tungtveiende grunner for å tilkjenne de ankende parter sakskostnader, verken for tingretten eller lagmannsretten.

Mindretallet, dommer Bøhn, mener at ankepartene bør tilkjennes saksomkostninger delvis etter § 20-3. Som påpekt av flertallet har de fått medhold i cirka 75 % av sine krav, og mer enn halvparten av den tiden som er gått med til forberedelse for lagmannsretten, gjelder de punktene der ankepartene har vunnet saken. Omkostningene for tingretten skal vurderes ut fra resultatet i lagmannsretten. For tingretten var dermed samlet andel av selve hovedforhandlingstiden knyttet til de punktene der ankepartene har fått medhold, enda større i og med behandlingen av det tvistepunktet der staten senere anket avledet, men trakk anken. Under disse omstendighetene, der de ankende parter har fått medhold i at staten har begått så betydelige feil ved utøvelsen av sin skattemessige forvaltningsmyndighet som i dette tilfellet, er vilkårene etter mindretallets mening til stede for å tilkjenne omkostninger etter § 20-3. Mindretallet stemmer for at ankepartene tilkjennes halvparten av sine saksomkostninger både for tingretten og lagmannsretten.

Konklusjonen blir etter dette at sakskostnader ikke tilkjennes.

Dommen er enstemmig med unntak for sakskostnadsspørsmålet.

Dommen er avsagt etter lovens frist på grunn av fravær og andre arbeidsoppgaver.

DOMSSLUTNING

1. Sentralskattekontoret for storbedrifters vedtak 9. februar 2017 i sak 2007-091 KV er ugyldig for så vidt gjelder inntektsårene 2007 og 2009.
2. For øvrig forkastes anken.
3. Sakskostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.

Jan Eivind Norheim

Halvor Aas

Anders Bøhn

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 andre ledd.

Jan Eivind Norheim (signert)

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Elza Umarova (signert elektronisk)