

Masteroppgave ved Handelshøyskolen BI

Masterstudiet i regnskap og revisjon

Unntak fra merverdiavgift på finansielle tjenester med særlig vekt på corporate finance-tjenester

Carnegie/ABG-dommens betydning

Stig Rune Nylænde Framnes

Veileder: Kjetil Neset

Eksamenskode og navn:

GRA 19204 – Masteroppgave i regnskap og revisjon

Innleveringsfrist:

3. september 2012 kl. 12.00

Stuedsted:

BI Oslo

Masteroppgaven representerer siste del av masterstudiet i regnskap og revisjon ved Handelshøyskolen BI. Skolen er ikke ansvarlig for de benyttede metoder, resultater og konklusjoner.

FORORD

Masteroppgaven representerer siste del av masterstudiet i regnskap og revisjon ved Handelshøyskolen BI, kull 2010-12. Temaet for oppgaven er hentet fra forelesning om unntak fra merverdiavgift på finansielle tjenester i faget "GRA 6253 - Emner i selskapsskatt og omorganiseringer, internasjonal skatterett og avgiftsrett, skatteforvaltning".

Temaet er ikke av de mest tradisjonelle for masteroppgaver i dette studiet, men nevnte forelesning vakte stor interesse og bidro til mitt ønske om faglig fordypning og refleksjon på området.

Jeg ønsker å rette en stor takk til min veileder, Kjetil Neset (Skatteetaten), for mange nyttige og konstruktive innspill under oppgaveprosessen. Dette har ledet til interessante samtaler der mine innfallsvinkler og etatssynet har blitt utfordret.

Oppgavens vurderinger, bemerkninger og konklusjoner står helt og holdent for min egen regning.

Stig Rune Nylænde Framnes

Reinli i Valdres

August 2012

SAMMENDRAG

Oppgavens metodedel gir et kortfattet bilde av rettskildetilstanden som grunnlag for problemstillingens sentrale rettsregler og utviklingen av disse. Oppgavens hoveddel går innledningsvis gjennom ulike former for tjenester, særlig finansielle tjenester, herunder corporate finance-tjenester. Merverdiavgiftsreformen 2001 om en generell merverdiavgift på omsetning av tjenester er sentral for tematikken og følger deretter. Det foretas derfor en kort og overordnet gjennomgang av nevnte reform i lys av oppgavens problemstilling, herunder utviklingen av merverdiavgiftssystemet i Norge og behovet for endringer som lå til grunn for reformen. Særlig settes fokus på unntak og fritak fra merverdiavgift. Finansielle tjenester, herunder corporate finance-tjenester, danner rammen for nærmere eksemplifisering der også verdipapirhandelens sentrale definisjoner kommenteres.

Merverdiavgiftssystemets hensyn til nøytralitet, konkurransevridning og internasjonal tilpasning står sentralt, samt også hensyn til forenklinger i systemet. Det fokuseres mindre på hensynet til statens proveny.

Oppgaven går deretter gjennom merverdiavgiftsloven § 3-6 som omhandler unntak fra merverdiavgift ved omsetning og formidling av finansielle tjenester. Formidling av slike tjenester danner utgangspunktet for meglerrollen og tilhørende meglingstjenester. Utvikling av internasjonal rett står sentralt i sammenligning med, og utvikling av, norsk rettspraksis på området. Oppgaven konkretiserer også begrepet corporate finance-tjenester, særlig i tilknytning til utenlandsk rettspraksis. Konkretisering av norsk rettspraksis følger i stor grad fra sakskomplekset rundt Carnegie/ABG-saken, der nevnte tjenester ved fusjon til slutt ble ansett avgiftspliktige, mens tjenester ved salg av selskaper ble vurdert unntatt fra merverdiavgift.

Problemstillinger rundt forståelse og praktisering av unntak for finansielle tjenester har vært til dels sammensatte og komplekse. Rettstilstanden før Carnegie/ABG-dommen i Høyesterett var usikker og rettskildebruken til dels meget fragmentert. Dette ble godt belyst gjennom saksgangen til nevnte dom

som i alle instanser hadde varierende rettsanvendelse og bevisvurdering. Det brukes således mye plass i oppgaven til denne gjennomgang. Dommen som prejudikat antas å ha en klargjørende effekt på rettsforståelsen.

Etter mitt syn vil Carnegie/ABG-dommen og dens premisser kunne stabilisere rettstilstanden på området, noe som dog gjenstår å se da dommen er relativt fersk i rettskildesammenheng (rettskraftig 22. desember 2009). Det vil være av stor interesse å se hvordan dommen som prejudikat vil bli benyttet som rettskildefaktor ved tolkning av relevante rettsregler – av så vel avgiftsforvaltning og domstoler som de næringsdrivende selv. Definerings av megleroppdrag og bruk av den ulovfestede hovedytelseslæren vil etter mitt syn stå sentralt – særlig i tilknytning til prosesser som omhandler avgiftsrettslige spørsmål ved transaksjoner med verdipapirer og andre tilgrensende problemstillinger.

Oppgavens avslutningsdel vier oppmerksomhet til dommens anvendelse og tilgrensende konsekvenser etter dens rettskraft. Særlig legges det vekt på bruk av dommen i avgiftsforvaltningen. Det foretas også avslutningsvis en kort sammenligning med svensk avgiftspraksis fra sentrale problemstillinger.

Jeg ønsker å presentere Carnegie/ABG-saken detaljert fra de ulike instanser. I tillegg avsettes spalteplass til merverdiavgiftssystemet på området. Dette er bevisste valg som medfører noe repetisjon og øker oppgavens omfang.

INNHALDSFORTEGNELSE

FORORD.....	1
SAMMENDRAG	2
INNHALDSFORTEGNELSE	4
<hr/>	
DEL A – METODE	6
1.1. JURIDISK METODE OG PROBLEMSTILLING	6
1.1.1. UTGANGSPUNKT	6
1.1.2. LOVTEKSTEN	6
1.1.3. MERVERDIAVGIFTSLOVEN - SENTRALE FORARBEIDER	7
1.1.4. CARNEGIE/ABG-DOMMEN (RT. 2009 s. 1632)	7
1.1.5. FORVALTNINGENS PRAKSIS	7
1.1.6. UTENLANDSK RETT	8
<hr/>	
DEL B – HOVEDDEL	9
2.1. BAKGRUNN FOR OPPGAVEN	9
2.1.1. KORT OM ULIKE TJENESTETYPEN - TJENESTEBEGREPET	9
2.1.2. HVA ER FINANSIELLE TJENESTER?	10
2.1.3. HVA ER CORPORATE FINANCE-TJENESTER?	11
2.2. UTVIKLING AV MERVERDIAVGIFTSSYSTEMET I NORGE.....	12
2.2.1. MERVERDIAVGIFTSSYSTEMET I DAG.....	12
2.2.2. UTVIKLING MOT EN GENERELL AVGIFTSPLIKT – ET HISTORISK TILBAKEBLIKK OG BEHOV FOR ENDRING ..	14
2.2.2.1. NOU 1990: 11. Generell merverdiavgift på omsetning av tjenester.....	14
2.2.2.2. Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). Merverdiavgiftsreformen 2001	15
2.2.3. ENDRET RETTSTILSTAND VED MERVERDIAVGIFTSREFORMEN 2001	16
2.2.3.1. Varebegrepet.....	16
2.2.3.2. Fra enkelte tjenester til en generell avgiftsplikt	16
2.2.4. UNNTAK OG FRITAK FRA MERVERDIAVGIFT.....	17
2.2.4.1. Nærmere om unntak	18
2.2.4.2. Nærmere om fritak.....	18
2.2.5. UNNTAK FOR FINANSIELLE TJENESTER – SENTRALE UTVIKLINGSTREKK	19
2.2.5.1. Innenlands omsetning	19
2.2.5.2. Fjernleverbare tjenester	20
2.2.5.3. Avgrensning av unntaket for finansielle tjenester.....	21
2.2.5.4. Verdipapirhandelloven	24
2.2.5.4.1. Mer om investeringstjenester og verdipapirhandelloven	24
2.2.5.4.2. Mer om tilknyttede tjenester og verdipapirhandelloven	26
3.1. INNHOLDET I MERVERDIAVGIFTSLOVEN § 3-6	27
3.1.1. MER OM FINANSIELLE TJENESTER.....	27
3.1.1.1. Innledende vurderinger	27
3.1.1.2. Omsetning av finansielle tjenester	28
3.1.1.3. Formidling av finansielle tjenester	32
3.1.1.4. Tilknyttede tjenester.....	36
3.1.1.5. Underleveranser	39
3.1.2. AVGRENSNING TIL CORPORATE FINANCE-TJENESTER	41
3.1.2.1. Egenkapitaltransaksjoner (emisjon, fusjon, fisjon, likvidasjon mv.).....	41
3.1.2.2. Fremmedkapital (lån mv.)	45
3.1.2.3. Salg/kjøp av egenkapitalinstrumenter (aksjer, selskapsandeler mv.).....	47

4.1.	"CARNEGIE/ABG-DOMMEN" (RT. 2009 S. 1632)	49
4.1.1.	FAKTUM, BAKGRUNN OG VURDERINGER.....	49
4.1.1.1.	<i>Problemstilling</i>	49
4.1.1.2.	<i>KMVA-2006-5476</i>	49
4.1.1.3.	<i>KMVA-2006-5545</i>	52
4.1.2.	TINGRETTE.....	58
4.1.2.1.	<i>Oslo tingrett - Utv. 2008 s. 148</i>	58
4.1.2.2.	<i>Oslo tingrett - Utv. 2008 s. 1076</i>	60
4.1.3.	LAGMANNRETTE.....	63
4.1.3.1.	<i>Borgarting lagmannsrett – Utv. 2009 s. 201</i>	63
4.1.3.2.	<i>Borgarting lagmannsrett – Utv. 2009 s. 780</i>	64
4.1.4.	HØYESTERETT (RT. 2009 S. 1632).....	73
4.1.4.1.	<i>Ankende parts anførsler – bevisvurdering og rettsanvendelse</i>	73
4.1.4.2.	<i>Ankemotparts anførsler – bevisvurdering og rettsanvendelse</i>	74
4.1.4.3.	<i>Førstvoterende dommer Endresen – bevisvurdering og rettsanvendelse</i>	76
4.1.4.4.	<i>Dissenterende dommere Sverdrup/Skoghøy – bevisvurdering og rettsanv.</i>	84
<hr/>		
DEL C – KONSEKVENSER OG PREJUDIKATSVIRKNINGER		89
5.1.	PREJUDIKATSVIRKNINGER – PRAKTISKE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER	89
5.1.1.	CORPORATE FINANCE-TJENESTER.....	89
5.1.2.	AKSJESALG OG AKSJEKJØP.....	91
5.1.3.	FUSJONER.....	94
5.1.4.	FISJONER.....	96
5.1.5.	FRADRAGSVURDERINGER.....	98
6.1.	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	99
6.1.1.	DOMMER DER "CARNEGIE/ABG-DOMMEN" HAR BLITT ANVENDT SOM RETTSKILDE.....	99
6.1.2.	ER ENDRINGENE FULGT OPP AV AVGIFTSFORVALTNINGEN (MVA-HÅNDBOKEN)?.....	101
6.1.2.1.	<i>Kort sammenligning med svensk avgiftsforvaltning</i>	106
6.1.2.2.	<i>Klagenemda for merverdiavgift</i>	112
6.1.2.2.1.	<i>KMVA-2010-6196A – 16. april 2010</i>	112
6.1.2.2.2.	<i>KMVA-2010-6777 – 18. oktober 2010</i>	113
6.1.2.2.3.	<i>KMVA-2010-6848 – 13. desember 2010</i>	113
6.1.2.2.4.	<i>KMVA-2011-6238A – 11. april 2011</i>	114
6.1.2.2.5.	<i>KMVA-2011-7106 – 28. august 2011</i>	115
6.1.2.3.	<i>Noen utvalgte refleksjoner</i>	117
<hr/>		
LITTERATURENHVISNINGER		119

DEL A – METODE

1.1. Juridisk metode og problemstilling

1.1.1. Utgangspunkt

Juridiske problemstillinger bygger på juridisk metode. Rettsregler dannes fra flere rettskildedefaktorer. De ulike rettskildedefaktorer tolkes og veies frem mot aktuelle rettsregler i rettskildelæren. Lovtekst og tilhørende forarbeider er det sentrale utgangspunkt. Men rettsregler er mer enn lovregler. *"I juridisk forstand er all lov rett, men ikke all rett er lov"*¹. Rettspraksis er rettsfastsettende gjennom ulovfestede regler, særlig etter prejudikater fra dommer i Høyesterett.

Carnegie/ABG-dommens (Rt. 2009 s. 1632) metodiske betydning er således av interesse hva angår unntak for merverdiavgift på finansielle tjenester med særlig vekt på corporate finance-tjenester. I lys av denne problemstilling står også utenlandsk rett sentralt, særlig EU-retten. Forvaltningens praksis, herunder oppfølging og tolkning av prejudikater, er også momenter som må vurderes.

1.1.2. Lovteksten

Etter den tekniske revisjon av merverdiavgiftsloven² med ikrafttredelse 1. januar 2010, jf. Ot.prp.nr. 76 (2008-2009), er § 3-6 med hovedvekt på bokstav e den sentrale for oppgaven. Nevnte paragraf inneholder ingen materielle endringer fra tidligere merverdiavgiftslov³ § 5b første ledd nr. 4, jf. Ot.prp.nr. 2 (2000-2001) - Merverdiavgiftsreformen 2001 - med ikrafttredelse 1. juli 2001.

Hovedspørsmålet i Carnegie/ABG-dommen gjelder forståelsen av unntaket i daværende mval. § 5b første ledd nr. 4 bokstav e som gjelder *"... omsetning av ... finansielle instrumenter og lignende og meglingstjenester ved slik omsetning ..."*

Merverdiavgiftsloven (2009) § 3-6 om finansielle tjenester lyder som følger:

"Omsetning og formidling av finansielle tjenester er unntatt fra loven, herunder:

- a) omsetning av forsikringstjenester*
- b) omsetning av finansieringstjenester, likevel ikke finansiell leasing*
- c) utføring av betalingsoppdrag*
- d) omsetning av gyldige betalingsmidler*
- e) omsetning av finansielle instrumenter og lignende*
- f) forvaltning av verdipapirfond*
- g) forvaltning av investeringsselskap"*

¹ Erik Boe. 2010. *Grunnleggende juridisk metode*. 2. utg. s. 37.

² Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven).

³ Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) – opphevet.

1.1.3. Merverdiavgiftsloven - sentrale forarbeider

De mest sentrale forarbeider for problemstillingen vil være lovens tekniske revisjon gjennom Ot.prp. nr. 76 (2008-2009) og Innst. O. nr. 120 (2008-2009), samt Merverdiavgiftsreformen 2001 om generell merverdiavgift på omsetning av tjenester gjennom Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) og Innst. O. nr. 24 (2000-2001) med NOU 1990: 11 (Storvikutvalgets innstilling).

1.1.4. Carnegie/ABG-dommen (Rt. 2009 s. 1632)

Saken gjelder verdipapirforetakene Carnegie ASA og ABG Sundal Collier Holding ASA for vederlag mottatt for corporate finance-tjenester i forbindelse med fusjonen mellom DnB Holding ASA (tjenesteyter Carnegie) og Gjensidige NOR ASA (tjenesteyter ABG). Vederlag for bistand vedrørende tilsvarende tjenester ved salg av to heleide datterselskaper tilhørende Posten Norge AS (salg av Ergo Bluegarden AS) og Norsk Hydro ASA (salg av Carmeda AB) ble ytet fra Carnegie ASA. Både Carnegie ASA og ABG Sundal Collier Holding ASA vant frem i tingretten, men tapte i lagmannsretten. I Høyesterett ble selskapenes anker i fusjonsspørsmålet forkastet da tjenestene ikke ble ansett å være et megleroppdrag, men Carnegie ASA vant frem med sin anke i spørsmålet om bistand vedrørende salget av de to nevnte datterselskaper. Dommen vil ha konkretiserende betydning for tolkningen av tjenestetyper som megling, rådgivning og andre oppdrag utført av verdipapirforetak, eller for så vidt andre med tilsvarende tjenesteproduksjon. Kaskadeeffekter og incentiver til egenproduksjon av tjenester kan komme i kjølvannet av dette og påvirke merverdiavgiftssystemets hensyn til nøytralitet.

1.1.5. Forvaltningens praksis

Forvaltningens praksis konkretiseres gjennom Merverdiavgiftshåndboken 2011, 7. utgave. Der konkretiseres forvaltningens syn på *omsetning* av finansielle instrumenter og *formidling* av slik omsetning. Ved omsetning og formidling av slike tjenester, herunder corporate finance-tjenester, vil grensedragningen mellom unntatte meglingstjenester og avgiftspliktig rådgivning stå sentralt. Forvaltningens vurdering og praktisering både før, under og etter Carnegie/ABG-saken vil være av interesse. Det vises i denne sammenheng særlig til gjennomgangen av sakskomplekset i pkt. 4.1, samt pkt. 6.1.2 nedenfor.

1.1.6. Utenlandsk rett

Utenlandsk rett som rettskildefaktor er tillagt betydelig vekt ved unntaket for finansielle tjenester. Ved tolkingen av unntaket anser Finansdepartementet (heretter FIN eller departementet) på denne bakgrunn at det skal ses hen til EUs rådsdirektiv 2006/112/EF av 28. november 2006, et felles merverdiavgiftssystem og praktiseringen av dette i EU, med særlig vekt på Sverige og Danmark. Dette erstattet for øvrig det tidligere 6. avgiftsdirektiv av 17. mai 1977, Rdir. 77/388/EF.

Spesielt er følgende fire avgjørelser fra EF-domstolen viktig:

- SDC-saken, EF-domstolens avgjørelse av 5.6.1997 i sak C-2/95
- CPP-saken, EF-domstolens avgjørelse av 25.2.1999 i sak nr. C-349/96
- CSC-saken, EF-domstolens avgjørelse av 13.12.2001 i sak nr. C-235/00
- Volker Ludwig-saken, EF-domstolens avgjørelse av 21.6.2007 i sak C-453/05

Lagmannsrettens avgjørelse i så vel sakene mot Redcats AS og Grieg Investor AS, som Høyesteretts avgjørelse i Carnegie/ABG-dommen, er tatt med bakgrunn i de utviklede norske rettsregler på området. Disse er utformet i lys av internasjonal tilpasning med påvirkning fra de nevnte utenlandske rettskilder.

Således er min påstand at de utenlandske rettskilder ikke *direkte* har vært avgjørende i løsningen av eksempelvis Carnegie/ABG-saken, men har hatt en indirekte påvirkning. Slik har Carnegie/ABG-dommen som prejudikat vært *konkretiserende* for rettstilstanden, men ikke formelt endret denne. Dommen har fungert som en *kontroll* mot at norske rettsregler er i tråd med intensjonen om internasjonal tilpasning og sier ikke noe om hvor tungt internasjonal rett veier i tilfelle disharmoni med norsk rett.

DEL B – HOVEDDEL

2.1. Bakgrunn for oppgaven

2.1.1. Kort om ulike tjenestetyper - tjenestebegrepet

Etter mval. § 3-1 første ledd skal merverdiavgift beregnes ved *omsetning av varer og tjenester*. Med "omsetning" menes levering av varer og tjenester mot vederlag, jf. § 1-3 første ledd bokstav a. Med "varer" menes fysiske gjenstander, herunder fast eiendom og elektrisk kraft, vann fra vannverk, gass, varme og kulde, jf. § 1-3 første ledd bokstav b. Med "tjenester" menes det som kan omsettes og som ikke er varer, herunder begrensede rettigheter til varer, og utnyttelse av immaterielle verdier, jf. § 1-3 første ledd bokstav c.

Gjennom Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) etter Storvikutvalgets innstilling (NOU 1990: 11) foreslo departementet å snu hjemmel for avgiftsplikt ved omsetning av tjenester. Slik gjøres avgiftsplikten generell og ikke avhengig av en positiv beskrivelse av de avgiftspliktige tjenesteområdene⁴. Avgiftsplikten ble mer samkjørt med regelen for varer. Slik ble *alle* tjenester i utgangspunktet avgiftspliktige. Dog unntas en rekke tjenester fra loven med virkning for så vel inngående som utgående merverdiavgift. Fritak for beregning av utgående merverdiavgift ble foreslått videreført med enkelte modifikasjoner og krav om særskilte begrunnelser (jf. mval. kap. 6). Også unntak fra loven krever særskilte begrunnelser. Mer om dette i pkt. 2.2.4.

Det system som Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) la opp til vanskeliggjorde uttømmende beskrivelser av merverdiavgiftspliktige tjenester. Departementet valgte således å begrense seg til en fremstilling av sentrale tjenesteområder som ved forslaget ble merverdiavgiftspliktige⁵. Av disse kan nevnes ulike former for konsulent- og formidlingstjenester. Enkelte formidlingstjenester ble dog likevel holdt utenfor avgiftsplikten etter særskilte begrunnelser, herunder megling innen finans⁶. Tjenesteområder som allerede etter dagjeldende rett var avgiftspliktige opprettholdt sin status i lovforslaget og ble i liten grad drøftet i proposisjonen⁷.

⁴ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 14.

⁵ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) avsnitt 6.2.

⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 90-91.

⁷ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 14.

Som en del av forslaget om å endre merverdiavgiftslovens hjemmel for avgiftsplikt på omsetning av tjenester foreslo Regjeringen innføring av lavere sats på enkelte tjenesteområder (eksempelvis persontransport og romutleie i hotellvirksomhet mv.) av hensyn til konkurransevidning, distriktspolitikk, internasjonal tilpasning mv. Det skulle også gis kompensasjon til visse sektorer. I tillegg ble det lagt opp til kompensasjon for offentlig forvaltning som følge av økte kostnader fra merverdiavgiftsreformen⁸. Det faller utenfor denne oppgave å gå nærmere inn på dette.

Nærmere om tjenestebegrepet⁹ i mval. § 1-3 første ledd bokstav c:

"Definisjonen av tjenestebegrepet kom inn i loven ved momsreformen i 2001. Den negative avgrensning mot varebegrepet i første ledd innebærer at tjenestebegrepet er svært vidt. Gebyrer og avgifter til det offentlige og kontingent til foreninger vil således kunne anses som vederlag for tjeneste. Produkter som omsettes digitalt, f.eks. omsetning av programmer over Internett, anses som omsetning av tjeneste. Tjenester kan også leveres på et fysisk medium, som arkitekttegninger, CD mv. Også nyanseringen mellom standardprogrammer og tilpassede programmer levert på et fysisk medium er fremdeles av betydning ved innførsel. Presiseringen om begrensede rettigheter til fysiske gjenstander og fast eiendom ble tatt inn siden det ikke følger av alminnelig språkforståelse. Se Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) kap. 15 s. 189."

2.1.2. Hva er finansielle tjenester?

Finansielle tjenester er et vidt og noe diffust begrep, men etter vanlig språklig forståelse knyttes tjenester innen bank, finans og forsikring tett inn til begrepet. Ordinær kredittvirksomhet, finansiell leasing, betalingsformidling og factoring omfattes. Videre omfattes omsetning av valuta og finansielle instrumenter (verdipapirer), samt ulike former for investeringstjenester og valutamegling. Investeringstjenester omfatter blant annet formidling av finansielle instrumenter som aksjer og opsjoner (aksjemegling), samt annen aktiv forvaltning og forvaltning av verdipapirfond. Verdipapirforetak som yter forretningsmessige tjenester til tredjeperson i forbindelse med egen omsetning av finansielle instrumenter omfattes også. Ved megling i forbindelse med omsetning av selskapsandeler ytes også finansielle tjenester i form av "prosjektmegling". Forsikringstjenester, herunder livs-, skade- og kredittforsikring sorterer under begrepet finansielle tjenester. Oppregningen her bygger i all hovedsak på de definisjoner som gjengis i Ot.prp. nr. 2 (2000-2001)¹⁰.

⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 15-16.

⁹ Gyldendal Rettsdata, mval § 1-3, note 7 (Tor S. Kildal).

¹⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 119.

Lov 29. juni 2007 nr. 75 (verdipapirhandelloven) § 2-2 definerer nærmere hva som menes med finansielle instrumenter. Vphl. § 2-2 første ledd definerer omsettelige verdipapirer, verdipapirfondsandeler, pengemarkedsinstrumenter og derivater som finansielle instrumenter. Vphl. § 2-1 første ledd definerer nærmere begrepet investeringstjenester. Forholdet mellom investeringstjenester og tilknyttede tjenester (vphl. § 2-1 andre ledd) drøftes i pkt. 2.2.5.4 nedenfor.

2.1.3. Hva er corporate finance-tjenester?

Corporate finance-tjenester (heretter ofte forkortet CFT) refererer seg til tjenester som kan sies å knytte seg til en virksomhets finansiering. Det finnes ingen konkret definisjon av begrepet og det foreligger ikke noe generelt unntak fra avgift på slike tjenester. De anses i utgangspunktet avgiftspliktige, men må vurderes i den konkrete sak for eventuelt unntak. Vurderinger rundt hva som er et unntatt megleroppdrag, samt den såkalte hovedytelseslæren (hva som er det *dominerende element* i den totale ytelse) vil stå sentralt.

Et corporate-oppdrag kan inneholde både avgiftspliktige og unntatte tjenester. Inn under begrepet finansielle tjenester hører CFT ("finansiell rådgivning") som et samlebegrep på et vidt spekter av ulike tjenester som tilbys av finansielle rådgivningsselskaper. Slike tjenester kan dreie seg om de positivt unntatte "kjernetjenester" som direkte følger av mval. § 3-6, samt også ulike former for tilleggstjenester¹¹. Tjenestene anses avgiftspliktige eller unntatte etter en nærmere vurdering. Knytningen til de unntatte tjenestene vil være avgjørende når den avgiftsmessige status skal fastslås. Tilleggstjenester kan typisk være verdivurderinger, analyser, tilretteleggingsarbeid, "due diligence" mv. Der den avgiftspliktige finansielle rådgivning er omfattende og betydelig kan de unntatte meglingstjenestene som en mellommann utfører falle utenfor avgiftsunntaket dersom disse tjenestene er underordnet en ellers avgiftspliktig hovedtjeneste.

CFT ytes typisk av finansforetak ved børsnotering, nyemisjoner og andre finansielle transaksjoner. Til eksempel kan rådgivning og markedsføring ytes i tillegg til selve emisjonen¹², der sistnevnte tjeneste er en typisk unntatt tjeneste.

¹¹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 125.

¹² Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren.* 4. utg. s. 174.

En helhetsvurdering av totaltjenestens *dominerende element* med hensyn til avgiftsplikt eller unntak må foretas når tjenestene ikke fremstår som selvstendige tjenester der de kan vurderes hver for seg. Dette krever god innsikt i så vel oppdragsgivers situasjon som tjenestenes art som sådan. Dette er sentrale elementer i Carnegie/ABG-dommen.

Et corporate-opppdrag kan således omfatte både unntatte meglingstjenester og andre avgiftspliktige rådgivningstjenester. Sistnevnte kan være "due diligence" (selskapsgjennomgang), finansiell analyse, verdivurdering, strategiske vurderinger, beregning og analyse av økonomiske bytteforhold, rådgivning til ansatte og ledelse, utarbeidelse av underliggende dokumentasjon mv. "Due diligence" kan være av både teknisk, økonomisk, juridisk, markedsmessig, organisatorisk og strategisk art. Begrepet kan betraktes som en prosess med "fornuftig forsiktighet" som hovedsiktemål, gjennom analyser til fusjoner, salg, oppkjøp, omorganiseringer mv.

Generell transaksjonsrådgivning, bistand ved forhandlinger, aktiviteter med koordinering og evaluering, utarbeidelse av dokumenter/erklæringer og avtaler er andre eksempler på tjenester som kan inngå i et corporate-opppdrag (ikke uttømmende). Se også pkt. 5.1.1 nedenfor.

2.2. Utvikling av merverdiavgiftssystemet i Norge

2.2.1. Merverdiavgiftssystemet i dag

Merverdiavgiften utgjør et betydelig beløp i statens proveny til finansiering av offentlige utgifter. Fra statsbudsjettet 2011 beregnes statens samlede inntekter til NOK 1.113 milliarder kroner hvorav NOK 207 milliarder utgjør merverdiavgift (18,6 %). Fra statsbudsjettet 2012 beregnes statens samlede inntekter til NOK 1.238 milliarder hvorav NOK 222 milliarder utgjør merverdiavgift (17,9 %)¹³.

Merverdiavgiften er en generell omsetningsavgift (transaksjonsskatt) som skal skattlegge endelig innenlands forbruk av varer og tjenester (kun visse tjenester etter tidligere lov) og ble innført fra 1. januar 1970 ved lov 19. juni 1969 nr. 66¹⁴. Avgiften hjemles i gjeldende merverdiavgiftslov med forskrift og Stortingets

¹³ Prop. 1 S (2011-2012) tabell 1.1 og 1.3.

¹⁴ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 21-22.

årlige avgiftsvedtak der de til en hver tid gjeldende satser fastsettes. Det opereres med en differensiert satsstruktur der 25 % er den alminnelige (og høyeste) sats pt.

Merverdiavgiftsplikten innebærer beregning og betaling av utgående merverdiavgift som selger belaster ved omsetning, men også korresponderende fradragsrett for inngående merverdiavgift ved kjøpers anskaffelser til bruk i den avgiftspliktige virksomhet, jf. mval. § 8-1. Gjennom fradragsretten utledes resiprositetsprinsippet (en sammenheng mellom det man gir og får). Prinsippet utleder videre en legitimasjons-, dokumentasjons-, og bilagsplikt, samt også et aktsomhetskrav¹⁵. Avgiften belastes ikke de avgiftspliktige virksomheter i omsetningskjeden, men blir endelig innbetalt til staten når ytelsen skjer til et ledd hvor mottaker ikke har fradragsrett. Dette gjelder sluttforbrukere og næringsvirksomhet som ikke omfattes av merverdiavgiftssystemet, til eksempel banker og forsikringsvirksomhet¹⁶. En slik generell flerleddet transaksjonsskatt ble ansett mer hensiktsmessig da den i større grad forhindret skjulte avgiftsbelastninger i forhold til den tidligere sisteleddsavgift (før 1970). Et slikt system ble også vurdert som mer nøytralt med mindre vridningseffekter i etterspørsel og næringsstruktur og bedre tilpasset utviklingen i flere andre europeiske land¹⁷. Ved utformingen av merverdiavgiftssystemet ble det også lagt vekt på stabilitet i statens proveny, begrensnig av de administrative kostnader og reduserte muligheter for avgiftsunndragelse. Ved Merverdiavgiftsreformen 2001 ble systemet utvidet med tjenestebegrepet etter Storvikutvalgets innstilling (NOU 1990: 11). Se også pkt. 2.1.1 ovenfor og 2.2.2 nedenfor.

Merverdiavgift som betales inn kan deles inn i følgende undergrupper¹⁸:

- Salgs-/omsetningsmerverdiavgift
- Innførselsmerverdiavgift
- Ervervsmerverdiavgift – omvendt avgiftsplikt (snudd avregning)
- Uttaksmerverdiavgift

¹⁵ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 36.

¹⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 14.

¹⁷ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 21.

¹⁸ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 26.

Merverdiavgift beregnes av vederlaget for den avgiftspliktige omsetning, jf. mval. § 4-1 første ledd, der avgift legges på hvert ledd i omsetningskjeden og disse opptrer som egne avgiftssubjekt i forhold til det offentlige. Dette underbygger et selvstendighetsprinsipp¹⁹. Merverdiavgift fra innenlands salg eller omsetning av varer og tjenester fra registreringspliktig næringsdrivende iht. mval. § 2-1 er den vanligste form, jf. mval. § 3-1 første ledd. Sistnevnte bestemmelse er den generelle hovedregel for all omsetning i et merverdiavgiftssystem med generell avgiftsplikt på både omsetning, uttak og innførsel av varer og tjenester²⁰.

Uttaksmerverdiavgift, jf. mval. §§ 3-21 og 3-22, skal styrke nøytraliteten mellom forbrukere og registreringspliktige næringsdrivende når sistnevnte tar ut varer og tjenester til bruk privat eller utenfor loven. For avgiftsplikt ved uttak av tjenester kreves en viss tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten²¹.

Ved innførsel (import) av varer ilegges merverdiavgift iht. mval. § 3-29. Ved innførsel av fjernleverbare tjenester gjennom snudd avregning (erervsmerverdiavgift) iht. mval. § 3-30 beregnes og betales avgiften av tjenestemottaker. Avgiftsregistrert kjøper kan kreve dette til fradrag som inngående merverdiavgift. Avgiftsplikt ved innførsel av varer og tjenester har sin parallell ved utførsel (eksport) i form av fritak (nullsats) ved omsetning til utlandet, jf. mval. §§ 6-21 og 6-22. Et slikt system har som målsetning å være nøytralitetsskapende.

2.2.2. *Utvikling mot en generell avgiftsplikt – et historisk tilbakeblikk og behov for endring*

2.2.2.1. *NOU 1990: 11. Generell merverdiavgift på omsetning av tjenester*

Ved kongelig resolusjon av 6. desember 1985 ble det oppnevnt et utvalg ledet av daværende visesentralbanksjef Kjell Storvik. Utvalget fikk som mandat å vurdere rettssikkerhet, konkurransevridning, forenklinger mv. i merverdiavgiftssystemet, samt å vurdere utformingen i forhold til nye varer og tjenester. I FINs brev av 25. november 1987 ble mandatet utvidet til også å utrede en generell merverdiavgift på tjenesteområdet. Dette skulle prioriteres og derav ble delutredningen NOU

¹⁹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 37.

²⁰ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011.* 7. utg. s. 108.

²¹ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 23.

1990: 11 om generell merverdiavgift på tjenester avgitt, Storvikutvalgets innstilling. Utvalget vurderte de prinsipielle og systematiske avgiftsrettslige hensyn. Politiske temaer som fordeling, miljø, distriktpolitikk mv. ble utelatt²². Innstillingen dannet grunnlag for Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) fra departementet, jf. pkt. 2.2.2.2 nedenfor.

Modellmessig gikk utvalget inn for en definisjon av avgiftsplikt på tjenester tilsvarende som for varer, følgelig en negativ avgrensing i stedet for utvidet positiv oppregning av avgiftspliktige tjenester. Alt som *ikke* anses som varer ble vurdert til avgiftspliktige tjenester, med positiv oppregning av unntak og fritak. Færre unntak reduserer uønsket avgiftskumulasjon. Utvalget hadde et prinsipielt fokus på merverdiavgiften som en bredest mulig *forbruksavgift*. Utvalget la også betydelig vekt på et praktiserbart regelverk. Nøytraliteten i systemet var av de bærende prinsipper og skulle hindre konkurransevridning, avgiftstilpasning og unndragelser, samt underbygge et likhetsprinsipp. Se for øvrig også pkt. 2.1.1 ovenfor og 2.2.5 nedenfor.

Harmonisering i forhold til andre land var også et tungtveiende argument for den generelle avgiftsplikt på tjenester. Mangel på internasjonal tilpasning ble vurdert som uheldig i forhold til etablerte virksomheter i Norge. Særlig gjaldt dette de som opererte i globale markeder med omsetning av tjenester som enkelt kunne leveres fra utlandet. Her ble finansielle tjenester, forsikring, meglertjenester mv. trukket frem som eksempler. Herunder bemerket utvalget at slike tjenester burde unntas avgiftsplikt dersom dette også var gjeldende rett i andre land²³.

2.2.2.2. Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). Merverdiavgiftsreformen 2001
Departementet fremmet forslag om endringer i lov 19. juni 1969 om merverdiavgift gjennom Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) datert 29. september 2000 med ikrafttredelse 1. juli 2001. Forslaget var i stor grad samsvarende med begrunnelser i Storvikutvalgets innstilling for en generell merverdiavgift på tjenester, jf. pkt. 2.2.2.1. ovenfor. Som en følge av forslagene i innstillingen ble de provenymessige konsekvenser vurdert av Statistisk Sentralbyrå på oppdrag fra

²² Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 38.

²³ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 39-40.

utvalget. Spørsmålet om proveny på et bredere grunnlag var således av betydelig interesse for departementet slik at satser og andre skatter/avgifter kunne holdes lavere. Til eksempel falt den daværende investeringsavgift bort med virkning fra 1. oktober 2002. Merverdiavgift på flere tjenesteområder ble ansett som god fordelingspolitikk da tjenestenes andel av forbruket steg med inntekten²⁴.

2.2.3. Endret rettstilstand ved Merverdiavgiftsreformen 2001

2.2.3.1. Varebegrepet

Den tidligere og opphevede merverdiavgiftslov, lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift, opererte med et varebegrep etter § 2 som var avvikende i forhold til definisjonen i Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). Før Merverdiavgiftsreformen 2001 ekskluderte mval. § 2 fast eiendom og presiserte eksplisitt en rekke varer som ved reformen ble ansett unødvendig grunnet begrepet "fysiske gjenstander". Hensynet til inkludering av fast eiendom i varebegrepet var begrunnet i ønsket om å samle alle unntak på ett sted. Endringene ved reformen var således av lovteknisk art og fikk følgende form i mval. § 2 første ledd:

"Med vare forstås fysiske gjenstander, herunder fast eiendom. Som vare anses også elektrisk kraft, vann fra vannverk, gass, varme og kulde."

2.2.3.2. Fra enkelte tjenester til en generell avgiftsplikt

Før Merverdiavgiftsreformen 2001 var avgiftsplikt på tjenester begrenset til positivt angitte tjenester i daværende mval. § 13 annet ledd over 12 punkter med tilhørende forskrifter. I tillegg til dette kom tjenester omsatt av frivillig registrerte. Ettersom bare oppregnede tjenester ble rammet av avgiftsplikt oppstod det på alle punkter i mval. § 13 annet ledd spørsmål om konkrete tjenesteytelser ble rammet av avgiftsplikt eller ikke (Refsland 1996, 77). Dette ledet til et komplisert avgiftssystem med vanskelige grensdragninger og innebar et motsatt utgangspunkt fra varebegrepet og en betydelig forskjell i forhold til EU på tjenesteområdet. Med visse unntak hadde EU allerede på dette tidspunkt en generell avgiftsplikt på omsetning av tjenester. Et økende forbruk av unntatte tjenester i Norge ledet også til behov for en endring av tjenestebegrepet som også måtte tilpasses nye tjenester. Selve definisjonen av begrepet med enkelte presiseringer kom først inn i loven ved reformen, jf. definisjon fra mval. § 2 annet

²⁴ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 11.

ledd nedenfor. Den negative avgrensning mot varer førte til et generelt og bredt tjenestebegrep:

”Med tjeneste forstås alt som kan omsettes og som ikke er å anse som vare etter første ledd. Som tjeneste anses også begrensede rettigheter til fysiske gjenstander eller fast eiendom, samt hel eller delvis utnyttelse av immaterielle verdier.”

2.2.4. Unntak og fritak fra merverdiavgift

Ved et flerleddet avgiftssystem kan kumulering av avgift oppstå når neste ledd i omsetningskjeden gis ufullstendig fradrag i egen utgående avgift. Slike effekter kan være tilsiktede og åpne gjennom begrensninger i fradragsretten, jf. mval. § 8-3 første ledd. Unntakene i merverdiavgiftssystemet kan derimot føre til utilsiktede og skjulte effekter der merverdiavgiften ikke fremkommer som inngående avgift ved avgiftspliktig virksomhet i neste ledd. Avgiften kumuleres (avgift på avgift)²⁵ når utgående avgift legges på denne skjulte avgiftskostnad. Dette skader merverdiavgiftssystemets nøytralitet og kan være et incitament til egenproduksjon av tjenester. Unntaket for finansielle tjenester er et godt eksempel i så henseende. Inngående avgift stopper her hos finansinstitusjonens unntatte hovedaktivitet og veltes over på neste ledd gjennom fortjenesten (incidens)²⁶. Hvem som reelt sett bærer avgiften i forhold til intensjonen med merverdiavgiftssystemet blir således en aktuell problemstilling. Et nærliggende formål med Merverdiavgiftsreformen 2001 var å redusere avgiftskumulasjon (kaskadeeffekter) fra de mange og omfattende avgiftsunntak for tjenester.

All omsetning av varer og tjenester som ikke enten er særskilt unntatt fra loven eller særskilt fritatt (avgiftsplikt med nullsats) utløser plikt til å beregne merverdiavgift²⁷. Unntak innebærer at omsetningen er utenfor loven hva angår både registreringsplikt, inngående og utgående avgift. Fritak innebærer at avgiftspliktige subjekter har fradragsrett for inngående, men beregner ikke utgående avgift. Denne type omsetning befinner seg i en gunstigere stilling enn unntatt omsetning. Det kreves en særskilt begrunnelse for både unntak og fritak da dette bryter med den overordnede målsetning om et konsekvent og nøytralt avgiftssystem²⁸.

²⁵ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 29-30.

²⁶ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 31-32.

²⁷ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011.* 7. utg. s. 108.

²⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 158.

Begrepet "fritak" brukes etter min erfaring noe inkonsekvent i lovforarbeider, rettsavgjørelser og annen juridisk litteratur. Ofte nevnes fritak når det menes unntak og vice versa. Det kan være mer klargjørende å bruke begrepet "nullsats" om fritak, men etter lovens bokstav er dette mindre korrekt. Det er således min intensjon i oppgaven å bruke begrepene fritak og unntak konsekvent.

2.2.4.1. Nærmere om unntak

Unntak fra beregning av merverdiavgift ved omsetning defineres i mval. § 1-3 første ledd bokstav a og følger av mval. §§ 3-2 til 3-20 med forskrift. Et ideelt avgiftssystem er bredt og bør ikke omfatte unntak. Alle varer og tjenester bør således omfattes. Unntak krever særskilte begrunnelser. Dette ivaretar statens proveny på en god måte og leder til forenklinger og konkurransenøytralitet.

Særlige hensyn tilsier likevel at enkelte tjenesteområder holdes utenfor loven og Storvikutvalgets innstilling (NOU 1990: 11) foreslo en rekke områder hvor dette var aktuelt. Innstillingen fokuserte også på likebehandling av like tjenester, samt harmonisering i forhold til andre land og administrative hensyn. Disse prinsipper ble også vektlagt av departementet. Dette førte til at finansielle tjenester og tilknyttede meglertjenester ble foreslått unntatt. Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) presenterte også andre tjenesteområder utenfor loven²⁹ (videreført i lov om merverdiavgift av 19. juni 2009 nr. 58). Dette kommenteres ikke nærmere.

2.2.4.2. Nærmere om fritak

Kapittel 6 i merverdiavgiftsloven med forskrift angir utfyllende bestemmelser for omfanget av fritak for avgift (nullsatsfritak) ved innenlands omsetning og uttak, samt ved utførsel og omsetning med tilknytning utenfor merverdiavgiftsområdet. Fritak defineres i mval. § 1-3 første ledd bokstav h. Dette er gunstigere enn unntak der skjult avgiftsbelastning oppstår når selger ikke innrømmes fradrag for inngående avgift til sin unntatte omsetning, jf. også pkt. 2.2.4 ovenfor. Ved fritak innrømmes fradrag for inngående avgift uten at omsetningen ilegges utgående avgift. Som følge av den generelle avgiftsplikt på tjenester som Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) la opp til, ville den gunstige fritaksordningen også kreve sterke og kvalifiserte begrunnelser, og bare gis der dette følger av de prinsipper som er

²⁹ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) avsnitt 7.2.

lagt til grunn for avgiftssystemet eller i andre helt særskilte tilfeller³⁰. Det prinsipielle utgangspunkt vil således være at virksomheter med omsetning av varer og tjenester er fullt ut innenfor eller utenfor (unntak) loven. Storvikutvalget gjennomgikk fritakene i daværende merverdiavgiftslov og konkluderte med at disse i all hovedsak hadde sin særskilte begrunnelse. Som en følge av den tekniske revisjon av merverdiavgiftsloven etter forslag i Ot.prp. nr. 76 (2008-2009) ble kun mindre materielle endringer foreslått. Dette som følge av at mindre aktuelle fritak i regelverket ble fjernet av hensyn til forenkling og bedre oversikt³¹. Det faller utenfor denne oppgave å gå nærmere inn på dette.

2.2.5. Unntak for finansielle tjenester – sentrale utviklingstrekk

2.2.5.1. Innenlands omsetning

En generell avgift på innenlands omsetning (forbruk) var en ønsket endring i avgiftssystemet ved Merverdiavgiftsreformen 2001. Avgift på uttak til privat bruk eller bruk utenfor loven underbygger nøytralitetsprinsippet i systemet ytterligere. Omsetning fordrer levering av varer og tjenester mot vederlag, jf. mval. § 1-3 første ledd bokstav a. For beregning av merverdiavgift etter mval. § 3-1 første ledd må omsetningen baseres på en gjensidig bebyrdende avtale der godtgjørelsen har økonomisk verdi.

Avgiftsretten bygger på et såkalt destinasjonsprinsipp der avgift ilegges i forbrukslandet. Innenlands forbruk av varer og tjenester (kun enkelte tjenester før avgiftsreformen) blir avgiftsbelagt og utenlands forbruk omfattes ikke av systemet. For varer blir dette hensyntatt ved avgift på innførsel og fritak ved utførsel. Ved avgiftsreformen konkluderte departementet med at systemet burde moderniseres i lys av utviklingen i OECD-landene vedrørende avgiftsbehandling av internasjonale tjenester, dog uten at det ble foreslått endringer i dagjeldende regelverk som ledd i forslag til generell avgiftsplikt på omsetning av tjenester³². FIN fastsatte dog avgiftsplikt på kjøp av tjenester fra utlandet i forskrift, jf. mval. (1969) § 65 a, jf. særlig dagjeldende forskrift nr. 121 av 15. juni 2001 nr. 684, samt også forskrift nr. 24 av 23. februar 1970 nr. 1.

³⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 158.

³¹ Ot.prp. nr. 76 (2008-2009) s. 43-45.

³² Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 154-155.

Merverdiavgiftsloven har på dette området gjennomgått moderniseringer i ettertid. Dette er et arbeid som fortsatt pågår. Se også pkt. 2.2.5.2 om fjernleverbare tjenester nedenfor.

2.2.5.2. Fjernleverbare tjenester

Mval. § 3-30, jf. § 11-3, regulerer avgiftsplikt ved innførsel av tjenester. Det går utenfor denne oppgave å gå detaljert inn dette på området, men bør kort kommenteres i tilknytning til finansielle tjenester. Tjenester som *kan* fjernleveres, jf. mval. § 1-3 første ledd bokstav i, omfattes av bestemmelsen i mval. § 3-30 og gjelder ikke bare tjenester som *er* fjernlevert. Andre tjenester faller utenfor, men blir som regel avgiftspliktige etter andre regler. Vanskelige avgrensninger kan oppstå for unntatte finansielle tjenester som ofte er fjernleverbare. Disse følger avgiftsbestemmelsene i Norge og er således ikke avgiftspliktige ved innførsel.

Plikten til å beregne merverdiavgift ved innførsel av avgiftspliktige tjenester skal sikre at slike tjenester likebehandles med innenlands omsetning. Tjenestene må være til rent faktisk bruk i merverdiavgiftsområdet og avgiftsbelegges i forbrukslandet³³, jf. mval. § 3-30 tredje ledd første punktum. Dette er noe omtvistet da Skatteetaten med støtte fra Skattedirektoratet legger til grunn at kjøp foretatt av norsk subjekt er tilstrekkelig for avgift. Etter mitt syn kan det stilles spørsmål til om legalitetsprinsippet overholdes i sistnevnte tolkning.

For registrert næringsdrivende skal avgift innberettes som utgående avgift (snudd avregning) og samtidig trekkes fra som inngående avgift i omsetningsoppgave etter mval. § 8-1 dersom fradrag innrømmes. Faktisk vederlag for tjenestene bestemmer avgiftsgrunnlaget, jf. mval. § 4-12 første ledd.

Mval. § 6-22 regulerer avgiftsfritak ved utførsel av tjenester og må i stor grad sees i sammenheng med mval. § 3-30. Tjenester er ikke sporbare på samme måte som varer. For å oppnå avgiftsfritak kreves at tjenestene er *helt ut til bruk* utenfor merverdiavgiftsområdet uansett kjøpers status, jf. mval. § 6-22 første ledd. Det kan være vanskelig å definere forbruksstedet ved fjernleverbare tjenester. For å oppnå avgiftsfritak må næringsdrivende mottaker eller offentlig

³³ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 283.

virksomhet være hjemmehørende utenfor merverdiavgiftsområdet, jf. mval. § 6-22 annet ledd første punktum. For andre mottakere av fjernleverbare tjenester gjelder kravet om *helt ut til bruk* utenfor merverdiavgiftsområdet etter mval. § 6-22 første ledd, jf. mval. § 6-22 annet ledd annet punktum. Stedet for produksjonen eller utførelsen av tjenestene er således uten betydning³⁴.

Utenlandsk merverdiavgift i kjøpers hjemland kan påløpe for selger, jf. EUs avgiftsdirektiv 2006/112/EF art. 58. Næringsdrivende som leverer tjenester i utlandet der disse blir avgiftspliktige i leveringslandet henvises til andre lands refusjonsordninger etter tilsvarende mønster som mval. § 10-1 første ledd³⁵. Dette korrigerer for eventuelt manglende nøytralitet.

2.2.5.3. *Avgrensning av unntaket for finansielle tjenester*

Mval. § 5 b nr. 4 ble den sentrale bestemmelse vedrørende unntak fra avgift på finansielle tjenester etter Merverdiavgiftsreformen 2001. Etter den tekniske revisjon av merverdiavgiftsloven i Ot.prp. nr. 76 (2008-2009) er mval. § 3-6 nå utgangspunktet, jf. pkt. 1.1.2 ovenfor. De materielle vurderinger og endringer er dog gjort i Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). Dette legges til grunn nedenfor.

Som følge av betydelig verdiskapning innen omsetning av finansielle tjenester la departementet til grunn at slike tjenester burde omfattes av avgiftsplikten³⁶.

Unntak ville skape avgiftskumulasjon og svekke merverdiavgiftssystemets nøytralitet. Likevel ble et avgrenset unntak foreslått med den begrunnelse at land Norge naturlig sammenlignet seg med innen OECD hadde utformet et slikt unntak. Disse landene avgrenset unntaket mot administrative, økonomiske og juridiske tjenester mv. Unntaket ble vurdert som midlertidig da det på daværende tidspunkt for Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) pågikk arbeid innen EU og OECD rundt vurdering av uheldige virkninger og avgrensingsproblemer fra unntaket. I første rekke ble rene finansieringstjenester (eksempelvis kreditt- og innskuddstjenester) og forsikringstjenester (i hovedsak livs-, skade- og kredittforsikring) unntatt. Slike tjenester vil inneholde komponenter av både avgiftspliktig forbruk (eksempelvis administrasjonskostnader) og andre

³⁴ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 381.

³⁵ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 279.

³⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 122.

elementer som grenser til ikke-forbruk (eksempelvis risikokomponenter ved kreditt og forsikring). Unntak for den totale finansierings- og forsikringstjeneste ble derfor begrunnet med problemer i tilknytning til å finne et egnet og hensiktsmessig beregningsgrunnlag for merverdiavgift³⁷. Leasing ble dog ikke ansett som en finansiell tjeneste som berettiget unntak. Dette ble i større grad betraktet som en utleietjeneste knyttet til fysiske gjenstander. Avgiftsunntak for gebyrer ved utførelse av betalingsoppdrag mv. ble begrunnet med avgrensingsproblemer og muligheter for overveltning mellom gebyr og rente, samt til den internasjonale tilpasning. Unntak for omsetning av gyldige betalingsmidler, herunder valuta, ble foreslått videreført³⁸.

Omsetning av finansielle instrumenter og selskapsandeler ble foreslått unntatt fra merverdiavgiftsplikten³⁹. Aksjer, obligasjoner mv. anses ikke som varer (med mindre de omsettes som trykksaker) og var også før Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) unntatt avgiftsplikt. Selskapsandeler ble ikke ansett som finansielle instrumenter etter verdipapirhandelloven (vphl.), men burde likestilles i avgiftsmessig sammenheng⁴⁰. Når det gjelder meglertjenester (mellommannstjenester) ved salg av finansielle instrumenter og selskapsandeler, forsikringsmegling, låneformidling, valutamegling mv., foreslo Storvikutvalget også unntak for meglerleddet i disse hovedtytelse. Utvalget var dog splittet i synet på fondsmeglerforetakenes tjenester som mellommenn ved verdipapirhandel. Dette er tjenester som i stor grad omsettes av verdipapirforetak (fondsmeglerforetak) og defineres som investeringstjenester, jf. vphl. (1997) § 1-2 første ledd og vphl. (2007) § 2-1 første ledd i gjennomgangen nedenfor (pkt. 2.2.5.4). Utvalget foreslo med henvisning til EU og andre sentrale land at et unntak for slike tjenester burde innrømmes selv om de ikke direkte kunne sammenlignes med forsikrings, finans- og valutamegling⁴¹. Dette ble begrunnet med et ønske om å forsvare fondsmeglerforetakenes konkurransevne i forhold til utenlandske aktører, spesielt i lys av økende notering av norske verdipapirer på utenlandske børser. Departementet vurderte også likebehandling mellom

³⁷ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 122-123.

³⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 123.

³⁹ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 123.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 123.

⁴¹ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 121.

egenkapitalfinansiering (fra aksjemarkedet) og fremmedkapitalfinansiering (fra kredittmarkedet) som hensiktsmessig. Således burde også aksjemegling unntas på lik linje med unntak for kredittytelser. Avgiftsplikt på meglertjenester ved salg av finansielle instrumenter kunne også skape problemer med omgåelse og avgrensning knyttet til meglerforetakenes ulike former for egenhandel⁴², samt vedrørende egenproduksjon av tjenester til skade for nøytralitetsprinsippet i merverdiavgiftssystemet. Avgiftsplikt på meglertjenester var dog noe departementet ønsket å vurdere nærmere, men i form av andre avgifter enn merverdiavgift. Dette vurderes ikke nærmere i denne oppgave. Departementet gikk også inn for unntak ved aktiv forvaltning og forvaltning av verdipapirfond.

En viktig avgrensning av unntaket for finansielle tjenester må tas mot rene administrative, økonomiske og juridiske tjenester. Dette vil særlig kunne ramme delte virksomheter, men konkurransenøytraliteten må veie tyngst.

Avgrensningen synes å være i tråd med EUs regelverk etter daværende EFs sjette avgiftsdirektiv (nå direktiv 2006/112/EF). Rådgivning i direkte forbindelse med en kredittytelse anses således unntatt. Dersom rådgivningen ikke ytes samtidig med kredittytelsen inntreffer avgiftsplikten. Følgene vil i praksis bli at tilknyttede tjenester iht. gjeldende vphl. § 2-1 annet ledd i utgangspunktet anses avgiftspliktige, mens investeringstjenester iht. vphl. § 2-1 første ledd omfattes av unntaket. Det vises også til gjennomgangen av tilsvarende bestemmelser i verdipapirhandelloven av 1997 i pkt. 2.2.5.4 nedenfor.

Departementet presiserte at de tjenester som før Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) var avgiftspliktige ikke ville bli berørt av unntaket. Departementet presiserte også at den avgiftspliktige status i utgangspunktet vurderes for hver virksomhet isolert. Underleverandørers tjenester kan isolert sett være en unntatt finansiell tjeneste, men også slik at underleverandørers eventuelle avgiftspliktige tjenester i senere omsetningsledd kan bli en del av en (totalt sett) unntatt tjeneste. Dette kan eksempelvis få betydning hvor deler av en virksomhet outsourcers til et eget selskap⁴³. Mer om unntaket for finansielle tjenester følger i pkt. 3.1 nedenfor.

⁴² Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124.

⁴³ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 125.

2.2.5.4. Verdipapirhandelloven

Verdipapirhandelloven (vphl.) av 1997 ble lagt til grunn for Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). Loven ble trinnvis opphevet av ny verdipapirhandellov, lov 29. juni 2007 nr. 75, jf. Ot.prp. nr. 34 (2006-2007). Investerings tjenester og finansielle instrumenter ble definert i vphl. (1997) § 1-2. Samme lov § 8-1 definerte tilknyttede tjenester. I gjeldende verdipapirhandellov av 2007 defineres finansielle instrumenter som omsettelige verdipapirer, verdipapirfondsandeler, pengemarkedsinstrumenter og derivater i § 2-2. Investerings tjenester defineres i § 2-1 første ledd, mens tilknyttede tjenester defineres i § 2-1 annet ledd. Lovens kapittel 2 trådte i kraft 1. november 2007. Begrepene i de to nevnte lover er i stor grad samsvarende. I Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) er utgangspunktet at vphl. (1997) § 8-1 omfatter *avgiftspliktige* tilknyttede tjenester, mens derimot investerings tjenester i vphl. (1997) § 1-2 første ledd vurderes som *unntatte* tjenester. Forholdet til tilsvarende bestemmelser i vphl. (2007) kommenteres nedenfor. For tilknyttede tjenester i henhold til verdipapirhandelloven er utgangspunktet at tilknytningen til de finansielle tjenester er for svak i forhold til et smittende avgiftsunntak.

2.2.5.4.1. Mer om investerings tjenester og verdipapirhandelloven

Vphl. (2007) § 2-1 første ledd lyder som følger:

”Med investerings tjenester menes

1. *mottak og formidling av ordre på vegne av kunde i forbindelse med ett eller flere finansielle instrumenter som definert i § 2-2,*
2. *utførelse av ordre på vegne av kunde,*
3. *omsetning av finansielle instrumenter for egen regning,*
4. *aktiv forvaltning av investors portefølje av finansielle instrumenter på individuell basis og etter investors fullmakt,*
5. *investeringsrådgivning som definert i § 2-4 første ledd,*
6. *plassering av offentlige tilbud som nevnt i kapittel 7, plassering av emisjoner, samt garantistillelse for fulltegning av emisjoner eller tilbud om kjøp av finansielle instrumenter,*
7. *drift av multilateral handelsfasilitet som definert i § 2-3 fjerde ledd.”*

Vphl. (2007) § 2-1 første ledd⁴⁴ om investerings tjenester er mye sammenfallende med vphl. (1997) § 1-2 første ledd, men det er spesielt verdt å merke seg vphl. (2007) § 2-1 første ledd nr. 5, jf. vphl. (2007) § 2-4 første ledd. Dette omhandler investeringsrådgivning. Punktet er flyttet fra vphl. (1997) § 8-1 første ledd nr. 5 som en (avgiftspliktig) tilknyttet tjeneste til vphl. (2007) § 2-1 første ledd nr. 5

⁴⁴ Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) kapittel 33, merknader til vphl. (2007) § 2-1.

som en (unntatt) investeringstjeneste. Når investeringsrådgivning som del av investeringstjenester etter ny lov flyttes fra en (avgiftspliktig) tilknyttet tjeneste til en (unntatt) investeringstjeneste etter revisjonen av verdipapirhandelloven, endres *tilsynelatende* den avgiftsmessige status. Dette kan synes som en utilsiktet materiell avgiftsendring som følge av en teknisk begrepsflytting, noe som etter mitt syn vil være feil rettsforståelse. Den avgiftsmessige stilling bør *ikke* endres som følge av en teknisk lovendring. Verdipapirhandelloven er ikke en avgiftslov. Loven har en annen begrunnelse og tjener andre formål. Det er tjenestenes art som bør danne utgangspunktet for avgiftsvurderingen. Dette ivaretar nøytraliteten i merverdiavgiftssystemet på beste måte slik jeg ser det.

Gjennom en uttalelse i BFU 42/07 s. 18 (fra Gyldendal Rettsdata) støtter også Skattedirektoratet dette syn i en tilsvarende problemstilling:

"Verdipapirhandelloven er vedtatt endret på flere punkter som får betydning for hva som anses som konsesjonspliktige investeringstjenester. Det vil etter det vi forstår, bl.a. bli stilt krav om konsesjon for rådgivere som etter dagens regler driver konsesjonsfritt. At dette ikke får betydning for disse rådgivernes avgiftsmessig stilling er åpenbar".

I sammenheng med ovenstående sitat kan det kort nevnes at den som yter investeringstjenester og tilknyttede tjenester etter loven på forretningsmessig basis trenger konsesjon, jf. vphl. (2007) § 9-1, dog med enkelte unntak, jf. vphl. (2007) § 9-2. Det går ikke nærmere inn på dette.

Det kan også bemerkes at vphl. (1997) § 1-2 første ledd nr. 5 regnet markedsføring av finansielle instrumenter som en (unntatt) investeringstjeneste. Dette har ikke sin videreføring i vphl. (2007) § 2-1 første ledd. Dette kan vurderes som en naturlig konsekvens av den generelle avgiftsplikt på tjenester, men igjen er det da viktig å påpeke at verdipapirhandelloven ikke er en avgiftslov og at senere endringer av lovteknisk art ikke bør påvirke avgiftsvurderingen.

Andre og mer tekniske endringer av vphl. (2007) § 2-1 første ledd i forhold til vphl. (1997) § 1-2 første ledd om investeringstjenester, som at vphl. (2007) § 2-1 første ledd nr. 7 om "multilateral handelsfasilitet" er ny i forhold til vphl. (1997) § 1-2 første ledd, kommenteres ikke nærmere.

2.2.5.4.2. Mer om tilknyttede tjenester og verdipapirhandelloven

Vphl. (2007) § 2-1 annet ledd lyder som følger:

"Med tilknyttede tjenester menes

- 1. oppbevaring og forvaltning av finansielle instrumenter,*
- 2. kredittgivning,*
- 3. rådgivning med hensyn til foretaks kapitalstruktur, industrielle strategi og beslektede spørsmål, samt rådgivning og tjenester i forbindelse med fusjoner og oppkjøp av foretak,*
- 4. tjenester i tilknytning til valutavirksomhet når dette skjer i forbindelse med ytelse av investeringstjenester som definert i første ledd,*
- 5. utarbeidelse og formidling av investeringsanbefalinger, finansielle analyser og andre former for generelle anbefalinger vedrørende transaksjoner i finansielle instrumenter,*
- 6. tjenester tilknyttet fulltegningsgaranti,*
- 7. tjenester i tilknytning til underliggende til varederivater og derivater som definert i § 2-2 femte ledd nr. 5, når disse tjenestene har sammenheng med investeringstjenester eller tilknyttede tjenester som nevnt i bestemmelsen her."*

Vphl. (2007) § 2-1 annet ledd⁴⁵ om (avgiftspliktige) tilknyttede tjenester har et betydelig sammenfall med tilknyttede tjenester etter vphl. (1997) § 8-1. Den avgiftsmessige tolkning må betraktes som lik mellom de to lover.

Bestemmelsen i vphl. (2007) § 2-1 annet ledd nr. 2 om kredittgivning er ny og gjelder bare kreditt for kjøp av finansielle instrumenter som handles gjennom et verdipapirforetak, jf. vphl. (2007) § 9-6 første ledd. Kredittgivning er en unntatt finansiell tjeneste i seg selv, jf. mval. § 3-6 bokstav b⁴⁶.

Vphl. (2007) § 2-1 annet ledd nr. 5 og 7 har ingen direkte motpost i vphl. (1997) § 8-1. De tjenester som er nye i forhold til gammel lov bør avgiftsmessig behandles etter tjenestenes art. I hovedsak kan tjenestene betraktes som avgiftspliktige på samme måte som Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) fremhever avgiftsplikt for tilknyttede tjenester etter vphl. (1997) § 8-1⁴⁷. Dette betinger at tjenestene har en ikke-finansiell karakter, eksempelvis ren rådgivning, uten påfallende tilknytning til en finansiell hovedtjeneste. De bør også vurderes som vesentlige og selvstendige (ikke integrerte) i forhold til denne.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) kapittel 33, merknader til vphl. (2007) § 2-1.

⁴⁶ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 173.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124.

3.1. Innholdet i merverdiavgiftsloven § 3-6

3.1.1. Mer om finansielle tjenester

3.1.1.1. Innledende vurderinger

Sentralt i vurderingen nedenfor står uttalelser og kommentarer til så vel mval. (1969) § 5b første ledd nr. 4 som mval. (2009) § 3-6⁴⁸. Stedvis refereres kun til mval. (1969) og mval. (2009) hva angår de to bestemmelser. Som nevnt tidligere var det ingen endringer av materiell karakter fra gammel til ny ordlyd. Sentrale avgrensninger finnes også i Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester⁴⁹.

Ved Merverdiavgiftsreformen 2001 var FINs utgangspunkt at finansielle tjenester skulle anses avgiftspliktige da unntak ville lede til avgiftskumulasjon, brudd med nøytraliteten i merverdiavgiftssystemet og andre avgrensingsproblemer. FIN foreslo likevel et *avgrenset unntak* i samsvar med Storvikutvalgets innstilling⁵⁰.

Ordlyden i mval. (1969), jf. også mval. (2009), kan oppfattes med et noe annet meningsinnhold i forhold til FINs uttalte intensjon i Ot. prp. nr. 2 (2000-2001). Sammenholdt med ordlyden i mval. (1969) og mval. (2009) reflekterer ikke det avgrensede unntak som FIN foreslo i særlig grad ønsket om å begrense unntaket. Dette med henvisning til uttrykket "herunder" som oppfattes generelt og ikke uttømmende, men med en eksemplifiserende oppregning⁵¹. Noe inkonsekvent omtalte FIN på generelt grunnlag unntakene som til dels uttømmende, men presiserte likevel at unntakene skulle gi rom for nye tjenester etter en vurdering av tjenestenes art⁵². Således må det legges til grunn et generelt unntak for finansielle tjenester, men med en streng fortolkning, jf. også EU-domstolen C453/05 – Volker Ludwig 21. juni 2007. En alminnelig språklig forståelse og tjenestenes art må da legges til grunn ved vurderingen. Departementet legger til grunn at unntaket også må sees i sammenheng med annen særlovgivning, eksempelvis innen forsikring, verdipapirhandel, finansavtaler/oppdrag mv.

⁴⁸ Særlig *MVA-kommentaren* (2011), 4. utg. og *MVA-håndboken* (2011), 7 utg.

⁴⁹ Prinsipputtalelse/fortolkning hentet fra FINs nettside.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 122.

⁵¹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 169.

⁵² Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 193.

3.1.1.2. *Omsetning av finansielle tjenester*

Mval. § 3-6 skiller mellom unntak for *omsetning og formidling* av finansielle tjenester. Omsetning av finansielle tjenester omfatter (ikke uttømmende) innlånstjenester, utlånstjenester, omsetning av selskapsandeler, valutatransaksjoner, betalingsformidling, forsikringstjenester, omsetning av finansielle instrumenter (aksjer og andre verdipapirer) og tilsvarende virksomhet, samt forvaltning av verdipapirfond og investeringselskap⁵³. For tjenester som ytes fra hver virksomhet isolert sett er tjenestenes art bestemmende for unntaket, ikke de respektive virksomheters avgiftsmessige status som sådan. FIN legger betydelig vekt på praktiseringen av tilsvarende unntak i EU (rådsdirektiv 2006/112/EF av 28. november 2006 – tidligere sjette avgiftsdirektiv) i sin tolkning. FIN ser også særlig hen til praktiseringen i Sverige og Danmark⁵⁴. Dette vil innebære at virksomheter kan få omsetning både innenfor og utenfor loven (delt omsetning) når finansielle tjenester avgrenses mot tjenester av administrativ, økonomisk og juridisk karakter. Uansett må hensynet til konkurransenøytralitet veie tungt.

Forvaltningstjenester og annen administrasjon av verdipapirer vil ikke kategoriseres som en unntatt finansiell tjeneste⁵⁵. Tilsvarende vil heller ikke kredittopplysningstjenester, eiendomsmegling, drift og utvikling av IT- og regnskapssystemer mv. omfattes. Tjenestenes art er styrende uavhengig av tjenesteyters status, det være seg finansieringsvirksomhet eller andre virksomheter. Rådgivning i relasjon til kredittytelser med klar og påfallende samtidighet vil som et utgangspunkt unntas, men grensedragningen kan være vanskelig. Ytelsenes selvstendighet må også vurderes. Hovedytelsen vurderes ut fra vesentlighet når det ytes en samlet (sammensatt) tjeneste der ingen av ytelsene kan klassifiseres som selvstendig⁵⁶. Dette anses avgjørende for unntak eller avgiftsplikt. Mer om dette i pkt. 4.1 nedenfor.

Mval. 3-6 bokstav a omhandler omsetning av forsikringstjenester etter tillatelse i lov 10. juni 2005 nr. 4 om forsikringsvirksomhet (livs-, skade- og kredittforsikring)

⁵³ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 139.

⁵⁴ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 1.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124 og 193.

⁵⁶ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 172.

og annen særlovgivning (om forsikringsavtaler og forsikringsformidling), herunder formidling/megling av forsikringer gjennom mellommann. Unntaket ble begrunnet i vanskeligheter med å finne et egnet beregningsgrunnlag for merverdiavgift, jf. pkt. 2.2.5.3 ovenfor. Informasjon, juridisk rådgivning og regnskapsmessig bistand som ytes særskilt av forsikringsselskaper uten at tjenestene er integrert i vanlige forsikringstjenester vil være avgiftspliktige. Skattedirektoratet (SKD) bekreftet i uttalelse 21. november 2001 at frittstående aktuarer leverer avgiftspliktige aktuærtjenester til forsikringsselskaper som underleverandører. På samme måte vurderes tekniske undersøkelser, vurderinger og skadeberegninger⁵⁷. I brev fra SKD til fylkesskattekontorene av 14. november 2001 konkluderte SKD med at aktuærtjenester ikke kom inn under unntaket i mval. § 3-6 bokstav a etter en gjennomgang av aktuares arbeidsoppgaver, jf. også uttalelse fra SKD til FIN i brev av 27. juni 2001. FIN la for øvrig til grunn samme vurdering rundt definisjonen av forsikring og forsikringsvirksomhet som EF-domstolens dom C-349/96 av 25. februar 1999 (Card Protection Plan Ltd, CPP-dommen)⁵⁸. Tjenestenes art er det sentrale for vurderingene opp mot avgrensningen til administrative tjenester, konsulent- og rådgivningstjenester, aktuærtjenester mv. som vurderes som avgiftspliktige når de omsettes som selvstendige tjenester også av et forsikringsselskap og ikke må anses underordnet i en totalt sett unntatt forsikringstjeneste⁵⁹. Anses tjenestene sekundære (og uselvstendige) i forhold til en unntatt hovedytelse kan de dog omfattes av unntaket for avgiftsplikt. De sekundære tjenester må ikke utgjøre et mål i seg selv for tjenestemottaker, men kun være et middel til å utnytte hovedytelsen på best mulig måte, jf. premiss (30) i CPP-dommen og premiss (18) i Volker Ludwig-dommen (mer om sistnevnte dom i pkt. 3.1.1.3 nedenfor). De sekundære tjenester må således vurderes som nødvendige og vesentlige for gjennomføring av den unntatte hovedtjeneste for selv å kvalifisere for unntak, men ikke vesentlige og selvstendige i seg selv slik at de blir oppfattet som en ellers avgiftspliktig hovedtjeneste. Unntaket omfatter altså selve ytelsen av forsikring og ikke forsikringsvirksomhet som sådan.

⁵⁷ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 182.

⁵⁸ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 2.1.

⁵⁹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 184.

Mval. § 3-6 bokstav b omfatter tjenester som ytes i henhold til lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner, samt lov 24. mai 1961 nr. om sparebanker mv. Dette omhandler virksomhet som yter, formidler eller stiller garanti for kreditt, eller medvirker ved finansiering av annet enn egen virksomhet⁶⁰. Innskudd kommer også inn under denne bestemmelse. Det vil være vanskelig å skille ut den teoretisk sett avgiftspliktige (og tjenesteytende) godtgjørelse til finansieringsinstitusjoner som gjelder avgift på forbruk (av varer og tjenester). Rentegodtgjørelser er en sammensatt størrelse som også inkluderer godtgjørelse for risiko, kreditt, inflasjon mv. Følgelig ble unntaket fastsatt på et bredt grunnlag, også av forenklingshensyn, da en oppsplitting av finansieringsinstitusjoners rentegodtgjørelse ikke var hensiktsmessig. Factoring kom også inn under unntaket, men med avgiftsplikt for tjenester uten direkte tilknytning til kredittytelsen, slik som rene administrative tjenester som regnskapsføring mv. Annen rådgivning om forretningsførsel, forvaltning, kapitalstruktur, fusjoner, oppkjøp mv. som ytes i nær forbindelse med finansieringsvirksomhet anses avgiftspliktig⁶¹. Inkassovirksomhet på vegne av tredjemann (etter inkassoloven) og salg av kredittopplysninger regnes som avgiftspliktig virksomhet⁶². Følgelig er unntatte finansielle tjenester fra finansieringsvirksomhet inn- og utlån, gebyrer, clearing (inntredelse i avtaler vedrørende handel med finansielle instrumenter) og oppgjørsvirksomhet. Dette må avgrenses mot administrative tjenester, tekniske tjenester, inkasso mv. som nevnt ovenfor. Mval. § 3-6 bokstav b bestemmer uttrykkelig at finansiell leasing ikke omfattes av unntaket da dette har tilknytning til utleie av varer i de fleste tilfeller, men finansiell leasing av fast eiendom er unntatt, jf. mval. 3-11⁶³. Det kan også kort kommenteres at mval. § 3-6 bokstav c fremhever unntak for utføring av betalingsoppdrag (innbetale, overføre eller utbetale midler mellom betaler og betalingsmottaker). FIN fremholdt også avgiftsunntak for gebyrer selv om disse isolert sett ville kunne la seg avgiftsberegne. Dette ble begrunnet med praksis i andre sammenlignbare land, samt risiko for overveltning til unntatte

⁶⁰ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 184.

⁶¹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 185.

⁶² Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 2.2.

⁶³ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 186.

rentekostnader hvis avgift ble ilagt på gebyrer. Også omsetning av gyldige betalingsmidler etter mval. § 3-6 bokstav d unntas, herunder tjenester som ytes sammen med den unntatte tjeneste og har tilstrekkelig tilknytning til denne. Også for mval. § 3-6 bokstav c og d vil man måtte avgrense mot administrative og tekniske tjenester mv. som skal underlegges avgiftsplikt⁶⁴.

For omsetning av finansielle instrumenter og lignende, jf. mval. § 3-6 bokstav e, jf. vphl. § 2-2, samt også pkt. 2.2.5.4 ovenfor, oppstilles unntak fra merverdiavgift. Unntaket omfatter både første- og annenhåndsomsetning av finansielle instrumenter, herunder megling i tilknytning til en unntatt finansiell tjeneste, jf. for øvrig vphl. § 2-1 første ledd om investeringstjenester og igjen pkt. 2.2.5.4 ovenfor. Megling med andre selskapsandeler omfattes også ("prosjektmegling")⁶⁵. Dog omfattes ikke verdipapirer mv. knyttet til omsetning av faste eiendommer eller rettigheter til slike. Dette faller inn under det definerte unntaket i mval. § 3-11. Eiendomsmegling og lignende tjenester er avgiftspliktig og faller utenfor unntaket⁶⁶. I uttalelse av 21. november 2001 presiserte SKD at det var *tjenester i tilknytning til selve omsetningen* av finansielle instrumenter som var unntatt avgiftsplikt, og ikke tjenester tilknyttet forvaltningen av de finansielle instrumenter⁶⁷. Dette kan skape enkelte avgrensingsproblemer. Eksempelvis vil beregning og utbetaling av utbytte på aksjer således være avgiftspliktig etter den nevnte uttalelse, men siden institusjonen opptrer i forhold til kunden og ellers tilfredsstillende vilkårene til en unntatt integrert finansiell ytelse, kan det stilles spørsmål ved SKDs tolkning på dette området⁶⁸. Unntak for meglingstjenester ved omsetning av finansielle instrumenter og lignende følger nå innledningsvis i mval. 3-6 gjennom unntak for *formidling*, jf. pkt. 3.1.1.3 nedenfor. Slik skal unntak for aksjemegling gi avgiftsmessig likebehandling mellom egenkapitalfinansiering fra aksjemarkedet og fremmedkapitalfinansiering gjennom kredittytelser. Noe annet ville skape omgåelses- og avgrensingsproblemer, særlig i tilknytning til meglerforetakenes

⁶⁴ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 189.

⁶⁵ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 3.

⁶⁶ Ot. prp. nr. 2 (2000-2001) s. 194.

⁶⁷ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 190.

⁶⁸ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 190.

egenhandel med og produksjon av tjenester⁶⁹. Incitament til egenproduksjon kan skade nøytraliteten til merverdiavgiftssystemet. FIN vurderte å innføre merverdiavgift eller andre avgifter på rene meglertjenester da et hensiktsmessig beregningsgrunnlag for dette forelå. Så vidt vites er ingen slike avgifter innført, men tolkning av unntak i tilknytning til slike tjenester foretas relativt strengt, jf. skriv fra SKD av 16. september 2003 med uttalelse fra FIN.

Mval. § 3-6 bokstav f og g omhandler hhv. forvaltning av verdipapirfond og investeringsselskap. Vedrørende verdipapirfond omfattes virksomheter underlagt lov 12. juni 1982 nr. 52. FIN anså følgene av avgiftsplikt som uheldig på grunn av nøytraliteten overfor aktiv forvaltning (der megler har fullmakt til å foreta handler på vegne av gitt investor uten direkte fullmakt) som var omfattet i mval. § 3-6 bokstav e. Likhetstrekkene mellom aktiv forvaltning og forvaltning av andeler til flere investorer i et verdipapirfond ble ansett påfallende og unntak også for forvaltning av verdipapirfond ble foreslått⁷⁰. Unntak for forvaltning av investeringsselskaper ble ansett som en kodifisering av forvaltningspraksis⁷¹. Dette kommenteres ikke nærmere.

3.1.1.3. Formidling av finansielle tjenester

Formidling (eller megling) er lovfestet innledningsvis i mval. § 3-6 som en unntatt tjeneste i tilknytning til en finansiell tjeneste. Den tradisjonelle oppfatning har vært at meglere som tredjemann opptrer på selvstendig grunnlag ut fra dennes formelle posisjon. I BFU 97/03 utledet SKD formidlingsbegrepet (megling) til en forståelse av at det må dreie seg om en selvstendig mellommann, under henvisning til EF-retten og tilpasning til denne, jf. EF-domstolens sak C-235/00 (CSC-dommen). Megler kan således ikke være ansatt hos oppdragsgiver eller bedrive tjenesteutsettende aktivitet ("outsourcing" eller underleveranser) for denne – dette ivaretar ikke selvstendighetsprinsippet. Megler må ikke ha en selvstendig interesse/være part i avtalen eller ha en særlig egeninteresse som kan medføre at megler ikke fremstår som uavhengig i forhold til avtalen mellom partene det megles mellom. Etter mitt syn er det her grunn til å utvise varsomhet

⁶⁹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 190.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124.

⁷¹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 193.

i tolkningen av selvstendighetsprinsippet. Til eksempel vil et morselskap som utfører transaksjoner med aksjer i datterselskaper nettopp kunne opptre som megler. I en slik situasjon må tjenestens art også være avgjørende. Selv om identifikasjon mellom mor/datter bryter med kravet til selvstendighet vil ikke dette etter mitt syn sette en stopper for unntak fra avgift dersom de andre kriterier for meglerrollen og tjenestens art er oppfylt.

Det må uansett vurderes om megler har opptrådt som mellommann i den aktuelle transaksjon. I Carnegie/ABG-dommen ble blant annet oppdragstakers kontakt med oppdragsgivers aksjonærer vurdert i forbindelse med fremleggelse av forslag fra selskapets styre til aksjonærenes avgjørelse. Spørsmålet var om dette kunne anses som en meglings-tjeneste. Staten la til grunn at dette *kunne* betraktes som en unntatt meglings-tjeneste om de øvrige vilkår var til stede. Problemstillingen ble ansett som ny både innen norsk rett og innen EU-området⁷². Det kan legges til at i nevnte dom premiss (64) og (66) ble verdipapirforetakene ansett å ha liten kontakt med forhandlingsmotpart og oppdraget bar preg av rådgivningsbistand overfor oppdragsgiver. Normale meglerfunksjoner var fraværende og kontakten med oppdragsgivers egne aksjonærer ble ikke ansett tilstrekkelig til å forsvare en meglerfunksjon. Hva angikk fusjonsspørsmålet i samme sak konkluderte dommen i premiss (74) med at i ordinære fusjonsprosesser var de sentrale momenter i et megleroppdrag nærmest systematisk fraværende. Således vil normale fusjonsprosesser bære preg av *rådgivning som det dominerende element*, spesielt når rådgiver kommer sent inn i prosessen. I samme dom konkluderte Høyesterett med at bistand ved aksjesalg hadde *megling som det dominerende element* og tjenesten ble ansett unntatt fra avgiftsplikt, jf. også EU-domstolens avgjørelser i C-235/00 (CSC-dommen) og C-453/05 (Volker Ludwig-dommen). Mer om dette i pkt. 4.1 nedenfor.

To rettskraftige underrettsdommer står også sentralt i formidlingsspørsmålet. I *Redcats-dommen* (Utv. 2008 s. 975) ble anken nektet fremmet til Høyesterett ved ankeutvalgets beslutning 1. september 2008. Redcats AS videreformidlet

⁷² Rt. 2009 s. 1632, premiss (51) og (52).

lånetilbud fra en fransk bank og dette ble ansett som avgiftspliktig markedsføring og ikke som unntatt mellommannsvirksomhet. Borgarting lagmannsrett fant at Redcats AS ikke utførte forhandlinger som mellommann, men kun overleverte kundelister til den franske bank (Finaref) som de selv kunne ha gjort ved tilgang til Redcats AS sine kundelister. Dette ble vurdert som sammenfallende med premisser også i CSC-saken⁷³. CSC Financial Services Ltd. skulle ivareta all kundekontakt for en finansinstitusjon i forbindelse med salg av andeler i et investeringsfond. Utstedelse og overføring av de aktuelle finansielle instrumenter ble videre utført av en underleverandør uten tilknytning til CSC, jf. dommens premiss (40). CSC ble ikke ansett å utføre avgiftsunntatt formidling. I *Grieg Investor-dommen* (Utv. 2009 s. 1479) kom Borgarting lagmannsrett frem til at selskapets såkalte FSA-tjenester ("Forvaltnings Service Avtale") var en sammensatt ytelse, der rådgivningsdelen ble ansett dominerende (hovedytelsen) i forhold til unntatt ordreforidling. Hele ytelsen ble således ansett avgiftspliktig. Også her ble anken nektet fremmet for Høyesterett⁷⁴.

Vedrørende formidling av forsikring er det i følge SKD forutsatt at særlovgivning tillegges vekt i så vel forarbeider som FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 når avgrensning til unntatte tjenester skal vurderes. Ved formidling av forsikring som agent i henhold til lov 10. juni 2005 nr. 41 om forsikringsformidling, der selve formidlingen er det dominerende element (hovedytelsen), vil hele tjenesten kunne unntas avgift⁷⁵.

Volker Ludwig-dommen (C-453/05) av 21. juni 2007 står sentralt i EU-retten og er av betydning også for norsk rettspraksis vedrørende formidling av finansielle tjenester og bør kommenteres. Volker Ludwig (VL) var en økonomisk rådgiver som gjennom agenturavtale med Deutsche Vermögensberatung AG (DVAG) utførte finansiell rådgivning. VL kontaktet potensielle kunder med hensyn til økonomiske analyser og investeringsvurderinger. Avtalesforslag ble oversendt DVAG for vurdering. Deretter kontaktet DVAG en finansiell institusjon som kunne effektivere avtalen. Avtale ble så inngått mellom kunde og den finansielle

⁷³ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 178.

⁷⁴ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 178.

⁷⁵ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 181.

institusjon hvorpå VL mottok godtgjørelse fra DVAG. Dersom avtale ikke ble inngått mottok VL ingen godtgjørelse. Kunden ble ikke belastet for godtgjørelse til hverken VL eller DVAG. VL stod for den videre kundeoppfølging. Spørsmålet var om formidling av lån (unntatt) eller rådgivning (pliktig) ved avtaleinngåelse var styrende i forhold til unntatt avgiftsplikt eller ikke. Det ble også stilt spørsmål om agenturvirksomheten kunne forhindre at tjenestene ble unntatt fra avgiftsplikt. På begge spørsmål konkluderte retten med at intet var til hinder for at VLs tjenester kunne omfattes av unntak for avgiftsplikt. Dette forutsatte at rådgivningstjenestene ble ansett sekundære i forhold til formidlingstjenestene, jf. også CPP-dommen. Ved spørsmål om agenturvirksomhetens betydning henviste retten til CSC-dommen. Formidling må utøves av en mellommann uten å være part i avtalen om det finansielle produkt. Formidleren kan ikke ha selvstendig interesse i selve avtalens innhold og ikke tilby de samme tjenester som typisk avtales mellom kunde og finansinstitusjon direkte. Formidleren utfører tjenester for en avtalepart som sistnevnte yter vederlag for til formidler, med henblikk på at kunde og finansinstitusjon skal slutte en avtale. Formidlerens tjenester utgjorde etter rettens vurdering en samlet og helhetlig tjeneste med de egenskaper som kreves til en formidlingstjeneste. Det ville stride mot nøytralitetsprinsippet om VLs agenturvirksomhet ikke ble omfattet av avgiftsunntak. Det ble ikke ansett som avgjørende at VL ikke deltok i alle forhandlinger om avtalene eller at klausulene ble fastlagt av partene (kunde og/eller finansinstitusjon). Domstolen viste i den forbindelse til at formidlingsvirksomheten kan begrense seg til å gi en part i avtalen opplysning om muligheten for å inngå slik avtale⁷⁶. Det er således etter Volker Ludwig-dommen intet krav til at formidler står i et direkte kontraktsforhold til en av partene og/eller har direkte kontakt med begge parter i avtalen. Det er også uten betydning om mellommannen kan/skal forhandle om avtaleinnholdet. Det er selve *formidlingsaspektet* som er det sentrale i vurderingen.

Hva angår formidling og meglerbegrepet vurderes internasjonal rett (til eksempel CSC-dommen) som dekkende for norsk rett. Utvikling av begrepet i norsk rett, særlig i tilknytning til eiendomsmegling, står også sentralt. Omsetning og utleie

⁷⁶ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 145.

av fast eiendom og rettigheter til fast eiendom er unntatt fra loven, jf. mval. § 3-11, men tjenester i tilknytning til dette (eksempelvis eiendomsmegling) anses ikke tilknyttet den faste eiendom på en slik måte at avgift unntas. Dette gjelder også tjenester vedrørende verdipapirer i tilknytning til fast eiendom. Dog må det skilles mellom formidling av aksjer (i eksempelvis eiendomsselskaper) som er unntatt avgift og formidling av andre verdipapirer til faste eiendommer (og rettigheter) som er avgiftspliktig⁷⁷. Det må da foretas et skille mellom formidling av aksjer (unntatt avgift) og der formidlingen ikke er et "vanlig" finansielt instrument, men knyttes opp mot eiendommen og i realiteten vurderes som avgiftspliktig eiendomsmegling.

En megler opptrer som et utgangspunkt på selvstendig grunnlag, og deltar i alle vesentlige deler av en prosess. Etter mitt syn er det ikke bestemmende om han fremstår som *agent* (fremmed navn, fremmed risiko), *kommisjonær* (eget navn, fremmed risiko) eller ved *egenhandel* (eget navn, egen risiko). Prosessen for øvrig bestemmer. CSC-dommens premiss (39) er i så måte godt beskrivende (premissen gis også tilslutning i Volker Ludwig-dommen og er nå sentral i internasjonal rett ved definering av mellommannsvirksomhet/megling). Sentrale deler av premissen gjengitt i dansk oversettelse lyder som følger:

"Mellemandsvirksomhed er en tjenesteydelse, som udføres over for en kontraktpart, og som parten yder vederlag for, idet der er tale om en særskilt formidlingsvirksomhed. Virksomheden kan bl.a. bestå i at give den pågældende oplysning om, hvornår det kan være mulighed for at indgå en sådan kontrakt, at optage kontakt med den anden part og i mandantens navn og for dennes regning at føre forhandlinger om den nærmere fastlæggelse af de gjensidige ydelser. Virksomheden har således til formål at træffe de nødvendige foranstaltninger for, at de to parter indgår en kontrakt, uden at formidleren har en selvstændig interesse i kontraktens indhold."

3.1.1.4. Tilknyttede tjenester

I forbindelse med unntatte finansielle tjenester vil, som gjennomgangen ovenfor viser, avgrensingsproblemer til andre tjenester med eller uten tilstrekkelig tilknytning til den finansielle tjeneste stå helt sentralt i unntaksvurderingen. Innledningsvis kan det bemerkes at for tilknyttede tjenesters avgiftsstatus vil *sedvanlighet* i forhold til den finansielle tjeneste være viktig. Dersom tjenesten er en naturlig (og sedvanlig) del av den unntatte finansielle tjeneste vil avgiftsunntak kunne innrømmes også for den tilknyttede tjeneste. Det vil også

⁷⁷ Ot.prp. nr 2 (2000-2001) s. 123 og 194.

kreves at den tilknyttede tjeneste er *mindre vesentlig* enn hovedtjenesten (den finansielle tjeneste), samt at den også er *direkte* tilknyttet og eventuelt integrert i hovedtjenesten. Definisjon av leveransen, kundens forventninger, hvordan tjenesten bestilles, prissetting, avtaleinnhold, kutyme og verdikjedebetraktninger er relevante vurderingsmomenter⁷⁸. I praksis vil ofte selve avtaleutformingene for den totale tjenesteleveranse (en eller flere avtaler mv.) og en nøyaktig beskrivelse av tjenestenes art være helt sentralt i vurderingen av hvorvidt den tilknyttede tjeneste vurderes som adskilt fra hovedtjenesten og således kan falle utenfor unntatt avgiftsplikt. FIN eksemplifiserer tilknyttede tjenester gjennom sin tolkningsuttalelse⁷⁹, jf. vphl. (1997) § 8-1 første ledd, jf. vphl. (2007) § 2-1 annet ledd. Mer om dette i pkt. 2.2.5.4 ovenfor. Isolert ytelse av slike tjenester på selvstendig grunnlag vil anses avgiftspliktig (uten tilstrekkelig tilknytning til den unntatte finansielle hovedtjeneste), men kan bli unntatt avgift dersom de ytes som en mindre vesentlig del av en sammensatt tjeneste som ut fra en helhetsvurdering må anses som en finansiell tjeneste⁸⁰. Det vises også til Carnegie/ABG-dommen i pkt. 4.1 nedenfor i denne forbindelse der dette er en av vurderingene i sammenheng med det *dominerende element* (hovedelementet) i sammensatte tjenester med finansiell karakter hvor unntak fra avgiftsplikt må vurderes. Tilknyttede tjenester er tjenester som en hovedleverandør leverer sammen med den finansielle tjeneste. Leveres tilsvarende tjenester fra en underleverandør til hovedleverandøren må den avgiftsmessige status vurderes på selvstendig grunnlag. Tilknyttede tjenester som eksemplifiseres i vphl. (2007) § 2-1 annet ledd omfatter typisk oppbevaring og forvaltning av verdipapirer, rådgivning og analyse mv. Det vises til beskrivende lovtekst i pkt. 2.2.5.4 ovenfor. Ytterligere merknader i denne sammenheng anses ikke nødvendig.

Selve *tilknytningen* som kreves for at en tjeneste skal anses tilstrekkelig tilknyttet en unntatt finansiell tjeneste bør kommenteres. Vurderinger fra Sverige og Danmark, samt EF-domstolen, tillegges vekt⁸¹. FIN viser blant annet til bindende forhåndsuttalelse fra Riksskatteverket i Sverige av 2. november 1999 vedrørende

⁷⁸ Cecilie Aasprong Dyrnes. 2011. *Forelesningsnotater Handelshøyskolen BI*.

⁷⁹ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 4.

⁸⁰ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 173.

⁸¹ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 4.

CFT-opdrag. Slike oppdrag med sammensatte tjenester kan inneholde avgiftspliktige tjenester som fremstilling og distribusjon av prospekter, samt unntatt formidling av aksjer. Sistnevnte var den mest sentrale tjeneste i nevnte sak (det dominerende element) og ble avgjørende for at tjenesten totalt sett ble unntatt avgiftsplikt. De avgiftspliktige tjenester (isolert sett) ble ansett underordnet. De var heller ikke direkte bestilt av oppdragsgiver og fremstod mer som et middel til oppfyllelse av hovedytelsen, nemlig formidling av aksjer ved børsintroduksjon⁸². I nevnte sak fra Riksskatteverket i Sverige ble CFT honorert gjennom "success fees" (betinget honorar) ut fra hvor vellykket formidlingen ble. FIN poengterer i sin tolkningsuttalelse at dette er uten betydning i forhold til spørsmålet om unntak for finansielle tjenester⁸³. Det kan dog etter mitt syn stilles spørsmål ved om denne vurdering er for streng. Selv om tjenestens art er utgangspunktet for vurderingen, vil tjenesten uansett kunne anses tilknyttet formidlingen siden honoraret nettopp fordrer en vellykket formidling med tilhørende salg av aksjer. I nevnte sak fra Riksskatteverket er mitt syn at man *kan* få inntrykk av at "success fees" nettopp er et argument for å anse CFT som en avgiftsunntatt tjeneste.

I Volker Ludwig-dommen (C-453/05), jf. ovenfor, var også tilknytningen oppe til vurdering i sammenheng med hvordan låneformidling (hovedtjeneste) påvirket avgiftsmessig status til rådgivning (sekundær tjeneste) som ble utført ved avtaleinngåelse av låneforholdet. Rådgivning gjennom analyse av lånekundenes finansielle stilling ble her unntatt avgift når hovedtjenesten var låneformidling. I vurderingen av hva som var hovedtjeneste og sekundær tjeneste måtte tjenestene vurderes isolert i lys av den avgiftsmessige status. Den sekundære tjeneste måtte ikke være et mål i seg selv, men et middel til å utføre hovedtjenesten best mulig, jf. premiss (18). Honorar til finansrådgiver og dennes oppdragsgiver var betinget av at låneavtale ble inngått og således fremstår rådgivningstjenestene som sekundære og betinget av en hovedytelse, låneformidlingen. Rådgivningen ble også ytt kun i innledende fase i avtaleforhandlingene, jf. premiss (19). Det er viktig å merke seg at Volker Ludwig-

⁸² Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 5.1.

⁸³ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 5.1.

dommen hadde et relativt klart faktum og rådgivningen var av noe begrenset omfang etter mitt syn. Det kan stilles spørsmål ved om det egentlig var snakk om to tjenester. Det faller utenfor denne oppgave å gå nærmere inn på dette. Dommen har uansett satt viktige spor etter seg også ved vurderingen av sammensatte tjenester, selv om dommen i større grad kan rettes inn mot spørsmålet om underleveranser slik jeg ser det.

Som oppsummering kan sies at sammensatte formidlingstjenester skal, som et utgangspunkt, vurderes isolert med hensyn til avgiftsmessig status. Dersom det fremkommer at tjenesten ikke kan deles opp, men fremstår som en total tjeneste, må hovedtjeneste og sekundær tjeneste klassifiseres innad i den samlede tjeneste. Den sekundære tjenestes avgiftsmessige status følger da hovedtjenesten. Dersom den sekundære tjeneste er et middel for å utnytte hovedtjenesten og ikke er et mål for kunden i seg selv, underbygger dette tjenestens sekundære egenskaper. Således fremkommer også hovedtjenesten. Vi kaller dette hovedytelseslæren.

3.1.1.5. Underleveranser

Avgiftsmessig status for tjenester som ytes må vurderes isolert for hver virksomhet⁸⁴. En tjeneste kan dermed være både avgiftspliktig og unntatt i verdikjeden sett over flere omsetningsledd. Om en underleverandør ikke har vesentlig ansvar for selve den finansielle tjeneste i et senere omsetningsledd oppstår i utgangspunktet avgiftsplikt når underleveransen som sådan heller ikke er en finansiell tjeneste. Grensen mot avgiftspliktig rådgivningstjeneste blir da påfallende. En unntatt finansiell tjeneste (hovedytelsen) i et senere omsetningsledd kan inneholde underleveranser. Disse kan vurderes som vesentlige og nødvendige/særskilte for hovedytelsen. Kun hovedytelsen inneholder en finansiell tjeneste etter kontrakten mellom mottaker og tjenesteyter. Her blir hovedytelsen å anse som en unntatt finansiell tjeneste, men underleveransene oppnår også avgiftsunntak i et slikt tilfelle. Unntatte finansielle tjenester må tolkes i snever forstand etter sin ordlyd⁸⁵. En unntatt finansiell tjeneste kan bli utført av aktører som til sammen utgjør den unntatte

⁸⁴ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 125.

⁸⁵ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 174.

tjeneste, men som etter en isolert vurdering kan fremstå som ulike tjenester i forhold til unntak eller avgiftsplikt. Spørsmålet blir hva som kreves for at en underleverandørs ellers avgiftspliktige tjenester, til en leverandør av unntatte finansielle tjenester, skal kvalifisere som en unntatt finansiell tjeneste. I EU-retten har tolkningen av EF-domstolens dom av 5. juni 1997 (C-2/95) i saken mellom Skatteministeriet i Danmark og Sparekassernes Datacenter (SDC) stått sentralt. Saken resulterte i et senere rettsforlik mellom partene. Nevnte dom har også FIN lagt til grunn i sin tolkningsuttalelse⁸⁶ om avgrensningen av det norske unntak for finansielle tjenester. For at underleverandørers ellers avgiftspliktige leveranse skal omfattes av unntaket må leveransen være *særskilt, spesifikk og vesentlig* for levering av den unntatte finansielle tjeneste (sett fra den finansielle tjenestes ståsted der dette er ytelsen som leveres som hovedytelse til sluttbruker).

Avgiftsforvaltningen i Norge har etter all sannsynlighet lagt seg på en for streng linje i tolkningen av SDC-dommen og underleveranser⁸⁷ gjennom SKDs brev til fylkesskattekontorene av 21. november 2001. SKD hevdet at en underleverandørs tjeneste også må ha *karakter av å være finansiell* for å kvalifisere for unntak. Tjenesten må i seg selv være et ledd i den unntatte finansielle hovedytelse for å kvalifisere til unntak og underleverandøren må minst ha ansvar for deler av hovedytelsen. Det er ikke tilstrekkelig at underleveransen er vesentlig og nødvendig for hovedytelsen. SKD forutsetter således at *støttetjenester* ikke kvalifiserer til unntak. Det må dreie seg om direkte *integreerte* tjenester. Synspunktet ble lagt til grunn i BFU 41/04 der en del rådgivningstjenester ble vurdert som avgiftspliktige⁸⁸. SKD argumenterte for sitt syn med bakgrunn i FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001.

Kort oppsummert⁸⁹ fremstår en unntatt finansiell tjeneste til sluttkunden, hvor underleveransen inngår, som én tjeneste og ikke separerte ytelser. Således vil underleveransen være en del av den finansielle hovedtjeneste og står ikke på

⁸⁶ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 4.

⁸⁷ Anders Strandet Jepsen. 2010. *Moms og aktiviteter i forbindelse med værdipapirer*. Doktoravhandling, pkt. 8.2.2.1.

⁸⁸ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 176.

⁸⁹ Cecilie Aasprong Dyrnes. 2011. *Forelesningsnotater Handelshøyskolen BI*.

egne ben. Unntaket betinger ikke at tjenestene utføres av bestemte virksomheter eller utføres på bestemte måter. Tjenestenes art og sammensetning er bestemmende. Underleverandøren må ikke nødvendigvis stå i et bestemt rettsforhold til mottaker av den finansielle hovedytelse for å kvalifisere til unntatt avgiftsplikt. Hovedytelsens bestanddeler må samlet sett utgjøre en særskilt enhet med spesifikke og vesentlige funksjoner for sluttleveransen med henblikk på å ivareta mottakers interesser.

Skattedirektoratet (og FIN etter SKDs vurdering av tolkningsuttalelsen av 15. juni 2001) hevder at domspremissene i SDC-dommen kun kan benyttes for tjenester som skal bidra til å endre en juridisk posisjon i form av å *gi, endre eller slette rettigheter (og/eller forpliktelser)* mellom de impliserte parter (hovedleverandør og sluttkunde). I praksis vil dette bety at støttetjenester til en unntatt finansiell hovedtjeneste ikke omfattes av unntaket. Kun direkte integrerte tjenester fra underleverandør vil unntas avgiftsplikt dersom tjenestene i seg selv ikke er av finansiell karakter. Som nevnt kan det stilles spørsmål til om tolkningen er for streng sett i lys av relevant internasjonal rettspraksis.

Avslutningsvis bør i denne sammenheng en relativt fersk avgjørelse i EU-domstolen nevnes. Dette gjelder sak C-350/10 av 28. juli 2011 som omhandler underleveranser av SWIFT-tjenester ved betalingsformidling for Nordea (Finland). Dette ble ansett som tekniske tjenester og ikke tilstrekkelig *særskilt, spesifikk og vesentlig* for levering av de finansielle tjenester (hovedytelsen), betalingsformidlingen.

3.1.2. Avgrensning til corporate finance-tjenester

3.1.2.1. Egenkapitaltransaksjoner (emisjon, fusjon, fisjon, likvidasjon mv.)

CFT knytter seg i stor grad til tjenester som impliserer endringer på regnskapets passivaside, nemlig til selve finansieringen, med det formål å skaffe frisk og ny kapital til veie for virksomheten. Tjenestene som tilbys kan være *kjernetjenester* som direkte unntas avgift etter mval. § 3-6, eller *tilleggstjenester*⁹⁰. Slike tjenester kan være finansiell rådgivning, tilrettelegging, verdivurderinger, "due diligence" mv. og er i utgangspunktet avgiftspliktige (isolert sett). Tilknytningen

⁹⁰ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 125.

til den finansielle tjeneste (hva som er hovedytelsen og det dominerende element) er styrende for avgiftsplikten eller et eventuelt unntak, jf. særlig pkt. 3.1.1.4 ovenfor. Et eventuelt unntak for CFT må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle og følge vanlige prinsipper for vurdering av relevante rettskildefaktorer med hensyn til den aktuelle rettsregel. Det finnes således ingen legaldefinisjon på CFT. Unntak for CFT som en direkte tilknyttet tjeneste betinger en hovedytelse av unntatt finansiell karakter, samt at CFT er sedvanlig for (og mindre vesentlig enn) hovedytelsen. Ellers faller CFT utenfor unntak fra avgiftsplikt. Unntaket for finansielle tjenester må således i hvert enkelt tilfelle skje gjennom lovtolkning ut fra alminnelige rettskildefinsipper⁹¹.

Etter aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 10 finnes de selskapsrettslige regler om forhøyelse av aksjekapital (kontantinskudd, tingsinnskudd eller en kombinasjon). Ved egenkapitaltransaksjoner der innhenting av ny aksjekapital ved nyemisjon ønskes gjennomført, må det skilles mellom AS og ASA. Det er kun selskaper med selskapsformen ASA som kan rette sin tegningsinnbydelse til allmennheten. Et AS må rette sin nyemisjon til aksjonærer eller navngitte personer, jf. asa./asal. § 10-1 første ledd. Således vil det ofte være størst behov for utarbeidelse av prospekt og verdivurderinger (til salgs- og oppkjøpsprosesser) ved offentlig rettede emisjoner da nye aksjonærer ikke nødvendigvis har den kunnskap om selskapet som gjeldende aksjonærer har. Dette kan selvfølgelig ikke stå som et konkludent utsagn da et betydelig antall AS'er ofte er store og komplekse der nytegning fra gjeldende aksjonærer kan kreve omfattende analyser til deres beslutningsgrunnlag. Det er dog likevel min påstand at CFT i større grad vil kunne ha karakter av tilknytning til en unntatt finansiell tjeneste ved offentlig rettede emisjoner. Dette fordi kunnskapsnivået om selskapet til aksjonærer i et AS kan være høyere og deres behov for CFT i form av rådgivning være mindre med henblikk på å få gjennomført en finansiell transaksjon. Grensen mot avgiftspliktig rådgivning vil i et slikt tilfelle kunne være mer påfallende enn ved offentlig rettede emisjoner. Ved rene fondsemisjoner (uten nytegning) vil den totale finansielle stilling i større grad være uberørt, i det slike emisjoner ikke direkte skaffer ny kapital til veie for selskapet. Dog kan

⁹¹ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 1.

kapitalbindingen forandres fra bunden til fri disposisjon, men det totale kapitalbildet er dog uendret. CFT i en slik situasjon vil etter mitt syn i større grad bære preg av å være avgiftspliktig rådgivning.

Ved formidling av aksjer i sammenheng med børsnotering av selskap for å skaffe ny og frisk kapital til veie, vil typisk følgende aktiviteter tilkjenne CFT⁹²:

- medvirker til fremstilling og distribusjon av prospekt
- medvirker til verdifastsettelse på aksjene
- medvirker til markedsføring av aksjene (kundeforberedelse)
- tar i mot kjøpstilbud
- fordeler de utbudte aksjene på ulike kjøpere (ved overtegning)
- ”levering” av aksjene og melding til VPS

Det kan i denne sammenheng kort kommenteres at børsvirksomhet⁹³ underlagt børsloven av 2007 kan inneholde både unntatt og avgiftspliktig virksomhet. FIN legger til grunn at omsetning av tjenester fra Børsen etter sin art i hovedsak er unntatt avgift, eksempelvis ved handelstransaksjoner. Dette samsvarer med tilsvarende regler i Sverige og Danmark. Børsens kontroll av diverse prospekter, tjenester det ytes vederlag for, kursnotering, avgifter, utarbeidelse av statistikker mv. vil også omfattes av avgiftsplikt. Kjernevirksomheten til Verdipapirregisteret (VPS)⁹⁴ og tilsvarende registre unntas avgiftsplikt, men det er virksomheten og tjenestenes art som er bestemmende for avgiftsplikten, ikke avgiftssubjektet som sådan, jf. FINs brev av 17. oktober 2003.

Etter aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 11 finnes de selskapsrettslige regler om fusjon. En fusjon innebærer sammenslåing av selskaper der aksjeeiere i det overdragende selskap (som overfører eiendeler, rettigheter og forpliktelser) får vederlag i form av aksjer i det overtakende selskap (som overtar eiendeler, rettigheter og forpliktelser). Det går ut over denne oppgave å gå inn på de ulike fusjonsformer og hvordan disse teknisk gjennomføres. Enkelt forklart gjennomføres en fusjon som et tingsinnskudd med overdragende selskap inn i et overtakende selskap, eventuelt korrigert med kontantoppgjør for justering av bytteforholdet. Ved fusjon av selskaper antas CFT i utgangspunktet som

⁹² Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 178.

⁹³ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 5.3.

⁹⁴ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 5.4.

avgiftspliktig rådgivning⁹⁵. Dette underbygges også ved den vurdering som legges til grunn i forbindelse med tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven § 2-1 annet ledd nr. 3 som anses avgiftspliktige, jf. særlig pkt. 2.2.5.4.2 ovenfor. (Motsatt vurdering foretas når de ytede tilknyttede tjenester er en mindre vesentlig del av hovedtjenesten i den sammensatte ytelse som ut fra en helhetsvurdering må anses som finansiell⁹⁶, samt at de også er direkte tilknyttet hovedtjenesten.) Tjenester i denne kategori kan være rådgivning om kapitalstruktur, forretningsstrategi, markedsføring, organisering mv. i tilknytning finansielle transaksjoner ved fusjoner. Ytes slike tjenester som selvstendige tjenester vil de være avgiftspliktige.

Ved fisjoner regulerer aksjelovene kapittel 14 de selskapsrettslige spørsmål. En fisjon er kort fortalt det motsatte av en fusjon, nemlig en oppdeling av selskaper. Mange fusjonsregler gjelder tilsvarende ved fisjon, og teknikaliteter rundt gjennomføring av fisjoner faller utenfor denne oppgave. CFT i forbindelse med finansielle transaksjoner ved fisjoner følger i stor grad de samme vurderinger og utfordringer som nevnt i avsnittet ovenfor. Både for fusjoner og fisjoner må en lang rekke dokumenter utarbeides, som prospekter, planer, redegjørelser, uttalelser, erklæringer mv. Om en analogisk tolkning av vphl. § 2-1 annet ledd nr. 3 legges til grunn, vil slik rådgivning som der nevnes også gjelde fisjoner, selv om fisjoner ikke eksplisitt nevnes i lovteksten. Fusjon eller fisjon kan være et ledd i en omstrukturering ved en kommende børsintroduksjon eller en refinansiering og således være en handling som har sitt mandat i å skaffe kapital til veie for virksomheten nettopp gjennom finansielle tjenester. Leveres tjenestene selvstendig fra en ekstern konsulent (revisor, advokat mv.) vil de være avgiftspliktige etter "vanlig praksis". Leveres de som en integrert (og mindre vesentlig) del av en sammensatt ytelse fra en finansinstitusjon vil unntak kunne innrømmes. En slik tolkning vil etter mitt syn ikke være nøytral i det tjenestens art fortsatt er den samme, nemlig en finansiell tjeneste ved omsetning og formidling av finansielle instrumenter. Avgiftssubjektets status bør ikke bestemme avgiftsplikten, selv om dette kunne være både forenkende og mer

⁹⁵ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 179.

⁹⁶ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 173.

praktikabelt. Min vurdering er at nøytralitetsprinsippet skal være det bærende prinsipp for avgiftssystemet. (Om tjenester fra andre konsulenter da kan betraktes som unntatte underleveranser vil etter mitt syn også være betimelig i denne sammenheng, jf. avsnitt 3.1.1.5 ovenfor. Det går ikke nærmere inn på denne vurdering i oppgaven.)

Ved nedsetting av aksjekapital (aksjelovene kapittel 12), likvidasjon av selskaper (aksjelovene kapittel 16) mv. er ikke finansieringssituasjonen et fokusert område. CFT vil vanskelig kunne forsvares som en unntatt finansiell tjeneste i så måte etter mitt syn. Igjen kan dette være områder som er ledd i en total pakke som omhandler omorganiseringer av selskapsstrukturer med finansiering som hovedformål. Er deltjenestene selvstendige vil normalt avgiftsplikt foreligge. I motsatt fall vil slike tjenester kunne betraktes, dersom de også er å anse som uvesentlige i en større omorganisering, som del av en sammensatt unntatt finansiell ytelse. De samme utfordringer vedrørende nøytralitet melder seg som beskrevet i avsnittet ovenfor. Tjenester ved kapitalnedsettelse, likvidasjon mv. vil uansett ut fra realiteter og vanlig språkbruk ha vanskeligere for å bli knyttet sammen med tjenester som omhandler en virksomhets finansiering. Dog er det som nevnt ikke umulig.

3.1.2.2. Fremmedkapital (lån mv.)

Det vil stedvis være relevant å ta hensyn til vurderinger i pkt. 3.1.2.1 også hva gjelder fremmedkapital. Et effektivt kapitalmarked skal bidra til en allokering av ressurser og hensiktsmessig risikospredning. Finansiering gjennom egenkapitaltransaksjoner medfører innhenting av kapital fra kapitalmarkedet gjennom investorer. Finansiering gjennom fremmedkapital medfører innhenting av, og tilgang til, ekstern kapital fra kredittmarkedet, typisk lån fra banker, finansinstitusjoner og andre kreditorer. Andre kreditorer kan være så vel leverandører (hovedsakelig gjennom kortsiktig finansiering) som selskapets egne aksjonærer (aksjonærlån). Finansiering kan også foretas gjennom ansvarlige lån. Dette er en form for eierkapital og fremstår som lånefinansiering i en mer uprioritert og usikret form. Innhenting av ekstern kapital gjennom sertifikat- eller obligasjonsmarkedet er også sentrale finansieringskilder.

I dagligtale knyttes ordet fremmedkapital i første rekke til en virksomhets finansiering av drift og investeringer gjennom opptak av lån fra banker. Finansinstitusjoner skal bidra til verdiskapning gjennom effektiv formidling og allokering av kapital til både personer og virksomheter i lys av deres drift og investeringer. Til dette er det nødvendig med god og riktig informasjon, i riktig form og til riktig tid, for å motvirke problemer med asymmetrisk informasjon. Banker og finansinstitusjoner har en betydningsfull rolle i kredittmarkedet nettopp av hensyn til problemer med slik informasjon. Mindre låntakeres opptak av lån er ofte avhengig av lån fra banker da lån fra det øvrige kredittmarkedet, som deler av verdipapirmarkedet (eksempelvis sertifikat- og obligasjonsmarkedet), er umulig som følge av disse markeders kompliserte informasjonsbehov. Investorer i disse markeder vil således sjelden yte mindre virksomheter lån som følge av asymmetrisk informasjon og banker blir den naturlige og nødvendige samarbeidspart for disse virksomheter.

Som nevnt er en del av kredittmarkedet omfattet av lån gitt til virksomheter fra banker og finansinstitusjoner. Dette betegnes som lånemarkedet, og lånene kan være både kortsiktige og langsiktige. De skiller seg fra såkalte obligasjons- og sertifikatlån ved at det ikke utstedes standardiserte omsettelige ihendehaverbevis i tilknytning til lånopptaket. Utstedelse av standardiserte og omsettelige papirer medfører at penge- og obligasjonsmarkedet er en del av det som med en samlebetegnelse kalles verdipapirmarkedet. Lånemarkedet skiller seg fra penge- og obligasjonsmarkedet ved at finansinstitusjoner inngår som et mellomledd mellom långivere og låntakere⁹⁷. I dette mellomleddet fremstår utfordringer med formidling (megling) i tilknytning til hva som anses som avgiftsunntatte finansielle tjenester, spesielt hva angår CFT som tilknyttet tjeneste til en finansiell hovedtjeneste. Den tilknyttede tjeneste kan da ikke anses som selvstendig og må være en mindre vesentlig del i forhold til den finansielle hovedtjeneste i den sammensatte ytelse for å innrømmes avgiftsunntak. Utfordringer med hensyn til nøytraliteten overfor andre konsulenter og tilbydere av lignende tjenester oppstår på samme måte som nevnt i pkt. 3.1.2.1 ovenfor.

⁹⁷ NOU 2001: 29. *Best i test?* Referansetesting av rammevilkår for verdiskapning i næringslivet.

3.1.2.3. Salg/kjøp av egenkapitalinstrumenter (aksjer, selskapsandeler mv.)

Vurderinger i pkt. 3.1.2.1 ovenfor vil også her være relevante å se hen til.

Omsetning (og formidling) av verdipapirer (aksjer mv.) og forberedelser til slik omsetning medfører i stor utstrekning bruk av CFT. Ved omsetning (og formidling) av selskapsandeler i selskaper underlagt selskapsloven av 1985, til eksempel ansvarlige selskaper, kommandittselskaper mv., ytes også finansielle tjenester i form av "prosjektmegling". Selskapsandeler defineres ikke direkte som finansielle instrumenter etter verdipapirhandelloven § 2-2, men likestilles med slike⁹⁸. CFT i en slik sammenheng må vurderes opp mot tilknytningen til selve den unntatte omsetning (og formidling) av de finansielle instrumenter. I en situasjon der samtlige aksjer i et selskap selges eller kjøpes kan det ligge et incitament til i større grad å yte CFT som grenser inn mot avgiftspliktige rådgivningstjenester.

Det kan være mindre behov for utfyllende og beskrivende CFT (eksempelvis finansielle analyser) ved enkeltkjøp av aksjer, spesielt av mindre poster, men dette er selvsagt intet konkludent utsagn. Dette avhenger av behovet for analysetjenester i den enkelte situasjon som beslutningsgrunnlag. Etter mitt syn vil analyser ved salg/kjøp av aksjer som helt ut avhenger av analysene for gjennomføring av transaksjoner kunne knytte seg til en unntatt finansiell tjeneste. Der analysene tar form som et tilleggsargument i vurderingen er grensen mot avgiftspliktig rådgivning klarere. Således vil motivet for analysene kunne være et beskrivende moment i vurderingen av tjenestens art der dette ikke entydig fremkommer. Grensene her vil ikke være klare og gir ikke grunnlag for konkludent adferd.

Ved oppkjøp av aksjer i selskaper antas CFT i utgangspunktet som avgiftspliktig rådgivning⁹⁹. Dette underbygges også ved den vurdering som legges til grunn i forbindelse med tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven § 2-1 annet ledd nr. 5 som anses avgiftspliktige, dog ikke hvis de ytede tjenester er en mindre vesentlig del av, og direkte tilknyttet, den sammensatte ytelse som ut fra en

⁹⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 123.

⁹⁹ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 179.

helhetsvurdering må anses som finansiell¹⁰⁰. Tjenester i denne kategori er til eksempel investeringsanbefalinger, finansielle analyser og andre mer generelle anbefalinger tilknyttet finansielle transaksjoner som salg og kjøp av aksjer og selskapsandeler, oppkjøp av hele selskaper mv. For aksjetransaksjoner vises det i denne sammenheng til Carnegie/ABG-dommens premiss (38). Her kan utledes at så lenge tjenestene knyttes til aksjetransaksjoner som hovedtjeneste (både salg og kjøp, helt eller delvis), vil dette være omsetning og formidling av finansielle instrumenter med unntak fra merverdiavgift. Avgiftsforvaltningen virker mindre kategorisk¹⁰¹ enn nevnte dom synes å legge opp til, selv om det dog hyppig henvises til dommen i Merverdiavgiftshåndboken 2011.

For finansinstitusjoner vil rådgivning innen egenkapitalfinansiering, fremmedkapitalfinansiering og transaksjoner for øvrig falle naturlig inn under tjenestetilbudet. Slike tjenester vil alle bære preg av å være CFT i større eller mindre grad og underlegges de nevnte avgiftsmessige utfordringer hva angår unntak. Som nevnt tidligere kan slike tjenester i stor grad også ytes av andre konsulenter, til eksempel revisorer og advokater. Som følge av hvordan rettstilstanden har utviklet seg for CFT i tilknytning til unntatte finansielle tjenester, vil problemer med nøytraliteten oppstå i den forstand at disse konsulenter lettere blir å anse som tilbydere av avgiftspliktige tjenester etter "vanlig praksis" slik jeg ser det. Tilbys CFT av finansinstitusjoner kan de unntas avgift dersom de nevnte kriterier oppfylles. Tjenestenes art er dog den samme. Carnegie/ABG-dommen, jf. pkt. 4.1 nedenfor, konkretiserer rettstilstanden på området, men det vil uansett være avgrensingsproblemer i tilknytning til avgiftsbehandlingen i lys av en overordnet målsetning om et nøytralt og forenklet (praktiserbart) avgiftssystem. Den internasjonale tilpasning står som nevnte dom vil vise også helt sentralt i utviklingen.

¹⁰⁰ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. s. 173.

¹⁰¹ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 179.

4.1. "Carnegie/ABG-dommen" (Rt. 2009 s. 1632)

4.1.1. Faktum, bakgrunn og vurderinger

4.1.1.1. Problemstilling

Dagens rettstilstand for unntak fra merverdiavgift på finansielle tjenester med særlig vekt på CFT bygger i betydelig grad på vurderinger fra Carnegie/ABG-dommen. Litteratur som MVA-kommentaren av Gjems-Onstad/Kildal (4. utg.) og forvaltningens praksis gjennom Merverdiavgiftshåndboken 2011 (7. utg.) viser til (og bygger på) dommen. Saksgangen gjennomgås i kronologisk rekkefølge nedenfor. Problemstillingene er innledningsvis kommentert i pkt. 1.1.4 ovenfor. Ytterligere beskrivelser av faktum følger nedenfor i pkt. 4.1.1.2 og 4.1.1.3 gjennom en presentasjon fra Klagenemda for merverdiavgift (heretter KMVA) sammen med mine egne vurderinger. Etterfølgende gjennomgang av sakene i rettsapparatet følger deretter, også dette med enkelte egne kommentarer.

Hovedspørsmålet i Carnegie/ABG-dommen gjaldt forståelsen av unntaket i daværende merverdiavgiftslov etter Merverdiavgiftsreformen 2001 med vekt på CFT, jf. mval. (1969) § 5b første ledd nr. 4 bokstav e, som gjelder "... omsetning av ... finansielle instrumenter og lignende og meglings-tjenester ved slik omsetning, ..." Tilsvarende bestemmelse i gjeldende merverdiavgiftslov (2009) finnes i § 3-6 bokstav e, der bestemmelsen om *megling* fra merverdiavgiftsloven av 1969 er videreført innledningsvis som *formidling*.

4.1.1.2. KMVA-2006-5476

Saken gjelder klager ABG Sundal Collier Holding ASA (heretter ABG). Avgjørelse i klagenemda 21. august 2006. Gjennomgangen baseres på den del av saken som gjaldt CFT ved fusjon. Etter bokettersyn hos ABG i 2004 ble det etterberegnet merverdiavgift på det vederlag selskapet mottok for bistand til Gjensidige NOR ASA i forbindelse med fusjonen med DnB Holding ASA. Mandatavtale var inngått. Det mottatte vederlag (avgiftsgrunnlag ca. MNOK 28) var i følge fylkesskattekontoret relatert til avgiftspliktige rådgivningstjenester. KMVA ga som Skattedirektoratet Oslo fylkesskattekontor medhold i etterberegningen etter klage fra ABG som mente deres tjenester var unntatte meglings-tjenester.

I fylkesskattekontorets *primære* begrunnelse vises til FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 der denne tolkes til at tjenester vedrørende fusjoner ikke kan

knyttet til en unntatt finansiell tjeneste¹⁰². Fylkesskattekontoret er dog enig i selskapets anførsel om at tjenestens innhold skal bestemme avgiftspliktens omfang. Til dette anfører ABG uriktig faktum og rettsanvendelse. ABG anfører uriktig forståelse av verdipapirhandellovens bestemmelser om tilknyttede tjenester og at de utførte tjenester er avgiftsunntatte meglingstjenester¹⁰³ som underbygges av honorarets størrelse. ABG anfører at deres tjenester primært bestod av å oppnå best mulig pris for aksjene ved fusjonen og å få gjennomført fusjonen som innebar omsetning (bytte) av finansielle instrumenter. ABG anfører at slikt forarbeid er en finansiell tjeneste. Fylkesskattekontoret bestrider dette noe usikkert ved å argumentere for at salg av hele selskaper, fusjoner mv. ikke kan betraktes på samme måte som enkeltsalg av aksjer (megling/formidling). Fylkesskattekontoret anser norske avgiftsmyndigheter ubundet av utenlandsk rett som ABG henviser til.

I fylkesskattekontorets *subsidiære* begrunnelse blir spørsmålet om ABGs tjenester ved fusjonen har en direkte tilknytning til en unntatt finansiell tjeneste, dersom det forutsettes at slike tjenester *kan* ha slik tilknytning. ABG har med henvisning til svensk rett anført at fusjonen de er rådgiver for leder til en emisjon som underbygger nettopp en finansiell tjeneste ved at en fusjon anses som en emisjon, men med tingsinnskudd. ABG finner fylkesskattekontorets anførsel om ulik avgiftsbehandling mellom emisjoner og fusjoner feil og finner ikke denne vurdering i forarbeider eller andre sentrale uttalelser¹⁰⁴. Fylkesskattekontoret anfører at en emisjon *kan* være en finansiell tjeneste, men ikke ubetinget. De anfører samtidig at ABGs henvisning til utenlandsk rett ikke direkte retter seg mot fusjoner og derav er mindre relevant. Fylkesskattekontoret anfører videre at det vil være avgiftsmessig forskjell mellom det å utstede/formidle nye aksjer til nye eiere (emisjon) og der aksjer blir overlevert av overdragende selskaps eiere mot nye aksjer i overtakende selskap sammen med et kontantbeløp (fusjon) slik faktum er i denne sak¹⁰⁵. De anser tjenestene ved fusjonen som avgiftspliktige.

¹⁰² KMVA-2006-5476, side 18 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

¹⁰³ ABG henviser til og tolker SKDs uttalelse i tidsskriftet Revisjon og Regnskap nr. 2/2002 s. 54.

¹⁰⁴ Eksempelvis FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 og SKDs uttalelse i Revisjon og Regnskap nr. 2/2002 s. 54.

¹⁰⁵ KMVA-2006-5476, side 19 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

Skattedirektoratet (SKD) slutter seg i det alt vesentlige til fylkesskattekontorets anførsler om at CFT i denne sak er avgiftspliktige rådgivningstjenester. De poengterer dog at det er tjenestens art som er avgjørende for utfallet av avgiftsplikten og CFT kan være avgiftsunntatte hvis de er integrerte og sekundære deler av hovedytelsen der en sekundær ytelse ikke er et mål i seg selv, men et middel til å oppfylle hovedytelsen, jf. CPP-dommen. SKD anfører også en kategorisk tolkning av tilknyttede tjenester i verdipapirhandelloven som avgiftspliktige (som ved fusjoner og oppkjøp).

KMVA ga sin enstemmige tilslutning til SKDs vedtak, men under tvil. Hele vederlaget ble vurdert som avgiftspliktig. KMVA stemte for øvrig mot kravet om tilleggsavgift også på CFT da problemstillingen rundt merverdiavgift på finansielle tjenester var ny og tolkningsspørsmålene mange, samt deres tvil til SKDs vedtak.

Etter mitt syn er den *primære* begrunnelse til fylkesskattekontoret om at tjenester vedrørende fusjoner ikke kan knyttes til en unntatt finansiell tjeneste for kategorisk og tar FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 pkt. 4 på ordet, uten å se nevneverdig hen til pkt. 5.1. Tolkningsuttalelsen viser til at CFT er tjenester som kan knytte seg til omsetning av verdipapirer (herunder også forberedelse til slikt salg). I uttalelsen pkt. 5.1 reiser FIN *spørsmål* til om tilknytningen er til stede for *alle* tjenester i forbindelse med omsetning av verdipapirer (etter min vurdering også tjenester vedrørende fusjoner). De viktigste tjenestene i tilknytning til unntak fra avgiftsplikt er omsetning og formidling av aksjer i forbindelse med børsnotering, men FIN fremhever at alle tjenester må vurderes i forhold til kriteriene om å være *særskilte, spesifikke og vesentlige* (jf. kriterier i SDC-dommen) for å kunne klassifiseres som unntatt. Ut fra dette kan jeg ikke lese FINs uttalelse i retning av en kategorisk avvisning av rådgivning ved fusjon som en unntatt finansiell tjeneste slik fylkesskattekontoret har gjort. I et tenkt tilfelle kan selve børsnoteringen og videre omsetning av aksjer være avhengig av en forutgående fusjon. Således må hver situasjon vurderes isolert. Fylkesskattekontorets tolkning av FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 om at denne skiller mellom tjenester ved salg av enkeltaksjer som en unntatt finansiell tjeneste og tjenester ved salg av *alle* aksjer i et selskap, fusjon mv. som avgiftspliktige, synes etter mitt syn svakt begrunnet. En vurdering av tjenestenes

art bør legges til grunn og ikke om tjenestene knytter seg til salg av enkeltaksjer, alle aksjer, fusjon mv. Samme tjenestetype vil kunne ytes for alle disse scenarier. ABGs henvisning til utenlandsk rett fremstår dog til tider noe tilfeldig, men fylkesskattekontorets kategoriske avvisning av dette når de har funnet "sin" løsning¹⁰⁶, fremstår noe underlig i lys av en overordnet målsetning om tilpasning til internasjonal rett, dog selv om EU-retten ikke går foran norsk rett på området.

I fylkesskattekontorets *subsidiære* begrunnelse tas tolkningsuttalelsen pkt. 4 tilsynelatende på ordet (selv om de ikke eksplisitt henviser til uttalelsen) ved å anse CFT ved fusjoner som avgiftspliktig uavhengig av tjenestens art. Det later til at samme tjeneste etter fylkesskattekontorets vurdering således kan vurderes avgiftsmessig ulikt mellom fusjoner og emisjoner. Dette fremstår noe underlig.

SKDs henvisning tolkningsuttalelsen synes for meg også noe ureflektert, i det FIN uttrykkelig legger opp til en konkret vurdering av om de tjenester som er ytet har nødvendig tilknytning til en finansiell hovedytelse og således er unntatt fra avgiftsplikt¹⁰⁷, noe SKD ikke synes å vektlegge ved fusjoner.

4.1.1.3. KMVA-2006-5545

Faktum i denne sak omhandler også CFT. Saken gjelder klager Carnegie ASA (heretter Carnegie). Avgjørelser i klagenemda 16. oktober og 11. desember 2006. Etter bokettersyn hos Carnegie i 2004 traff Oslo fylkesskattekontor vedtak om at mottatt vederlag (også her avgiftsgrunnlag ca. MNOK 28) fra DnB Holdning ASA for bistand vedrørende fusjonen med Gjensidige NOR ASA måtte anses som vederlag for avgiftspliktige rådgivningstjenester¹⁰⁸.

Fylkesskattekontorets vedtak gjaldt også det vederlag (avgiftsgrunnlag ca. MNOK 5) Carnegie hadde mottatt fra Norsk Hydro ASA for bistand til salg av det heleide datterselskapet Carmeda AB og fra Posten Norge AS for bistand til salg av det heleide datterselskapet Ergo Bluegarden AS (avgiftsgrunnlag ca. MNOK 6). Også i disse tilfellene ble bistanden ansett som avgiftspliktig rådgivning¹⁰⁹. (Navn på selskaper i salgssituasjonen er endret fra behandlingen i KMVA til rettsapparatet,

¹⁰⁶ KMVA-2006-5476, side 25 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

¹⁰⁷ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 5.1.

¹⁰⁸ Rt. 2009 s. 1632, premiss (4).

¹⁰⁹ Rt. 2009 s. 1632, premiss (5).

men det prinsipielle utgangspunkt er det samme. Ut fra forenklingshensyn benyttes således selskapsnavnene fra behandlingen i rettsapparatet også ved min gjennomgang fra KMVA.)

Fylkesskattekontorets vedtak ble opprettholdt av Skattedirektoratet, dog med bortfall av tilleggsavgift med henvisning til KMVA-2006-5476. Vedtaket ble etter klage omgjort av klagenemnda, men Skattedirektoratet oversendte deretter klagenemndas vedtak til Finansdepartementet med anmodning om omgjøring. Ved FINs vedtak 6. juni 2007 ble klagenemndens vedtak omgjort og fylkesskattekontorets vedtak stående, dog med unntak av tilleggsavgift som ble stående frafalt.

Om fusjonen:

Problemstillingen er i stor grad sammenfallende med pkt. 4.1.1.2 ovenfor. Carnegie fremla prospekt til fusjonen og uttalelse i forbindelse med riktigheten av bytteforholdet. Carnegie kom sent inn i prosessen med fokus på å få gjennomført fusjonen etter å ha fremforhandlet og gjennomført nødvendige aksjetransaksjoner i kapitalmarkedet. Det ble ikke utarbeidet en formell mandatavtale slik det ble gjort i ABGs tilfelle, men partene hadde en felles forståelse for prosessen. Carnegie skulle honoreres gjennom "betinget honorar" etter gjennomført fusjon som følge av de forutgående aksjetransaksjoner.

Carnegie anfører at deres arbeid fremstår som unntatte meglingstjenester i tråd med gjeldende regelverk, der tilknyttede CFT ved fusjonen anses sekundære og følger avgiftsmessig behandling til unntatt omsetning og formidling av finansielle instrumenter som hovedtjeneste. Det argumenteres for at oppgjørsformen (penger eller aksjer) er uten betydning. Carnegie anfører videre at dersom tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven må vurderes på selvstendig grunnlag kan disse i seg selv også være unntatt fra avgift, slik de vurderer sine CFT ved fusjonen å være. De vurderer således sine tilknyttede tjenester til ikke å være av en slik karakter som FINs fortolkningsuttalelse av 15. juni 2001 nevner som avgiftspliktige tjenester ved fusjoner og oppkjøp. Det argumenteres således for feil rettsforståelse overfor fylkesskattekontorets side i deres *primære* begrunnelse om at arbeid med fusjoner ikke kan være tilknyttet en unntatt

finansiell tjeneste. Tjenestenes art skal være styrende, uavhengig av emisjon eller fusjon, og i nærværende sak er tjenestene tilknyttet verdipapirmegling i følge Carnegie. Det vises til SDC-dommen om underleveranser som fastslår at tjenester som er særskilte, spesifikke og vesentlige for gjennomføring av en unntatt finansiell hovedtjeneste også er å anses som unntatt. Carnegie henviser særlig til svensk og dansk rett, noe fylkesskattekontoret anser mindre relevant for nærværende sak. Fylkesskattekontorets anførsler er i stor grad sammenfallende med KMVA-2006-5476 og det vises til gjennomgangen i pkt. 4.1.1.2 ovenfor.

Mine synspunkter er også her sammenfallende med pkt. 4.1.1.2 ovenfor. Fylkesskattekontoret avviser Carnegies henvisning til utenlandsk rett og benytter samtidig sine egne henvisninger til svensk og dansk avgiftsforvaltning. I den tilsynelatende kategoriske uttalelse i FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 om tilknyttede tjenester (eksempelvis ved fusjoner og oppkjøp) som avgiftspliktige etter verdipapirhandelloven¹¹⁰, finner fylkesskattekontoret støtte for sitt syn og stiller seg tvilende til uttalelser fra Frode Heggdal Larsen og Trond Larsen¹¹¹ som uttrykker tvil til om FINs uttalelse gir uttrykk for gjeldende rett.

I sin *subsidiære* begrunnelse anfører fylkesskattekontoret at dersom fusjoner kan ha direkte tilknytning til en finansiell tjeneste blir spørsmålet om dette faktisk er tilfellet i Carnegies oppdrag overfor DnB Holding ASA. Anførselene samsvarer i all hovedsak med pkt. 4.1.1.2 ovenfor. Utenlandsk rett avvises fra fylkesskattekontoret etter Carnegies henvisning med bakgrunn i at forholdene ikke er sammenlignbare da sakene der ikke omhandlet fusjoner.

Mitt syn her er at fylkesskattekontoret selv viser til utenlandsk rett som ikke er fullt sammenlignbar med nærværende sak og bruker en analogisk tolkning til støtte for sitt syn. Fylkesskattekontoret tilpasser bruk og vekt av rettskilder til sin egen ønskede konklusjon, også hva angår utenlandsk rett som rettskildefaktor.

¹¹⁰ Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, pkt. 4.

¹¹¹ Frode Heggdal Larsen og Trond Larsen. 2004. *Finansielle tjenester og merverdiavgift*, pkt. 15.6.5.

I sin *atter subsidiære* begrunnelse¹¹² anfører fylkesskattekontoret at Carnegies henvisning til spesielt dansk avgiftspraksis ikke har betydning da Carnegie ikke kan sies å ha hatt tilstrekkelig fullmakt til å fastlegge vilkår i eller inngå avtale om fusjon. Dette kreves etter dansk praksis for avgiftsunntak. Fylkesskattekontoret trakk for øvrig i ettertid tilbake denne atter subsidiære.

Om salg av selskaper:

Carnegie påtar seg oppdrag som omfatter salg av alle aksjer i to selskaper, jf. pkt. 1.1.4 og dette punkt ovenfor. Carnegie anfører at *antall* aksjer som selges er et irrelevant argument i avgiftsvurderingen og at fylkesskattekontorets tolkning av FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 er feilaktig, med henvisning til svensk og dansk rett. Fylkesskattekontoret anser dog norske avgiftsmyndigheter ubundet av dette. Carnegie anfører feil rettsanvendelse, særlig med henvisning til SDC-dommen. Fylkesskattekontorets anførsler og begrunnelser er i stor grad sammenfallende med fusjonstilfellet nevnt ovenfor. Fylkesskattekontoret anfører på ny at pkt. 4 i FINs tolkningsuttalelse uttrykkelig uttaler at tjenester vedrørende fusjoner og oppkjøp (og da etter mitt syn med analogisk tolkning til salgstilfeller) ikke inngår i en finansiell tjeneste. Mitt syn er som tidligere at dette kan virke stridende mot tolkningsuttalelsens henvisning til en konkret vurdering av tjenestenes art som synes å fremkomme i pkt. 5.1 og kriteriene som trekkes frem fra SDC-dommen og tilpasning til svensk og dansk avgiftsrett. Om FIN *faktisk* har ment at verdipapirhandellovens eksemplifiserte tilknyttede tjenester kategorisk skal anses avgiftspliktige, er et spørsmål som kan stilles. Besvares dette bekreftende kan det også stilles spørsmål om dette er intensjonen etter gjeldende rett¹¹³ der tjenestenes art er det overordnede vurderingskriterium.

Skattedirektoratet (SKD) viser til KMVA-2006-5476 og anfører samme konklusjon, der CFT ved fusjon ikke omfattes av avgiftsunntaket. Når det gjelder salgsobjektene viser også SKD til FINs tolkningsuttalelse om tilknyttede tjenester og verdipapirhandelloven med en kategorisk tolkning av at tjenester vedrørende fusjoner og oppkjøp ikke omfattes av unntaket. I eget brev av 30. januar 2002

¹¹² KMVA-2006-5545, side 8 og 9 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

¹¹³ Frode Heggdal Larsen og Trond Larsen. 2004. *Finansielle tjenester og merverdiavgift*, pkt. 15.6.5.

uttaler også SKD at tjenester ved salg eller formidling av samtlige aksjer i et selskap anses som CFT med karakter av ren rådgivning som ikke unntas avgiftsplikt. SKD fremhever dog likevel at det er tjenestenes art (og hva som er formidling/megling) som bestemmer unntaket og ikke selve antallet aksjer som selges eller formidles. Det synes dog for meg som om SKD lettere kan argumentere for at CFT er avgiftspliktig ved salg av alle aksjene i et selskap, da nettopp fordi et fullstendig salg kan synes å bli brukt som et vurderingskriterium. Dette virker noe motstridende med kriteriet "tjenestens art".

SKD henviser også til CPP-dommen der oppdragsgivers bestilling skal vektlegges. Er ytelsen sekundær (ikke et mål, men et middel) i forhold til hovedytelsen styrer sistnevnte avgiftsplikt eller unntak. Ut fra dette later det til at SKD argumenterer for at tjenester i tilknytning til salg av aksjer er en rådgivende hovedtjeneste, og selve salget eller formidlingen er sekundær. SKD anser etter mitt syn selve salgsprosessen/formidlingen som en mindre teknisk formalitet i forhold til en rådgivende hovedtjeneste. I antall arbeidede timer kan dette synes riktig, men hovedformålet med tjenesten er jo selve salget eller formidlingen, og dette burde styre hva som er hovedytelsen etter mitt syn. SKD fremlegger en interessant henvisning til forhåndsuttalelse i Skatterettsnämnden 22. desember 2005 (Sverige) der rådgivende tjenester ved en selskapsoverdragelse ble ansett avgiftspliktige da det først sent i prosessen ble avklart om overdragelsen skulle foregå ved salg av aksjer eller innmat. Tjenester ved salg av aksjer vil således kunne betraktes som en unntatt finansiell tjeneste, og motsatt ved tjenester i tilknytning til innmatsalg. Når det først sent i en slik prosess blir avklart at overdragelsen skjer gjennom finansielle instrumenter bærer den forutgående rådgivning karakter av å være avgiftspliktig. Dette anser SKD å være i tråd med Carnegies oppdrag med salgsobjektene og henviser til sitt brev av 30. januar 2002¹¹⁴. Etter mitt syn er ikke tjenestenes art fullt ut styrende for SKD i vurderingen. Med henvisning til KMVA-2006-5476 foreslår SKD bortfall av tilleggsavgift. Dette indikerer at de støtter den tidligere nevnte sak i usikkerhetsmomentene.

¹¹⁴ KMVA-2006-5545, side 25 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

Nemdas medlem Langballe voterte også i nærværende sak slik som i sak KMVA-2006-5476, men dog slik at han nå endret sitt votum fra tidligere sak hvor han bemerket sin usikkerhet til slutningen. Også denne gang ble vedtak i KMVA fattet enstemmig. KMVA opphevet SKDs vedtak og anså vederlag for CFT som omfattet av avgiftsunntaket for finansielle tjenester vurdert ut fra tjenestenes art uavhengig av om CFT leveres i tilknytning til en fusjon. Type prosess (fusjon, emisjon mv.) ble således ikke vurdert som avgjørende. Det ble antydnet fra SKDs side om den endrede konklusjon fra KMVA-2006-5476 kunne skyldes at det for Carnegies vedkommende ikke forelå noe oppdragsbrev med beskrivelse av oppdraget ved fusjonen¹¹⁵, noe som etter mitt syn noe uheldig kan impliserer at mangel på "begivenhetsnære bevis" kom den klagende part til gode.

KMVA eksemplifiserte avgiftspliktige CFT til ulike former for "due diligence", verdivurderinger, tekniske beregninger av bytteforhold mv. Tjenester i tilknytning til å fremskaffe aksjeposter for å sikre oppdragsgiver støtte for sitt syn ble vurdert som unntatt¹¹⁶. Dette kan etter mitt syn begrunnes med at sistnevnte tjenester står nærmere et salg eller en formidling av selve de finansielle instrumenter som hovedtjeneste. Det kan for øvrig bemerkes at KMVA vurderte både fusjonsspørsmålet og spørsmålet om salg av aksjer (selskaper), men skilte ikke på dette i sin konklusjon da de anså grunnene som like i begge forhold.

SKD besluttet å oversende saken til FIN med anmodning om omgjøring, noe som ble tatt til følge etter vedtak 6. juni 2007. FIN begrunnet dette med at CFT ikke kunne anses som mindre vesentlige (sekundære og uselvstendige) enn den anførte hovedtjeneste, jf. for øvrig premisser i CPP-dommen, som av oppdragstaker ble vurdert til å være forhandlinger med aksjonærer og å fremskaffe aksjeposter i Gjensidige NOR ASA (som også var oppdragsgiver) med henblikk på å oppnå tilstrekkelig kontroll i forhold til gjennomføring av fusjon med DnB Holding ASA, samt megling ved salg av selskaper. FIN la til grunn at CFT i akkurat denne saken (fusjon og salg) inneholdt andre og vesentlige elementer knyttet til økonomisk rådgivning slik at CFT ikke kunne klassifiseres som en unntatt finansiell tjeneste. Hele vederlaget ble således også her vurdert som

¹¹⁵ Skattedirektoratets melding 3/10 av 26. mars 2010, side 3.

¹¹⁶ KMVA-2006-5545, side 26 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

avgiftspliktig. Det later dog ikke til at FIN la dette til grunn som en generell vurdering av fusjoner (og for så vidt også salg) slik de forutgående instanser mer kategorisk gjorde. Deretter fortsatte begge sakskomplekser inn i rettsapparatet etter stevning fra både ABG og Carnegie, jf. nedenfor.

4.1.2. Tingretten

4.1.2.1. Oslo tingrett - Utv. 2008 s. 148

Oslo tingrett dom 11. desember 2007, ABG mot staten v/Skattedirektoratet.

Gjennomgangen baseres også her på den del av saken som gjaldt CFT ved fusjon og saksøker fikk medhold i at de var unntatte finansielle tjenester. Det var uten betydning at de var ytet i forbindelse med fusjon. Det ble ytet sammensatte ytelser der de finansielle ble ansett som hovedytelsen. Tjenestenes art var det sentrale i vurderingen.

ABG hadde som tidligere nevnt mandatavtale med oppdragsgiver (Gjensidige NOR ASA) der de skulle bidra til best mulig pris og betingelser for eiertransaksjoner slik at oppdragsgiver kunne sikre gjennomføring av fusjon med DnB Holding ASA til gunst for eiere og kunder. For oppdragsgiver var det da behov for eierskifte av aksjer (både utstedelse av nye og eierskifte på gamle) slik at et nødvendig flertall (2/3) kunne oppnås på generalforsamling for fusjon. Arbeidet med å oppnå best mulig pris for aksjene (gjennom ulike former for CFT) var kun et middel til å få gjennomført aksjetransaksjonene som hovedtjeneste (unntatt verdipapirmegling) og ikke et mål i seg selv.

Videre viser dommen til anførsler fra sakens forutgående behandling som ikke kommenteres nærmere her, jf. ovenfor i pkt. 4.1.1.2. I hovedforhandlingen var advokat Robert Mikelsons fra København innkalt som vitne for å underbygge eventuell motstrid mellom dansk og norsk praksis ved unntak for CFT (noe ABG anfører). Mikelsons sammenfattet tre grunnleggende betingelser for unntak¹¹⁷:

- *”Ydelserne skal leveres af en tjenesteyder/mellemand, der ikke selv er part i en kontrakt om finansielt produkt.*
- *Tjenesteyderen/mellemanden skal have bemyndigelse til selvstændigt at forhandle på vegne av en part i en kontrakt om et finansielt produkt.*
- *Tjenesteyderens/mellemandens andre ydelser enn formidlingsydelsen skal være midler til at udnytte formidlingsydelsen på de bedst mulige betingelser.”*

¹¹⁷ Utv. 2008 s. 148, side 6 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata)

Også etter svensk rett anføres motstrid med norsk rett etter uttalelser i betenkning fra professor dr. juris Anders Hultqvist. Skattedirektoratet (SKD) anførte som vist i pkt. 4.1.1.2 at motstrid med utenlandsk rett måtte vike for FINs tolkningsuttalelse om at tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven er avgiftspliktige (eksempelvis tjenester ved fusjoner og oppkjøp). Som tidligere nevnt stilles det spørsmål om FINs tolkningsuttalelse er i tråd med intensjonen etter gjeldende rett¹¹⁸. Et annet spørsmål som jeg mener kan være betimelig er da om FIN faktisk *skal* tolkes så kategorisk som SKD anfører (tolkningsuttalelsens pkt. 4), jf. ordlyden i uttalelsens pkt. 5.1, som etter mitt syn fremhever en vurdering av tjenestenes art og funksjon etter SDC-dommen som et overordnet vurderingskriterium for avgiftsbehandlingen, sammen med henvisninger til svensk og dansk rett.

Tingretten henviste også til klagenemdas avgjørelse i KMVA-2006-5545 (Carnegie) og uttrykte enighet med nemdas avgjørelse. Flere tjenester kan leveres ved en fusjon og det vil ikke være avgjørende om tjenestene kalles CFT eller knyttes til en fusjon. Tjenestens art er det avgjørende. Tingretten viser til, og bygger på, FINs omgjøring av KMVA-2006-5545 og hevder uttalelsene til FIN i denne sammenheng kan tolkes som at de forlater standpunktet der tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven kategorisk skal vurderes som avgiftspliktige (slik fylkesskattekontoret og SKD gjorde). FINs vurdering i saken baserte seg på en vurdering av tjenestenes art (dog selv om omgjøring av klagenemdas vedtak ble et faktum fordi rådgivningstjenestene ikke ble vurdert som sekundære i forhold til hovedytelsen med forhandling med aksjonærer og fremskaffing av aksjer). Tingretten mener dette er i tråd med en målsatt tilpasning til svensk og dansk avgiftsrett som også FIN legger til grunn for hvordan norsk rett skal praktiseres på området. Tingretten viser igjen til, og tolker, FINs begrunnelse ved omgjøring av KMVA-2006-5545 hvor vurderingen må være om det foreligger en avgiftsunntatt hovedytelse og de andre (avgiftspliktige) ytelser i tilknytning til hovedytelsen er mindre vesentlig enn denne for å kvalifisere til avgiftsunntak. (Om de tilknyttede tjenester er særskilte,

¹¹⁸ Frode Heggdal Larsen og Trond Larsen. 2004. *Finansielle tjenester og merverdiavgift*, pkt. 15.6.5.

spesifikke og vesentlige for gjennomføringen av hovedtjenesten kan også etter mitt syn trekkes inn i vurderingen, jf. for øvrig premisser i SDC-dommen som også FINs tolkningsuttalelse pkt. 5.1 henviser til.) I ABGs tilfelle var også meglings-tjenestene et av flere elementer, og tingretten fant det irrelevant om det megles med kjente eller ukjente aksjonærer. Det avgjørende var å fremskaffe aksjeposter slik at fusjonen ble gjennomført. Spørsmålet var da om rådgivningen som ble ytet eller meglingen var hovedelementet og hva som genererte en betalingsvillighet på MNOK 28 i honorar. Tingretten mener det avgjørende var å få overtalt aksjonærene (meglet) slik at fusjonen ble gjennomført. Øvrig rådgivning hadde ellers mindre verdi, og verdivurderinger, beregning av bytteforhold mv. var noe oppdragsgiver trengte for å få gjennomført fusjonen etter en vellykket verdipapirmegling. Sistnevnte var således en unntatt finansiell tjeneste (den etterspurte hovedtjeneste fra oppdragsgiver) som førte til målet (fusjonen) og rådgivningen i tilknytning til dette var kun et middel på veien til målet (sekundær, mindre vesentlig og av underordnet betydning i forhold til hovedtjenesten), jf. for øvrig terminologi i CPP-dommen. Saksøker ABG vant frem i tingretten. Hver av partene ble dømt til å bære sine egne saksomkostninger. Dommen ble anket av staten v/Skattedirektoratet til Borgarting lagmannsrett.

4.1.2.2. Oslo tingrett - Utv. 2008 s. 1076

Oslo tingrett dom 17. april 2008, Carnegie mot staten v/Skattedirektoratet.

Saksøker fikk medhold i at CFT ved fusjon og salg av alle aksjer i to selskaper primært hadde karakter av unntatte meglings-tjenester. Således følger biytelser avgiftsvurderingen til de primære ytelser (hovedytelseslæren). Tilpasning til EU-retten, særlig Sverige og Danmark, stod sentralt.

For sakens forutgående behandling vises til pkt. 4.1.1.3, samt til kommentarer til FINs omgjøring av KMVA-2006-5545 (Carnegie) i pkt. 4.1.2.1 ovenfor. FINs nevnte omgjøring var også begrunnet i en tilpasning til ABG-saken som i KMVA-2006-5476 inntok motsatt konklusjon i forhold til Carnegie-saken, KMVA-2006-5545, og betydningen denne motstrid i KMVA ville få da det var reist søksmål i begge saker med tilsvarende karakter.

Partene i saken var enige om at det forelå omsetning av aksjer i tilfellet med salget av de to selskaper, samt vedrørende et større strategisk kjøp av aksjer for

Carnegies oppdragsgiver, DnB Holding ASA, fra en større aksjonær i fusjonspartner Gjensidige NOR ASA (K Capital Partners). Vedrørende prosessen med kjøp av aksjer i Gjensidige NOR ASA fra andre aksjonærer, både mindre aksjonærer, samt de større aksjonærer Sparebankstiftelsen og Gjensidige Forsikring, mente derimot staten det ikke forelå tjenester til omsetning eller formidling av aksjer. Retten bemerket at internasjonal tilpasning med hensyn til konkurransevridning mv. var en viktig intensjon med praktiseringen av regelverket i Norge etter forarbeidene. Lovtolkning i hvert enkelt tilfelle ut fra alminnelige rettskildeprinsipper var dog styrende for unntaket for finansielle tjenester, dog med henvisning til blant annet SDC-dommen (og en dom fra Gøteborgs Kammerrätt av 18. januar 2008) om at unntaket skulle tolkes restriktivt. Tjenestenes art, og ikke avgiftssubjektene, var styrende.

Det ble lagt til grunn at det var aksjene i de to salgsubjekter som skulle selges, og ikke innmaten. Dette ble også resultatet. Retten la også til grunn at om salg skjer med en begrenset aksjepost eller i sin helhet var uten betydning. Det henvises til rettens forståelse av nevnte dom fra Gøteborgs Kammerrätt. Rettens oppfatning ble et spørsmål om Carnegies oppdrag var en (unntatt) meglingstjeneste eller (pliktig) rådgivningstjeneste og hva som etter dette vurderes som hovedytelsen. Den sekundære ytelse (et middel til å nå målet med hovedytelsen) følger hovedytelsens avgiftsmessige status. Dette tilsvarende for øvrige vurderinger CPP-dommens premiss (30) og Volker Ludwig-dommen premiss (18). Retten viser også til FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 hvor omsetning av tilknyttede tjenester kan unntas avgift hvis de er sedvanlige eller naturlige til hovedtjenesten og mindre vesentlige eller underordnet denne (uttalelsen pkt. 4, jf. for øvrig også CPP-dommen om sekundære tjenester). Retten fremhevet at tolkningsuttalelsens henvisning til verdipapirhandellovens tilknyttede tjenester som kategorisk avgiftspliktige ikke var en riktig rettsoppfatning da alle tjenester må vurderes etter sin art, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124. Staten anførte at rådgivningstjenestene var i klar overvekt ved salgsprosessen med henvisning til svensk rettspraksis ved Regjeringsrättens dom av 28. november 2006. Retten var dog av den oppfatning at Carnegies hovedoppdrag var å megle frem salg av aksjer, samt gjennomføre salg og ordinær megling. Statens henvisning til svensk

dom av 28. november 2006 ble ansett å inneha en større andel rådgivning enn i nærværende sak og var således av mindre relevant betydning. Retten fremhevet i stedet henvisningen i FINs tolkningsuttalelse til bindende forhåndsuttalelse fra Riksskatteverket i Sverige av 2. november 1999 hvor CFT i forbindelse med omsetning og formidling av aksjer ble omfattet av unntaket for finansielle tjenester. Retten viste også til andre uttalelser fra både svensk og dansk rett som konkretiserte biytelser som avgiftsunntatte i en tilsvarende sammenheng, der retten vurderte biytelsene i de henviste saker som vel så omfattende som i Carnegies tilfelle. Vederlaget til Carnegie var hovedsakelig basert på "suksesshonorar", noe FINs tolkningsuttalelse for øvrig uttaler at ikke har betydning for vurderingen. I FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 til KMVA-2006-5545 modererer departementet seg på dette punkt. Etter rettes syn er et suksesshonorar velegnet til å indikere hva som er oppdragets mål og det viktigste element for oppdragsgiveren¹¹⁹. Siden honoraret baseres på at aksjer selges vurderes dette således som en indikasjon på at unntatt omsetning av finansielle instrumenter er hovedytelsen, altså unntatte meglingstjenester.

Hva gjelder arbeidet med fusjonen fremhever retten Ot.prp. nr. 2 (2000-2001)¹²⁰ som kilde til at tilknyttede tjenester etter verdipapirhandelloven ikke kategorisk er avgiftspliktige, noe som har vært brukt som sterke argumenter i den tidligere behandling fra avgiftsforvaltningens side (særlig med fokus på fusjoner og oppkjøp) med henvisning til FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001. Etter Ot.prp. nr. 2 (2000-2001)¹²¹ er ordlyden vedrørende verdipapirforetak "... i stor utstrekning innebære ...", noe som etter mitt syn ikke kan tolkes som en kategorisk oppramsing av avgiftspliktige tjenester, men at tjenestens art er det altoverskyggende i vurderingen om avgiftsplikt. Retten fremhever også henvisninger til den danske Momsvejledning (gjeldende fra 16. juli 2007, pkt. D.11.11.8.2) der CFT omfattes av fritaket for formidlingstjenester hvis oppdragsgivers hensikt er omsetning av en ellers unntatt finansiell tjeneste og tjenesteyter er bemyndiget helt eller delvis til å fastlegge avtalevilkår eller inngå avtaler. Nevnte Momsvejledning fremhever bistand gjennom CFT i forbindelse

¹¹⁹ Utv. 2008 s. 1076, side 12 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

¹²⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) side 124.

¹²¹ Ot.prp. 2 (2000-2001) side 124.

med *formidling av fusjoner og virksomhetsoverdragelse* som slike unntatte tjenester. Mitt syn er at nevnte krav til bemyndigelse kan bygge på ulike avtaleformer, også muntlig. Det avgjørende bør være partenes forståelse og intensjon med det felles oppdrag. Retten forstår den danske Momsvejledning slik at CFT er en unntatt meglingstjeneste eller unntatt som tilknyttet del til en meglingstjeneste (som da etter mitt syn må forutsettes å være hovedtjenesten).

Avslutningsvis kan nevnes at Carnegie kom inn et godt stykke ut i selve fusjonsprosessen, noe som ikke later til å ha vært av betydning i denne dom. Oppdraget var å skaffe aksjonærstøtte, særlig viktig var kjøpet av K Capital Partners' 5 % eierandel i Gjensidige NOR ASA (som dog i Høyesterett ble holdt utenfor saken som et særskilt meglingsoppdrag), slik at en strategisk fusjon ble gjennomført. Arbeid med prospekt, uttalelse om bytteforhold mv. var kun mindre arbeider, i følge Carnegies administrerende direktør. Rettens syn var at arbeid med å skaffe aksjonærstøtte var Carnegies hovedinnsats og dette kunne ikke henføres til rådgivningsvirksomhet, og således måtte dette arbeidet anses som en unntatt meglingstjeneste med fusjonen som følge. Det er etter rettens syn irrelevant om omsetningen av finansielle instrumenter skjedde med nye eller gamle aksjonærer (i sistnevnte tilfelle en bytting av aksjer for enkelte av Gjensidige-aksjonærene ved at disse mottok DnB-aksjer). Retten mener også at Carnegies suksesshonorar på MNOK 28 indikerer at dette ikke dreier seg om en rådgivningstjeneste, men en prosess som leder til unntatt omsetning og formidling av finansielle instrumenter. Rettens henvisning til EU-retten, spesielt svensk og dansk rett, veier tungt i konklusjonen, hvor anvendelse av alminnelige rettskildeprensippene i den konkrete sak er avgjørende. Staten tapte saken fullstendig og FINs omgjøringsvedtak av KMVA-2006-5545 ble sluttet ugyldig. Staten ble også dømt til å betale saksomkostninger til Carnegie. Dommen ble anket av staten v/Skattedirektoratet til Borgarting lagmannsrett.

4.1.3. Lagmannsretten

4.1.3.1. Borgarting lagmannsrett – Utv. 2009 s. 201

Borgarting lagmannsrett dom 15. januar 2009, staten v/Skattedirektoratet mot ABG gjaldt andre forhold enn CFT ved fusjonen mellom Gjensidige NOR ASA og DnB Holding ASA. Sistnevnte forhold ble dog kommentert i dommen.

Saksforberedende dommer besluttet 1. oktober 2008 at statens anke i ABG-saken skulle forenes til senere felles behandling med Carnegie-saken. Dette etter statens begjæring i prosesskriv av 19. mai 2008 om å ta spørsmålet om CFT ved fusjonen ut av saken begrunnet ut fra hensiktsmessighet da saksforholdet og rettsspørsmålene i all hovedsak var identiske i de to saker. Partene hadde ingen innsigelser til dette. Lagmannsrettens vurdering og dom hva gjelder de to nevnte saker forenes således i samme sak, jf. pkt. 4.1.3.2 nedenfor.

4.1.3.2. Borgarting lagmannsrett – Utv. 2009 s. 780

Borgarting lagmannsrett dom 4. mai 2009, staten v/Skattedirektoratet mot ABG og Carnegie. Spørsmålet gjaldt CFT ved fusjon og salg av selskaper der verdipapirforetakene hadde ytt sammensatte tjenester som dels var avgiftspliktig rådgivning og dels unntatt verdipapirmegling. Lagmannsretten kom til motsatt konklusjon i forhold til tingretten i både fusjonsspørsmålet og spørsmålet om virksomhetsoverdragelse, og anså ikke meglingstjenester som hovedytelsen ved oppdraget og således intet grunnlag for unntak fra avgiftsplikt for noen del av tjenestene¹²². Staten v/Skattedirektoratet ble frifunnet og Carnegie/ABG ble begge dømt til å betale statens saksomkostninger. Dommen ble anket inn til Høyesterett, jf. pkt. 4.1.4 nedenfor.

Kort oppsummert bistod ABG og Carnegie sine oppdragsgivere (hhv. Gjensidige og DnB) med finansiell rådgivning ved verdifastsettelse, vurdering og beregning av bytteforhold, annen rådgivning, samt kontakt med aksjonærer i tilknytning til fusjonsprosessen. Carnegie bistod også til salg av to heleide datterselskaper tilhørende Posten Norge AS (salg av Ergo Bluegarden AS) og Norsk Hydro ASA (salg av Carmeda AB). Som nevnt i avsnittet ovenfor tapte ankemotpart ABG og Carnegie for ankende part, staten v/Skattedirektoratet. Sistnevnte anket med bakgrunn i uriktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Se ellers den forutgående saksgang ovenfor.

¹²² Min bemerkning er her en inkurie, men i dommen fremstår et mulig feiltrykk på side 1 og 9 i utskrift fra Gyldendal Rettsdata, samt kontrollert opp mot Lovdata, i det dommen omtaler "avgiftspliktige meglingstjenester". Jeg antar det korrekte i denne sammenheng skal være at meglingstjenestene er unntatt avgift.

Ankende part anførte at de unntatte meglingstjenester var mindre vesentlig eller underordnet rådgivnings- og konsulenttjenestene. Oppdraget med fusjonen inneholdt kun elementer av finansielle meglingstjenestene. Ankende part anførte videre at unntaket i følge forarbeidene skulle defineres snevert og kun omfatte mer "tradisjonelle" meglingsoppgaver, således at arbeid med fusjoner og virksomhetsoverdragelser holdes utenfor unntaket. Dette i tråd med avgjørelser om merverdiavgiftsplikt i EU, særlig Sverige og Danmark, i følge ankende part.

Ankemotpart ABG og Carnegie anførte at oppdragsgivers formål med fusjonsoppdraget i hovedsak bestod av å påvirke aksjonærenes holdning til fusjonen og å sikre flertall for denne. Arbeid med prospekt, bytteforhold mv. var kun nødvendig for å overbevise aksjonærene. Aksjetransaksjoner og megling rundt disse var etter denne vurdering hovedmålsetningen som kunne lede til en målsatt fusjon for oppdragsgiver. Andre tjenester av rådgivende karakter var således sekundære i forhold til unntatt verdipapirmegling. Ankemotpartene anførte også at oppdragsgiver kun var villig til å betale for oppdraget ved en vellykket gjennomføring ("success fees") av fusjonen og at dette indikerte behovet for en vellykket verdipapirmegling som den klare hovedtjeneste. ABG og Carnegie ble valgt fordi de hadde den rette spisskompetanse i verdipapirmarkedet og med meglingsvirksomhet, med stor gjennomslagskraft overfor aksjonærer i kapitalmarkedet vedrørende "kritiske aksjekjøp" mv. Ellers kunne andre konsulenter ha utført de andre rådgivningstjenestene dersom dette hadde vært hovedmålsetningen. Hovedmålsetningen sett fra kundens perspektiv var således helt avgjørende for hvilke deler av den sammensatte ytelse som var å betrakte som hovedytelsen. Henvisninger til EU-retten, særlig Sverige og Danmark ble lagt til grunn, samt spesielt premiss (30) i CPP-dommen, premiss (18) i Volker Ludwig-dommen, den danske Momsvejledningen og vitneprovet fra advokat Mikelsons fra Danmark. Alt dette tidligere kommentert i oppgaven. Det ble også igjen vist til FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 og dennes anmodning om tilpasning av norsk rett til praktiseringen i EU, særlig Sverige og Danmark.

Ankemotpart Carnegie sluttet seg i det alt vesentlige til ABGs anførsler, jf. ovenfor. Carnegie fremhevet også at om aksjetransaksjoner knyttet seg til

fusjoner eller salg av samtlige aksjer i selskaper, eller om det også ble ytet rådgivningstjenester, var dette uten betydning slik saken stod. Carnegie anførte at engasjementet med salg av de to heleide datterselskaper var meglingstjenester da det ikke var snakk om salg av innmat. Oppdragsgiver etterspurte Carnegies spisskompetanse og kontaktnett innen verdipapirmarkedet med hensyn til å oppnå best mulig pris for aksjene¹²³.

Lagmannsretten poengterer at meglingstjenester ved omsetning av aksjer ikke er merverdiavgiftspliktige og tar stilling til hva som kjennetegner slike tjenester. Retten finner det ikke tvilsomt at påvirkning og forhandling med aksjonærer med henblikk på å gjennomføre en fusjon er meglingstjenester og at selve omsetningen av aksjer kan ta ulike former (også der aksjonærer i overdragende selskap får aksjer i overtakende) og likevel kvalifisere som unntatt omsetning i avgiftsmessig forstand. Informasjonstjenester mv. som faller naturlig inn i en fusjonsprosess vil derimot normalt ikke inngå som meglingstjenester, men om de fremstår som en integrert del av sistnevnte tjenester kan de dog likevel omfattes avgiftsmessig. Retten anfører således at det er "den dominerende del" av tjenestene i oppdraget som styrer avgiftsplikten. Unntak fordrer at den dominerende del er verdipapirmegling og at rådgivning er underordnet dette. Igjen er de generelle prinsipper fra CPP-dommen og Volker Ludwig-dommen en viktig rettskilde (hovedytelseslæren). Retten anfører at i de situasjoner der tjenestene i et oppdrag er så integrerte at ingen elementer kan anses som hovedytelsen, vil hele vederlaget være avgiftspliktig, såfremt ikke meglingstjenestene eller deler av oppdraget kan anses som en selvstendig meglingstjeneste¹²⁴. Er hovedytelsen i oppdraget meglingstjenester vil hele vederlaget være unntatt merverdiavgift dersom rådgivningstjenestene er mindre vesentlig eller underordnet meglingstjenestene.

Lagmannsretten fant ikke klare holdepunkter i forarbeider eller rettspraksis på hva som kjennetegnet situasjoner der meglingstjenestene ble ansett som hovedytelsen i et corporate-oppdrag. Dog viser retten til Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 136 som fremhever et uttrykt ønske om færrest mulige unntak der disse

¹²³ Utv. 2009 s. 780, side 8 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

¹²⁴ Utv. 2009 s. 780, side 10 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

må særskilt begrunnes. Mer "tradisjonelle" meglingstjenester omfattes, men ellers med en snever fortolkning. Lagmannsretten fremhever også FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 pkt. 5.1 som sentral med tilpasning til EU, særlig Sverige og Danmark. Uttalelsen fremhever som kjent SDC-dommens kriterier med at en særskilt, spesifikk og vesentlig tjeneste i tilknytning til unntatte finansielle tjenester kan omfattes av unntaket. Retten fremhever også at EUs avgiftsdirektiv ikke inneholder et generelt unntak for mellommannstjenester, men at en del formidlingstjenester tilknyttet bank-, finansierings- og forsikringsvirksomhet unntas. Det vises til tidligere omtalte bindende forhåndsuttalelse av 2. november 1999 fra Riksskatteverket i Sverige (med utgangspunkt i EF-domstolen praksis, særlig CPP-dommen) og at denne har lagt føringer på praktiseringen i EU. Ankende part har anført at denne uttalelse i første rekke henspiller på salg og formidling ved oppdrag med børsintroduksjoner (eksempelvis emisjoner). Ankemotpart Carnegie/ABG har anført at det ikke er noen særlig forskjell på arbeid med emisjoner eller fusjoner da tjenestene er av samme karakter og uttalelsen således er relevant også ved fusjoner. Retten fremhever at det er de konkrete utførte tjenester som er sentralt, herunder hva som er hovedytelsen, og ikke om tjenestene utføres gjennom emisjon, fusjon, børsintroduksjon mv. Retten finner veiledning i EF-domstolens praksis, men fremhever at disse dommer gjelder andre saksforhold enn megling med aksjer i en fusjonsprosess. Om meglingstjenestene anses så dominerende at dette bestemmer hovedytelsen som finansiell må avgjøres ut fra tjenestenes egenart i transaksjonen.

Ankemotpart Carnegie/ABG har på sin side i særlig grad henvist til Volker Ludwigdommen (som samsvarende med EF-domstolens praksis), der tjenester ikke kunstig måtte oppdeles i avgiftsmessig forstand, men la hovedytelsen styre sekundærytelsens avgiftsmessige status, jf. dommens premiss (17), (18) og (20). Dommen fremhever i premiss (19) at suksesshonorar også er en indikator på hovedytelsen. Dommens premiss (21) uttaler dog at unntak skal fortolkes strengt. Den danske Momsvejledning uttaler også med henvisning til EF-domstolen prinsippet om hovedytelser og biytelser, der biytelsen er et middel til målet og ikke et mål i seg selv for kunden. Tjenestenes objektive egenart og

kundens perspektiv er avgjørende. Hva som er sentralt, vesentlig eller dominerende må således baseres på hva oppdragsgiver har bestilt og hva denne i realiteten har betalt for av de utførte tjenester¹²⁵. Dette er etter lagmannsrettens syn styrende prinsipper i EF-domstolen, og henviser til domstolens fokus på hva som er mål og midler sett fra kundens perspektiv når bevisvurdering av om meglingstjenestene er sentrale, vesentlige eller dominerende for oppdraget skal foretas. Lagmannsretten fremhever at oppdragsgivers oppfatning av disse spørsmål i etterkant er av mindre betydning, det er intensjonen i forkant av gjennomføringen av oppdraget som er sentralt i bevisvurderingen.

Lagmannsretten går videre inn i selve bevisvurderingen. Etter mitt syn knesettes et prinsipp om skepsis til partenes uttalelser i etterkant av avtaleinngåelse. Spesielt fremheves klare incentiver om å unngå avgift som styrende for Carnegie/ABGs etterfølgende argumentasjon i retning av at meglingstjenestene var den dominerende del av oppdraget. Retten fremhever forutgående avtaler, eksempelvis mandatavtaler, og hva som sedvanlig utføres ved slike oppdrag som sterkere bevis enn etterfølgende forklaringer. Krav til kompetanse hos så vel oppdragsgiver som tjenesteyter, samt oppdragenes egenart og den sentrale interesse i fusjonsgjennomføringen, må vurderes når oppdragsgiver velger samarbeidspartner og om sistnevnte har særlige egenskaper i forhold til oppdragsgivers ønske om gjennomføring av oppdraget. Slike vurderinger må baseres på bevis i forkant av oppdraget og ikke etterfølgende muntlige forklaringer, i følge lagmannsretten.

Lagmannsretten legger stor vekt på mandatavtalen som ABG inngikk med Gjensidige NOR ASA forut for oppdraget. Denne inneholder i stor grad rådgivende elementer som verdivurderinger, bytteforhold, "due diligence", utarbeidelse av materiell og avtaleverk, forhold rundt transaksjonsstrukturer, forhandlinger med fusjonsmotpart, markedsføring mv. Et par av punktene i avtalen gikk ut på mulig diskusjon med aksjonærer og markedsføring overfor potensielle investorer, noe som isolert sett kan kjennetegne verdipapirmegling

¹²⁵ Utv. 2009 s. 780, side 15 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

etter mitt syn. Utad ble ABG ble presentert som bankens finansielle rådgiver, som med tyngde og kvalitet skulle tilrettelegge og gi råd i fusjonsprosessen. I markedsføringen overfor potensielle investorer var ABGs rolle av mer tilretteleggende og rådgivende karakter overfor ledelsen, og de opptrådte ikke direkte utad mot aksjonærene. Retten finner mandatavtalen lite konkret hva angår meglingstjenester og hva disse eventuelt innebar, spesielt hva angikk punktet om kontakt med aksjonærer som skulle foregå "etter nærmere avtale". Finansdirektør i Gjensidige NOR ASA forklarte at ABG hadde oppgaver overfor aksjonærene med å overbevise disse om fusjonen. Således finner retten at det forelå betydelige informasjons- og rådgivningsoppgaver overfor aksjonærene, og gjennom sitt analysearbeid fikk ABG godt grunnlag for disse oppgaver. Retten finner det ikke sannsynliggjort at meglingstjenestene var innenfor kjernen av "tradisjonelle" meglingstjenester ut fra sakens opplysninger.

Lagmannsretten legger til grunn at vederlag i form av "success fees" ikke har noen betydning i forhold til hva som anses som hovedtjenesten slik ankemotpart fremhever. Retten bygger på FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001, moderert ved FINs omgjøringsvedtak i KMVA-2006-5545 av 6. juni 2007. Lagmannsretten finner ikke at honoraret i nærværende sak var å påvirke meglingsarbeidet da oppdragsgivers siktemål var å få gjennomført en fusjon. Suksesshonoraret gir således ingen indikasjoner på hvilke elementer i arbeidet med å nå den målsatte fusjon som var viktigst. Honoraret utløses ved gjennomført fusjon, ikke hvordan dette målet oppnås, i følge lagmannsretten.

Således har lagmannsretten kommet til at meglingstjenestene ikke er den finansielle hovedtjeneste. Det ble også utført en rekke andre betydningsfulle rådgivnings- og konsulenttjenester. Etter mitt syn har man ikke naturlig fått skilt ut meglingstjenestene som en egen selvstendig unntatt tjeneste, og således betraktet hele oppdraget som avgiftspliktig. Retten antyder at mye trekker i retning av rådgivnings- og konsulenttjenester som oppdragets hovedtjeneste, og underbygger dette med at både mandatavtalen og annen skriftlig dokumentasjon taler for dette. Vederlagsstrukturen gir heller ingen holdepunkter for at bankens overordnede hovedmålsetning var å bestille megling av aksjer, men snarere arbeid som kunne lede til en vedtatt fusjon.

Meglingsarbeidet var midler mot dette målet og ikke målet i seg selv. Retten fremhever at aksjonærene i begrenset grad ville latt seg overbevise om å stemme ja til fusjonen uten at dette var fundert i gode fusjonsvilkår. Således var meglingsarbeidet i dette perspektiv underordnet det øvrige arbeid som skulle danne grunnlag for aksjonærenes vurderinger¹²⁶. Lagmannsretten finner ikke rådgivnings- og konsulenttjenestene som særskilte og spesifikke for det utførte meglingsarbeidet da førstnevnte tjenester i seg selv har en egenverdi for oppdragsgiver. Det at rådgivningen lettet meglingsarbeidet ble ikke tillagt betydning. Klagenemdas vedtak, KMVA-2006-5476 var således gyldig da meglingstjenestene ikke ble ansett som en unntatt finansiell hovedytelse ved oppdraget. Det samlede vederlag ble således ansett merverdiavgiftspliktig, motsatt av tingretten.

For ankemotpart Carnegie forelå ingen mandatavtale, men kun en muntlig avtale mellom administrerende direktør og ledelsen i DnB Holdning ASA. Således måtte dokumentene utarbeidet i forbindelse med fusjonen underlegges bevisvurdering. Carnegie ble opplyst som oppdragsgivers finansielle rådgiver og skulle etter lagmannsrettens vurdering utføre sedvanlige oppgaver for finansielle rådgivere i en fusjonsprosess. Carnegie kom sent inn i fusjonsprosessen i forhold til ABG, noe som kunne tilsi mer begrensede oppgaver. Isolert sett kan dette etter mitt syn tendere mot at rene meglingsoppgaver utføres (avslutningshandlinger), men også en motsatt konklusjon er sannsynlig i det man ved å komme sent inn i prosessen ikke kjenner denne inngående og settes til å utføre mer rådgivende tjenester. Imidlertid talte pressemelding av 18. mars 2003, samt honorarets størrelse som i det vesentlige var likelydende med ABGs honorar, for at oppgavene til Carnegie var noenlunde likelydende med ABGs oppgaver. Carnegie utarbeidet en "fairness opinion" og selve prospektet for fusjonen, og fremstod som en finansiell rådgiver i prosessen for oppdragsgiver. Utover dette fikk ikke lagmannsretten fremlagt annet skriftlig materiale fra fusjonsprosessen.

Det ble i forbindelse med bokettersynet i 2004, altså etter at oppdraget var igangsatt, utarbeidet et notat fra Carnegie som fremhevet selskapet rolle ved

¹²⁶ Utv. 2009 s. 780, side 19 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

fusjonen. Dette, sammen med forklaringer under ankebehandlingen, fremhever sterkt meglingsarbeidet i oppdraget. Lagmannsretten er ikke enig med tingrettens inngående bruk av disse forklaringer som bevis i saken og at disse danner et uttømmende bilde av bevistilbudet. Dette bygger igjen på tidligere nevnte kommentar om at bevis i størst mulig grad må baseres på forutgående avtaler og ikke etterfølgende forklaringer som kan bære preg av incentiver til å unngå merverdiavgift.

Ut fra samme begrunnelse som nevnt ved lagmannsrettens vurdering av ankemotpart ABG kom retten til samme konklusjon for Carnegie, der utførte meglings tjenester ikke kunne fastslås som en finansiell hovedytelse. Alle utførte tjenester var midler for å nå målet med gjennomføring av fusjonen. Retten poengterte at Carnegie godt kunne ha utført tyngre meglingsoppgaver enn ABG, men ikke til endret konklusjon ut fra en helhetsvurdering. Etter mitt syn er svakere dokumentasjon og forholdet rundt at Carnegie kom sent inn i prosessen elementer som skaper denne usikkerhet rundt meglingsoppgavene utført av Carnegie i forhold til ABG. At svakere dokumentasjon under ellers like forhold skulle endre avgiftsvurderingen ville uansett stride mot den allmenne rettsoppfatning. Lagmannsretten finner FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 fra KMVA-2006-5545 gyldig og det samlede vederlag underlegges merverdiavgift, motsatt av tingretten.

Vedrørende Carnegies bistand ved salg av to datterselskaper fremheves samme forståelse av bestemmelsene som tidligere beskrevet, men nå anvendt på en annen problemstilling, nemlig salg av virksomhet. Lagmannsretten finner FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 fra KMVA-2006-5545 gyldig, også her motsatt av tingretten. I dette forhold foreligger klare mandatavtaler. Lagmannsretten var dog ikke enig i tingrettens bevisvurdering da sistnevnte rett i stor grad vektla vitneforklaringer i etterkant av oppdragsinngåelsen. Lagmannsretten vektla i større grad mandatavtalene slik oppdragene var beskrevet ved avtaleinngåelsen, sammenholdt med vanlig sedvane for slike oppdrag. Således tillå lagmannsretten etterfølgende vitneforklaringer om at det hovedsakelig ble utført meglings tjenester mindre beviskraft enn det som fremgikk direkte av de forutgående mandatavtaler. Dog la lagmannsretten vekt på forklaringer som

tilkjennega at salg av aksjer (og ikke innmat) var det styrende mandat for oppdraget, selv om dette ikke direkte fremgikk av mandatavtalene.

I følge lagmannsretten hadde salgsoppdragene som åpenbart mål å få solgt aksjene til høyest mulig pris gjennom arbeid som i stor grad var av rådgivende karakter, som verdivurdering, utarbeidelse av dokumentasjon, presentasjoner, forhandlinger, bistand til ledelsen mv. Carnegie arbeidet dog selvstendig i markedet for å fremskaffe kjøpere ved presentasjon av selskapene, noe som igjen ledet til en mer ordinær meglingsprosess. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at det var Carnegies kompetanse i selve meglingsarbeidet som var viktig for at de ble valgt. Andre deler enn meglingsarbeidet var også helt sentralt for å kunne fremme selskapene i markedet til en god pris. Tingretten fremhevet at andre deler enn meglingsarbeidet kunne blitt utført av oppdragsgiver selv eller andre konsulenter. Etter mitt syn innebærer dette å betrakte disse andre tjenester som underordnede i forhold til meglingen, slik at Carnegie som spesialister på megling hadde sistnevnte som hovedtjeneste. Lagmannsretten var ikke enig med tingretten og fant det sannsynlig at Carnegie ble valgt ut fra deres generelle kompetanse i alt hva mandatavtalene inneholdt. Carnegie ble valgt, og det var like viktig for oppdragsgiver at alle oppgaver ble utført av Carnegie for å nå målet, og ikke kun deler av dem. Lagmannsretten avviste også argumentasjonen fra ankemotpart vedrørende suksesshonorar, og tilla dette mindre betydning, jf. gjennomgang av dette tidligere.

Lagmannsretten er således enig i FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 fra KMVA-2006-5545 ved å betrakte salgsoppdragene bestående av så vesentlige deler av økonomisk rådgivning at tjenestene samlet sett ikke kan anses som unntatte finansielle tjenester. Lagmannsretten kunne ikke finne annen praksis i EU på området og støttet FINs tolkning av Regjeringsrättens dom av 28.11.2006 i Sverige, jf. pkt. 4.1.2.2 ovenfor vedrørende rådgivningstjenestenes overvekt. Lagmannsretten fremhevet prinsipper fra EF-domstolen, jf. CPP-dommen og Volker Ludwig-dommen. Med bakgrunn i disse anførte lagmannsretten at både meglingstjenester og øvrige tjenester var middel til å nå målet, nemlig virksomhetsoverdragelser. Således finner retten i nærværende sak ingen holdepunkter for å anse meglingstjenestene som en hovedytelse. Carnegies

samlede oppdrag var således av en annen karakter enn unntatte finansielle tjenester¹²⁷. Lagmannsretten fant motsatt av tingretten FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 fra KMVA-2006-5545 gyldig og frifant ankende part, staten v/Skattedirektoratet, på alle punkter. Carnegie/ABG ble dømt til å betale ankende parts saksomkostninger. Dommen ble anket og tatt inn i Høyesterett, jf. pkt. 4.1.4 nedenfor.

4.1.4. Høyesterett (Rt. 2009 s. 1632)

Norges Høyesterett dom 22. desember 2009. Ankende part ABG, Carnegie og Norges Fondsmeglerforbund (tatt inn som partshjelper) mot ankemotpart staten v/Skattedirektoratet. Det henvises på generelt grunnlag til den forutgående saksgjennomgang ovenfor.

Sammendrag fra dommen, jf. Utv. 2010 s. 14:

”Spørsmål om etterberegning av merverdiavgift for to verdipapirforetak for mottatt vederlag for corporate finance tjenester i forbindelse med fusjon mellom to finansinstitusjoner. For det ene av foretakene også spørsmål vedr. vederlaget for tilsvarende tjenester ved salg av to selskaper. I og med at den aktuelle bestemmelsen om avgiftsfritak for omsetning av finansielle tjenester og meglingstjenester ved slik omsetning i stor grad sammenfaller med et tilsvarende EU-direktiv, tok retten utgangspunkt i sentrale avgjørelser fra EU-domstolen. Den viste videre til at unntaket forutsetter at den som har ytet meglingstjenester er en mellommann, og at det ikke er tilstrekkelig at det er ytet tjenester som etter sin art kunne utgjort en del av et megleroppdrag. Ved sammensatte tjenester er det avgjørende hva som har vært hovedytelsen. Tjenester i forbindelse med fusjoner ble etter konkret vurdering ikke ansett å ha karakter av meglertjenester for noen av selskapene. Derimot ble bistand knyttet til salg av to selskaper funnet å falle inn under unntaket, da meglertjenester her var hovedytelsen. Særmerknad fra to av dommerne med noe avvikende begrunnelse mht. sistnevnte spørsmål.”

4.1.4.1. Ankende parts anførsler – bevisvurdering og rettsanvendelse

Anken gjelder bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Anførselene er noe endret fra tidligere, men saken står ellers i samme stilling. ABG og Carnegie henholder seg til dommen i tingretten, jf. gjennomgang i pkt. 4.1.2 ovenfor.

Ankende part anfører at unntaket for finansielle tjenester ikke skal undergis en innskrenkende tolkning i denne sak og påberoper seg legalitetsprinsippet. Mellommannsvirksomhet i både fusjoner og ved kjøp/salg av alle aksjer i et selskap (virksomhetsoverdragelser) antas å falle inn under unntaket. Det henvises i denne sammenheng til forarbeidene, med særlig vekt på den etablerte

¹²⁷ Utv. 2009 s. 780, side 27 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

rettstilstand i EU, særlig Sverige og Danmark, og tilstrebelser om rettsenhet på området.

Det anføres at ytelsene i tilknytning til fusjonen er sammensatte, både megling og rådgivning, men må forstås som én ytelse. Hva som er det dominerende element må avgjøre avgiftsspørsmålet. Carnegie understreker at kundens siktemål med engasjementet er avgjørende, og kun om dette er rådgivning vil tjenestene være avgiftspliktige. Oppdragsgivers objektive vurdering av hva som er hovedytelsen står sentralt, men selve siktemålet med engasjementet må være avgjørende. ABG understreker kundens siktemål som det sentrale enda klarer. ABG anfører som tilstrekkelig at kundens siktemål er megling i en sammensatt ytelse for å komme inn under unntaket selv om rådgivningen objektivt sett fremstår som en hovedytelse for utenforstående. Kun der rådgivningen er kundens siktemål inntreder avgiftsplikt på den samlede ytelse. Uavhengig av disse anførsler gjør de ankende parter gjeldende meglingselementet i oppdragene som dominerende, og dermed avgjørende for unntak fra avgiftsplikt. Etter mitt syn en form for helgardering.

Hva angår Carnegies bistand ved virksomhetsoverdragelsene anføres at dette er ordinære megleroppdrag der rådgivning som ikke er en del av meglingen vanskelig kan identifiseres. Det tas således ikke stilling til hvor dominerende eller selvstendig rådgivningen i oppdraget har vært. Det argumenteres for at Carnegie arbeidet selvstendig med potensielle kjøpere og forhandlet med disse for å oppnå best mulig betingelser for oppdragsgiver.

Partshjelper Norges Fondsmeglerforbund anfører at lignende corporate-oppdrag i Norge og EU ikke har blitt ansett avgiftspliktige og at avgiftsplikt vil medføre en tilleggskostnad for oppdragsgiverne og medføre konkurransevridning i disfavør av norske selskaper.

4.1.4.2. Ankemotparts anførsler – bevisvurdering og rettsanvendelse

Ankemotpart, staten v/Skattedirektoratet, henholder seg i det alt vesentlige til lagmannsrettens dom og det vises til gjennomgang av denne i pkt. 4.1.3.2 ovenfor, samt enkelte utdypninger i dette avsnitt. Ankemotpart utdyper at

Merverdiavgiftsreformen 2001 legger til grunn en snever tolkning av unntak fra avgift på tjenester, med henvisning til forarbeider og EU-domstolens praksis. Staten legger til grunn samkjøring med praksis innen EU-området, men at sistnevnte praksis må ha en viss tyngde og bredde før den kan brukes som en særlig rettskildefaktor i Norge. Således anfører staten prinsipielt som ny anførsel til Høyesterett at unntaket for finansielle tjenester i Norge må fortolkes slik at det kun omfatter fondsmegling i mer snever forstand. Slik vil bistand ved fusjoner og virksomhetsoverdragelser ikke anses som meglingstjenester og dette anses klart forutsatt i så vel forarbeider som senere tolkningsuttalelser i følge ankemotpart.

Subsidiært anfører staten at i nærværende sak er rådgivningstjenestene det dominerende element, således at den etablerte hovedytelseslæren ikke kan føre til unntak, men avgiftsplikt for det samlede vederlag for alle sakens tre transaksjoner (fusjon og to salg av selskaper). Staten anfører videre at ved tilknyttede tjenester som rådgivning etter verdipapirhandelloven, vphl. (1997) § 8-1/vphl. (2007) § 2-1 annet ledd, forutsettes avgiftsplikt. Kun meglingstjenester anses som unntatte investeringstjenester, vphl. (1997) § 1-2/vphl. (2007) § 2-1 første ledd. Staten anfører således at sontringen mellom avgiftspliktig rådgivning og unntatt megling etter tjenestenes art langt på vei følger den kategorisering verdipapirhandelloven trekker frem¹²⁸. Det kan igjen etter mitt syn stilles spørsmål ved om dette er en *for* kategorisk tolkning av "tjenestens art".

Ut fra mandatavtaler og de øvrige holdepunkter i oppdragene anfører staten at rådgivning var det dominerende element. Enkelte meglingstjenester ble dog utført på selvstendig basis, men disse anses klart utilstrekkelige til å endre konklusjonen om rådgivning som hovedelementet i den totale ytelse. De ankende parters rolle som megler kan ikke vurderes så selvstendige som kravet vil være i et megleroppdrag. Statens påstand blir at ankene forkastes og saksomkostninger tilkjennes staten.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124, 125 og 194.

4.1.4.3. *Førstvoterende dommer Endresen – bevisvurdering og rettsanvendelse*

Førstvoterende dommer Endresen (heretter FD) konkluderer med at anken til ABG forkastes og anken til Carnegie kun delvis fører frem (hva angår salg av selskaper).

FD bemerker at det ved Merverdiavgiftsreformen 2001 etter Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124 skulle tas utgangspunkt i EUs avgiftsdirektiv, noe som også FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 følger opp, hvor sistnevnte legger særlig vekt på avgrensninger i Sverige og Danmark. FD legger til grunn at det er de overordnede tolkningsprinsipper fra EU-domstolens praksis som vil få størst betydning i Norge da en ensartet praksis i EU-landene har vist seg vanskelig å etablere, jf. premiss (34). FIN har uttalt at tilpasning til EU er viktig grunnet norske finansinstitusjoners rammevilkår, men Norge er ikke bundet av regelverket i EU gjennom EØS-avtalen¹²⁹. Unntak fra tjenesters generelle avgiftsplikt må begrunnes og fortolkes strengt, jf. også Volker Ludwigdommen¹³⁰. FD legger dette til grunn ved tolkningen av unntaket for finansielle tjenester.

FD finner det ikke tvilsomt at nærværende aksjesalg for de to selskaper og aksjetransaksjoner i tilknytning til fusjonen er omsetning av finansielle instrumenter etter lovens ordlyd, men spørsmålet er om formidlingskriteriet i så henseende skal tolkes innskrenkende og om ankende parter tjenester var meglingstjenester (formidling).

FD drøfter først statens prinsipale påstand om at unntaket begrenses til tradisjonell fondsmegling og emisjoner (innskrenkende tolkning). FD hevder at rådgivningstjenester får en helt annen rolle ved kompliserte transaksjoner (som fusjoner og oppkjøp) enn ved tradisjonell aksjehandel over børs, og de hensyn som har begrunnet unntaket slår ikke til på samme måte ved slike kompliserte transaksjoner selv om det er tale om overføring av finansielle instrumenter, jf. premiss (39). FD støtter dog ikke statens anførsel om å se hen til forarbeider på dette punkt. Til dette påpeker FD at verdipapirlovens definisjon av tilknyttede

¹²⁹ Prop. 1 S (2009-2010) avsnitt 3.2.1, tilråding fra FIN 9. okt. 2009.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 104.

tjenester riktignok nevner arbeid med fusjoner og oppkjøp, men at ordlyden "... i stor utstrekning ..." i Ot.prp. nr. 2 (2000-2001)¹³¹ ikke indikerer annet enn en veiledning til hvordan avgiftspliktige tilknyttede tjenester kan ta form. FD påpeker også at selve ordlyden "... og lignende ..." i lovbestemmelsen ikke indikerer en kategorisk tolkning, men er mer eksemplifiserende. FD anser således at FINs noe varierende tolkninger på dette punkt (tilknyttede tjenester og verdipapirhandelloven) endelig har tatt form som nevnt ovenfor fra lovens forarbeider, jf. tolkning av FINs tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 med særlig vekt på henvisning til den tidligere omtalte bindende forhåndsuttalelse fra Riksskatteverket i Sverige av 2. november 1999 der CFT ved børsintroduksjon ble ansett som en unntatt tjeneste ved omsetning og formidling av aksjer.

Således gir ikke lovbestemmelsen holdepunkt for en innskrenkende tolkning i følge FD, særlig når ordlyden ikke tilkjenner en forutsetning om å unnta spesielle og viktige transaksjonsformer. En innskrenkende tolkning på dette punkt ville også lede til flere og vanskelige avgrensningsspørsmål, som hvordan et samlet salg skulle vurderes ved flere kjøpere og selgere, hvordan ulike flertall av aksjer i et selskap skulle vurderes ved salg mv. FD finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på praksis innen EU-området da konklusjonen på anførselen om en innskrenkende tolkning synes klar. Staten prinsipale anførsel førte derfor ikke frem.

Videre hva angår sammensatte ytelser er partene i det vesentlige enige om at både megling og finansiell rådgivning har funnet sted og at det dominerende element i den samlede ytelse er det sentrale for vurderingen rundt avgiftsplikt. FD presiserer at kravet til megling i lovbestemmelsen forutsetter at tjenesteyter opptrer som mellommann og ikke kun yter tjenester som etter sin art kunne utgjort en del av et megleroppdrag, jf. premiss (46). Det er ikke tilstrekkelig at meglingstjenester utføres dersom tjenesteyter ikke oppfattes som en reell megler eller mellommann. Det henvises i dommen til tilsvarende vurdering i forhold til eiendomsめglere i tilknytning til den tidligere eiendomsめglingslov (1989). Viktigheten av tilpasning til EU-domstolen fremheves med henvisning til

¹³¹ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124.

CSC-dommens premiss (39). Der fremheves mellommannsvirksomhet som en tjenesteytelse utført for en vederlagsytende kontraktspart i en særskilt formidlings situasjon. Formidlingen går ut på å gi opplysninger om muligheter i kontraktsforhold, kontakte potensielle kontraktspartnere i oppdragsgivers navn og for dennes regning (agent) og forhandle om betingelser for denne. Formidler skal gjøre de nødvendige forberedelser til kontraktsinngåelse uten selv å ha egeninteresse i kontraktens innhold. Tilsvarende synspunkt støttes også i Volker Ludwig-dommens premiss (28). FD fremhever dette som støtte til den norske forståelse av meglingsbegrepet, særlig med henvisning til tilsvarende vurdering for eiendomsmegling, og legger dette synspunkt til grunn også ved forståelsen av meglerbegrepet vedrørende unntak for finansielle tjenester. Dog må det foretas vurderinger i den konkrete situasjon som kan fravike noe fra dette prinsipielle utgangspunkt, og andre klargjøringer av begrepet fra norsk rett vil kunne ha betydning utover det prinsipielle utgangspunkt fra de to nevnte EU-dommer. Meglere må også tradisjonelt fremstå som selvstendige i forhold til sine oppdragsgivere ut fra meglers formelle posisjon og ikke være ansatt eller på annen måte kunne identifiseres med oppdragsgiverne, jf. premiss (51). De ankende parter har således som sådan opptrådt med selvstendighet, men om deres oppgaver har vært selvstendige ved de aktuelle transaksjoner i tilstrekkelig grad til å fremstå som mellommenn er mer usikkert. I denne sammenheng konkluderer FD med at tilstrekkelig selvstendighet ikke oppnås ved tjenester tilknyttet fusjonen, men ved salg av selskaper konkluderer FD motsatt, jf. eksempelvis premiss (64) og (84), samt gjennomgangen nedenfor. Nærværende sak er spesiell både i norsk rett og innen EU-området da meglertjenestene også består av kommunikasjon med egne aksjonærer som ikke i seg selv er direkte part i transaksjonene, med det formål at de skal stemme for et bestemt resultat. Staten har anført at dette kan betraktes som unntatte meglertjenester, men FD ser ikke vurderinger rundt dette som avgjørende.

FD går så over til vurderinger rundt om ytelsene skal betraktes som sammensatte ytelser med ensartet avgiftsbehandling eller to selvstendige ytelser. Dette ut fra lagmannsrettens drøftelse av at både meglertjenester og selvstendige rådgivningstjenester har blitt ytet. FD støtter Volker Ludwig-dommens premiss

(17) og (18) som dekkende for norsk rett. Der fremheves at tjenester som ytes sedvanlig skal vurderes som uavhengige og selvstendige ytelser, samt at ytelser som betraktes som én enkelt ytelse i økonomisk henseende og etter ellers vanlig praksis ikke kunstig må oppdeles for å endre den avgiftsmessige status. Én ytelse foreligger når den samlede ytelse består av en hovedytelse og en sekundær ytelse hvor sistnevnte ikke er et mål i seg selv, men et middel til å realisere hovedytelsen best mulig. Sekundære ytelser følger således hovedytelsens avgiftsmessige status. FD fremhever at det avgjørende er hvilke elementer som særlig karakteriserer den aktuelle transaksjon. Formålet vil således kunne ha betydning, men FD understreker dog at målet for selve prosjektet ikke er avgjørende, men hva som er hovedsiktemålet med de anskaffede tjenester for oppdragsgiver isolert sett, jf. premiss (55).

Ut fra det nevnte vurderer så FD fusjonen og salg av aksjer opp mot utførte meglingstjenester og eventuelt hva som kan anses som hovedytelsen i oppdragene. Det foretas således en bevisvurdering da faktum i saken ikke var fullstendig avklart. Ankende parter uttrykte misnøye med lagmannsrettens bevisvurdering hvor det ble lagt mer vekt på "begivenhetsnære bevis" som forutgående avtaler, sedvanlig praksis og øvrige omstendigheter til fordel for etterfølgende forklaringer (som kan bære preg av ankende parter incitament til å unngå avgift og således har svakere beviskraft). For ABG ble mandatavtalen tillagt vekt, samt etterfølgende erklæringer til Høyesterett. Fra oppdragsgivers side ble det for ABG lagt vekt på selskapets innsikt i oppdragsgivers virksomhet og behovet for integritet hos samarbeidspartner slik at prosessen kunne gjennomføres til aksjonærenes beste. Prosessen var avhengig av en finansiell tilrettelegger der kompetanse og rennomè ble tillagt stor betydning. Dette skulle bidra til å overbevise aktuelle aksjonærer om prosessen og dermed få den gjennomført. Oppdragsgivers representant forklarte også at ABG skulle ha direkte kontakt med fusjonsmotpartens rådgivere, men deltok ikke direkte i møter og hadde heller intet mandat til å forhandle om fusjonsbetingelser. Mandatet bestod av aksjonærkontakt og tilbakemelding til oppdragsgiver for senere beslutninger. Det ble også forklart at det var behov for en utenforstående rådgiver som kunne uttale seg om bytteforholdet og avgift i "fairness opinion"

(som etter mitt syn isolert sett er uttalelser av rådgivende karakter). Det trekkes videre frem at mandatavtalen ikke kunne leses isolert, men vurderes ut fra den faktiske situasjon. Fusjonspartene hadde opprettet kontakt, men ikke endelig kommet til enighet, og det var andre finansielle rådgivere med betydelig omfang inne i bildet før ABG kom inn. Således kom ABG sent inn i prosessen, om enn noe tidligere enn i Carnegies tilfelle. Vederlagsstrukturen var bestemt og ABG anførte som tidligere nevnt det betingede honorar som et tegn på at dette ikke var et rådgivningsoppdrag.

FD fremhever at ABG hadde en lite selvstendig rolle, noe som for øvrig bør kjennetegne et megleroppdrag, og hadde liten direkte kontakt med den andre fusjonspart. Således var oppdraget av mer intern karakter med rådgivning og bistand ved forhandlinger som klare særpreg. Den normale meglerfunksjon fremheves som fraværende og kontakt med oppdragsgivers aksjonærer kan ikke alene anses tilstrekkelig til å klassifisere ABG som megler, jf. premiss (64). Megleraktivitetene i oppdraget anses således ubetydelige og av denne grunn ble anken forkastet av FD og fusjonsoppdraget ansett som avgiftspliktig i sin helhet.

Min kommentar her er at FD i selve konklusjonen ikke eksplisitt synes å benytte hovedytelseslæren på rådgivningen (og sekundære ytelser på meglerfunksjonen), men avgjør spørsmålet ved å konkludere med at meglerrollen er fraværende. Således vektlegges eksempelvis CSC-dommens premisser om mellommannsvirksomhet i betydelig grad, jf. til eksempel pkt. 3.1.1.3 ovenfor. Volker Ludwig-dommens og CPP-dommens premisser om hovedytelse og sekundærytelse kan da sies å være av noe redusert betydning i forhold til at FDs konklusjon primært omhandler definering av megleroppdrag.

For Carnegies vedkommende kom også selskapet sent inn i prosessen og det var større usikkerhet om oppdraget da dette kun baserte seg på muntlige avtaler, men det fremkommer for FDs vedkommende at oppdraget til Carnegie i det alt vesentlige var av samme karakter som for ABG (og viser blant annet også til likelydende honorarer mellom de ankende parter). Carnegie deltok ved utarbeidelse av fusjonsprospekt og "fairness opinion". Skriftlige erklæringer fra administrerende direktør til Høyesterett utdyper oppdraget noe. Der

fremkommer at det viktigste bidrag var å overtale K Capital Partners til salg av sine aksjer i Gjensidige NOR ASA til DnB Holding ASA. Dette oppdraget var dog selvstendig med særskilt honorar, således vurdert som et mer tradisjonelt megleroppdrag uten avgiftsberegning. FD trekker da denne sak ikke videre inn i de øvrige deler av fusjonssaken og den holdes således utenfor vurderingen, jf. premiss 70. Etter mitt syn er dette en ny betraktning i forhold til hva som tilsynelatende kommer frem i de tidligere rettsinstanser da dette punkt mer ble brukt som et av flere argumenter i saken som en helhet. Administrerende direktør i Carnegie fremhever videre at ingen generell rådgivning ble utført, kun anbefalinger og diverse kommunikasjon. FD ser ikke anførselen om "generell" rådgivning som betydningsfull og finner Carnegies rolle som rådgiver lite tvilsom.

Administrerende direktør i Carnegie fremhever videre at oppgaven med å finne støtte hos og påvirke aksjonærene til fusjonen var viktig. FD finner ikke holdepunkter for at Carnegie hadde roller overfor dominerende aksjonærer, og kontakt med aksjonærene gjennom oppdragsgiver kan ikke anses som en selvstendig meglertjeneste. Det fremheves fra Carnegie at deres påvirkning på de to største aksjonærene hos fusjonsmotparten var viktig med hensyn til gjennomføring av fusjonen, men detaljer i dette arbeidet fremkommer ikke. På dette siste punkt synes FD å kunne betrakte arbeidet som en form for megling, men ikke i en slik utstrekning at det kan karakteriseres som tradisjonell mellommannsvirksomhet i sin helhet.

FD konkluderer med at meglertjenesten ved oppdraget ikke under noen omstendighet kan karakteriseres som hovedytelsen ved oppdraget, jf. premiss (74). FD fremhever videre i samme premiss at *"... investeringsforetak også kan gi bistand ved fusjon som fremstår som en meglertjeneste og ha rolle som megler, men i ordinære fusjonsprosesser vil sentrale elementer i et megleroppdrag nærmest systematisk være fraværende, og rådgivningstjenestene vil dominere."* FD fremhever dette som særlig karakteristisk når tjenesteyter kommer sent inn i prosessen. FD vurderer således ikke Carnegies bistand som annerledes enn i tilfellet med ABG og anken førte ikke frem. Vederlaget for oppdraget ble i sin helhet ansett avgiftspliktig.

Min kommentar her er at FD i tilknytning til Carnegie også konkluderer med at meglerrollen er fraværende, men legger tilsynelatende større vekt på hovedytelseslæren. Dette kan bero på større usikkerhet rundt oppdragets innhold og at øvrig faktum i saken kan tyde på en større grad av meglertjenester, sannsynligvis hva gjelder kontakten med to av fusjonsmotpartens store aksjonærer, Gjensidige Forsikring og Sparebankstiftelsen, men dog ikke i tilstrekkelig grad i forhold til hovedytelseslæren og unntak fra avgift. Ved usikkerhet i tilsvarende spørsmål kan dette tyde på at meglerrollens innhold veier tyngst (som isolert sett ikke innebærer inngående analyser av de enkelte utførte tjenesters art etter mitt syn). Først ved usikkerhet rundt meglerrollen kommer den "klassiske vurdering" av tjenestenes art tyngre inn i bildet (når faktisk utførte tjenester må vurderes for så å finne ut om dette er hovedytelse/sekundærytelse). Slik jeg ser det kan dette anses som et lettere brudd med merverdiavgiftssystemets overordnede prinsipp om primært å vurdere tjenestenes art.

Det bør også kommenteres at FD tilsynelatende legger stor vekt på å vurdere tjenester som rådgivning når tjenesteyter kommer sent inn i prosessen. Etter min vurdering kan det like gjerne være formidling/megling i et slikt tilfelle (kanskje til og med oftere), fordi da er grunnlaget for avsluttende megling lagt og kanskje gjenstår kun gjennomførende arbeid i prosessen som da kan være nærmere selve omsetningen/transaksjonen av de finansielle instrumenter. Ved en fusjon kan dog FDs syn være mest relevant fordi i en fusjonsprosess har sannsynligvis megling med og om finansielle instrumenter foregått på et tidligere stadium slik at selve fusjonen kan gjennomføres, og selve avslutningen av fusjonsprosessen vil således i hovedsak være en rådgivende prosess som ikke innebærer transaksjoner med finansielle instrumenter i like stor grad.

FD går videre over til salget av de to heleide datterselskaper. Mandatavtalene er sentrale i vurderingsfasen. Begge salgsoppdrag fremstår som tilnærmet like og behandles samlet, slik som i lagmannsretten. Forklaringer gjennom skriftlige erklæringer fra representant fra det ene av salgsselskapene, samt leder i CF-avdelingen hos Carnegie, tillegges også vekt. FD tar utgangspunkt i

lagmannsrettens bevisvurdering (som også til dels henviste til tingrettens premisser).

Fra tingrettens og lagmannsrettens aktuelle domspremisser fremheves at Carnegie arbeidet og forhandlet selvstendig med oppdragene i markedet og at dette ledet frem til en mer ordinær meglingsprosess, der dog oppdragsgiver selv til slutt tok beslutningen. FD bygger på disse avsnitt, og fremhever at beskrivelsene viser at salgsoppdragene hadde en helt annerledes og selvstendig rolle enn oppdraget med fusjonsarbeidet, jf. premiss (84). FD legger som lagmannsretten til grunn at det tidlig var meningen at salgene skulle skje ved overdragelser av aksjer (og ikke innmatsalg).

FD bygger på forklaring fra representant fra det ene av salgsselskapene som uttaler at Carnegie skulle kartlegge potensielle kjøpere, utarbeide instruksjoner for budgivning, beskrive virksomheten, verdivurdere, utarbeide diverse dokumentasjon mv. Carnegie skulle være en del av forhandlingsteamet og bidra med strategi/taktikk og møteledelse i så henseende. Representanten karakteriserte salgsoppdraget som en normal prosess i så måte.

FD konkluderer med at mandatavtalene ikke anses å fremheve rådgivning som sentrale elementer slik han leser avtalene da disse mer beskriver en standardisert og nødvendig salgsprosess. For å være mellommann fremhever FD at tjenesteyter må nedlegge et visst forberedende arbeid (slik mandatavtalene legger opp til og som da etter mitt syn FD karakteriserer som rådgivning). Dette rådgivende forarbeid karakteriserer sekundære (underordnende) ytelser i henhold til Volker Ludwig-dommen i følge FD. Disse ytelser skal således følge hovedytelsens avgiftsvurdering. FD legger til at rådgivende elementer i et salgsoppdrag må anses vanlig, eksempelvis om pris og tidsperspektiv for salg, jf. premiss (90). Siden Carnegie har bistått i alle deler i hele prosessen (og ikke bare sent) fremstår oppdraget samlet sett som meglingsprosess. FD tar ikke stilling til anførsler om at selvstendig rådgivning ikke i det hele tatt har blitt levert i oppdraget og bygger i så henseende uansett på hovedytelselæren med meglingsprosess som hovedytelse og unntak fra avgift. FD gir anken delvis medhold i anken og vederlag fra salg av selskaper unntas merverdiavgift i sin helhet.

Kort oppsummert ble arbeid med fusjonen ansett avgiftspliktig i sin helhet, mens arbeid med salg av selskaper ble unntatt merverdiavgift. FD konkluderer videre med at saken er av prinsipiell betydning, samt at staten i behandlingen av saken har utvist varierende begrunnelser for lovforståelsen. Således ble ingen av partene tilkjent saksomkostninger. Med dette ble FINs omgjøringsvedtak av 6. juni 2007 delvis erklært ugyldig og anken for øvrig forkastet (for Carnegie), mens ABGs anke i sin helhet ble forkastet.

Hva angår salgene legger FD slik jeg ser det mindre vekt på forutgående avtaler og støtter seg mer på etterfølgende forklaringer enn i tilfellet med fusjonsprosessen. Dette kan synes som en noe inkonsekvent og annen tilnærming til bevisvurderingen, og således en noe annen tilnærming til læren om "begivenhetsnære bevis" med skriftlige avtaler som et utgangspunkt¹³². FD bygger etter mitt syn kun implisitt (eller subsidiært) på hovedytelseslæren, jf. Volker Ludwig-dommen og CPP-dommen, og fokuserer prinsipielt på om oppdraget som sådan er et megleroppdrag og om oppdragstager opptrer som megler (slik dette også karakteriseres i CSC-dommen). I en slik setting blir etter mitt syn fokuset i større grad rettet mot hvordan avgiftssubjektet fremstår overfor oppdragsgiver som sådan og mindre vekt på merverdiavgiftssystemets overordnede prinsipp om fokus på "tjenestens art". Det er likevel ikke tvil om at hovedytelseslæren benyttes som begrunnelse også fra FD, noe gjennomgangen ovenfor viser. Men mitt syn er altså at FD for avgiftsbehandlingen i første rekke betrakter hele oppdraget som et megleroppdrag uten direkte og konkret inndeling i utførte tjenester etter deres art i henhold til konkrete punkter i mandatavtalene. Disse avtaler karakteriseres mer som en prosessbeskrivelse hvor FD konkluderer med at innholdet ikke synes å ha et rådgivende særpreg.

4.1.4.4. Dissenterende dommere Sverdrup/Skoghøy – bevisvurdering og rettsanvendelse

Annenvoterende dommer (heretter AD) kom til samme resultat som førstvoterende, men med en noe avvikende begrunnelse i spørsmålet om salg av selskaper.

¹³² Jf. for øvrig Rt. 1195 s. 821.

AD bemerker at mandatavtalene til salgsobjektene, og hvordan disse faktisk beskriver oppgavene som skal utføres, har et særpreg som karakteriserer rådgivning og forhandlingsbistand. Imidlertid vektlegger AD bevisbedømmelsen i tingretten og lagmannsretten som fremhever at Carnegie opptrådte som uavhengig mellommann (megler) ved selve utførelsen av oppdragene. Lagmannsretten tilkjenner at vurdering av mandatene i avtalene, vanlig sedvane for slike oppdrag og etterfølgende forklaringer skulle vektlegges i bevisførselen. Det ble forhandlet selvstendig med kjøperne etter at salgsobjektene ble presentert i markedet. Siden bevisførselen var klar i disse tilfeller finner AD det vanskelig å overprøve disse. AD fremholder at rådgivning var en del av oppdragene, men at meglings-tjenesten ved salgene uansett måtte betraktes som hovedytelsen (hovedytelseslæren) siden formidling av aksjer var formålet med oppdragene (noe som for øvrig også ble resultatet, selv om sluttresultatet ikke styrer avgiftsplikten i forhold til de faktiske formål med de utførte oppdrag som viser seg både på forhånd og i etterfølgende forklaringer.) Hele vederlaget ble således unntatt merverdiavgift, jf. premiss (97).

Vedrørende fusjonsspørsmålet utdyper AD at det avgjørende i vurderingen har vært at oppdragstakerne ikke hadde den selvstendige rolle som mellommann slik meglingsvirksomhet krever. Det henvises til premisser i Volker Ludwig-dommen fra AD på dette punkt, nærmere bestemt premiss (23) og (28). Disse viser igjen til den tidligere omtalte premiss (39) i CSC-dommen, blant annet referert til ovenfor i pkt. 4.1.4.3. Det poengteres også at oppdragstakere kom sent inn i prosessen (etter at fusjonspartene hadde etablert kontakt) og at fusjonspartene selv forhandlet om vederlaget seg i mellom. Rådgivning var således den sentrale bistand fra oppdragstakerne og ingen meglerrolle ble identifisert.

AD fremhever også at de ankende parter henvisning til EF-domstolens praksis gjennom Volker Ludwig-dommens premiss (28) ikke fører frem da kun deler av EF-domstolens praksis i tilknytning til meglingsvirksomhet er vurdert. De ankende parter fremhever at *formålet* med meglingsvirksomhet etter denne premiss er å "treffe de nødvendige foranstaltninger" for kontraktspartene uten at megler har selvstendig interesse i kontrakten. AD fremhever at i tillegg må tjenesteyter vurdere sin *selvstendighet* i oppdraget (kan ikke bare være en

representant og må opptre uavhengig av kontraktspartene), samt at tjenesten må gå ut på *formidling* av en finansiell tjeneste.

De to sistnevnte kriterier i avsnittet ovenfor er etter mitt syn trukket i tvil etter ADs premisser i Carnegie/ABG-dommen hva angår fusjonsspørsmålet. Mitt synspunkt er at disse to kriterier ikke oppfylles fullt ut. Så lenge tjenesteyter kommer sent inn i fusjonsprosessen vil fusjonspartene allerede ha etablert kontakt, noe som formidlingsvirksomhet krever at megler skal gjøre. Når tjenesteyter i stor utstrekning forholder seg til oppdragsgiver gjennom sitt tjenesteytende arbeid i fusjonsprosessen (noe som er karakteristisk i nærværende sak), vil dette kunne svekke tjenesteyters selvstendighet (og formidlingsaspektet) i forhold til oppdragsgiver.

Etter mitt syn vurderer også AD selve meglerrollen som det helt sentrale, men legger tilsynelatende enda større grad vekt på bevisførselen fra tidligere rettsinstanser i vurderingen. Til forskjell fra FD betrakter AD i salgstilfellene innholdet i mandatavtalene som rådgivning, men i og med at meglerrollen fremstår som det sentrale for oppdragene slik avgiftssubjektet har utført sine tjenester, legger AD hovedytelseslæren mer konkret til grunn for sin konklusjon slik jeg ser det. Mandatavtalene "tilsidesettes" ikke på samme måte etter sitt konkrete innhold, men de betraktes uansett som sekundære ytelser (rådgivning). Tidligere bevisførsel for selve meglerrollen anses som det overordnede og bestemmer hovedytelsen (megling). Vi kan i denne sammenheng si at vurderingen rundt hva som er hovedytelsen tar utgangspunkt i en "subjektvurdering" (mer i tråd med CSC-dommens meglerdefinisjon) enn en vurdering av de konkrete utførte tjenester etter sin art (og faktiske innhold).

FD og AD bedømmer således avtalene forskjellig i salgstilfellene. FD anser både avtaler og øvrig prosess som underbyggende for en meglerrolle, mens AD vurderer avtalene som rådgivning der hovedytelseslæren likevel fører til unntak fra avgift da prosessens meglerrolle er overordnet mandatavtalenes innhold. Etter mitt syn tillegges uansett mandatavtalene i bevisbedømmelsen mindre vekt i henhold til læren om de "begivenhetsnære bevis", der skriftlige og forutgående avtaler må være utgangspunktet, enn ved fusjonsspørsmålet. Dette kan synes

noe inkonsekvent som tidligere nevnt. Etterfølgende forklaringer vektlegges sterkere ved salget av selskapene. De ankende parter incitament til å unngå merverdiavgift kan således få betydning for konklusjonen (slik også deres kunder kan ha dersom de ikke har fradragsrett). Utførelsen av oppdraget som sådan (som megling) var bestemmende. Avvikende bevisbedømmelse, men samme konklusjon, kan dog forsvares med at salg av selskaper mer direkte omhandler formidling av finansielle instrumenter enn en fusjonsprosess og er mer i tråd med lovens bokstav. Etter mitt syn er ADs tolkning av avtalene som rådgivning mer korrekt enn hva FD legger opp til. Mange og vesentlige punkter i avtalene bærer preg av rådgivning, slik som analyser, evalueringer, dokumentarbeid, markedsaktiviteter mv. Begge salgene ble vurdert likt og eventuelle forskjeller i mandatavtalene ble ikke fremhevet i dommen. Etter en gjennomlesing av mandatavtalene er dog min vurdering at avtalen med Posten Norge AS i mindre grad kan tyde på rådgivning enn avtalen med Norsk Hydro ASA.

Avslutningsvis kan nevnes at samme resultat fremkom enstemmig i dommen, jf. pkt. 4.1.4.3 ovenfor. Den avvikende begrunnelse fra AD ble tilsluttet fra *en* annen dommer, mens to andre dommere ga sin tilslutning til FDs begrunnelse.

En pragmatisk oppsummering fra dommen viser at tjenestenes art og avtalenes innhold er det sentrale utgangspunkt for vurdering av avgiftsplikt både hva angår fusjoner og salgsoppdrag. Igjen kan nevnes at dommen etter mitt syn behandler avtaletekniske bevis ulikt mellom fusjoner og salg av selskaper. Ved fusjoner vurderes avtalene mer konkret etter sitt innhold, men det skal mye til å vurdere avtalene som noe annet enn rådgivning. Tjenester ved ordinære fusjonsprosesser er som et utgangspunkt avgiftspliktige, dog ikke ubetinget. Avtalenes innhold og prosessen for øvrig *kan* endre dette utgangspunkt.

Ved salg av selskaper er også avtalene utgangspunktet, men siden FD og AD bedømmer innholdet helt ulikt synes likevel andre forhold å være avgjørende for avgiftsvurderingen. Prosessen for øvrig synes å være avgjørende. FD vurderer avtalene som meglingsoppdrag, men synes å legge større vekt på prosessen som sådan enn avtalenes helt formelle innhold. Dog leser FD avtalene som megling og fremholder således avtalenes innhold som avgjørende sammen med vanlig

sedvane for slike oppdrag, jf. premiss (80) og (81), men flere momenter i avtalene trekker etter mitt syn i motsatt retning, nemlig mot rådgivning. Dette underbygges ved AD som betrakter avtalene som rådgivning, men vektlegger etterfølgende bevis i saken som avgjørende for likevel å vurdere oppdraget som unntatt fra avgift. Denne bevisvurdering kan medføre at "reparasjoner" av tvetydige avtaler kan gjennomføres med virkning for avgiftsplikten ved salgsoppdrag. Ved fusjonsprosesser synes dette mindre aktuelt. Ved salgprosesser synes prosessens innhold for øvrig (i ettertid) å være det reelle utgangspunkt for vurdering av avgiftsplikt, og ikke de "begivenhetsnære bevis" fra de skriftlige mandatavtaler før oppdragets igangsettelse. Ordinære salgprosesser synes således å være unntatt avgift som et utgangspunkt uavhengig av avtalenes innhold. Ved fusjonsprosesser synes avgiftsplikt å være utgangspunktet nærmest uten unntak, men de faktiske omstendigheter *kan* ha en endrende innvirkning. Dette leder etter mitt syn til at nøyaktige beskrivelser av oppdraget ved avtaleinngåelsen er viktigere ved fusjoner enn ved salg av selskaper med virkning for avgiftsvurderingen.

Etter mitt syn er nok den nevnte og klart tilsynelatende ulike bevisvurdering mellom salgprosesser og fusjonsprosesser et isolert utfall fra dommen snarere enn en tiltenkt endring i den generelle metode for bevisvurderinger. Det er likevel viktig å merke seg forskjellene med tanke på fremtidige tvilstilfeller og rettstvister.

DEL C – KONSEKVENSER OG PREJUDIKATSVIRKNINGER

5.1. Prejudikatsvirkninger – praktiske og økonomiske konsekvenser

5.1.1. *Corporate finance-tjenester*

En kort rekapitulering fra pkt. 2.1.3 synes i denne sammenheng hensiktsmessig.

Ofte omfatter et corporate-opdrag både unntatte meglingstjenester og andre avgiftspliktige rådgivningstjenester. Dette omhandler vanligvis virksomheters omsetning og formidling av verdipapirer med forberedende arbeid til slik omsetning, herunder oppkjøp og salg av selskaper (og aksjer), fusjoner og fisjoner, emisjoner, restruktureringer, andre prosesser vedrørende kapitalinnhenting og finansiering, samt tradisjonell børsnotering mv. Avgiftspliktig rådgivning kan være "due diligence", finansiell analyse, verdivurdering, strategiske vurderinger, beregning og analyse av økonomiske bytteforhold, rådgivning til ansatte og ledelse, utarbeidelse av dokumentasjon mv. Selskapsgjennomgang, ofte benevnt "due diligence", kan være av teknisk, økonomisk, juridisk, markedsmessig, organisatorisk og strategisk art. Slike prosesser har som siktemål å gi forsvarlige beslutningsgrunnlag gjennom analyser til fusjoner, salg, oppkjøp mv. Transaksjonsrådgivning, forhandlingsbistand, koordinering og evaluering, samt utarbeidelse av dokumenter og avtaler er andre eksempler på tjenester som kan inngå i et corporate oppdrag (ikke uttømmende).

Som tidligere nevnt er konkurransesituasjonen for norske aktører viktig med hensyn til å korrespondere unntaket for finansielle tjenester med internasjonal rett. Uttalelser har pekt på at det norske unntaket tolkes snevrere enn i EU-retten. Vanskelige avgrensningsspørsmål oppstår spesielt hvor tjenestene er sammensatte og ikke kan isoleres hver for seg, der overgangen mellom elementene i den totale tjeneste er glidende.

Etter Carnegie/ABG-dommens avklaring er det etter mitt syn grunn til å tro at det er store "mørketall" hva angår avgift som ikke er innberettet av meglere grunnet uklar rettstilstand, men også at tjenester ved salg av selskaper før dommens avklaring har blitt avgiftsbelagt (eller uriktig etterberegnet) selv om de etter dommens kriterier skulle vært unntatt. Se også nærmere om andre konsulenter

eventuelle medvirkning i slike prosesser nedenfor. For provenyets vedkommende kan dette totalt sett ha blitt skadelidende, uten at dette dokumenteres eller gjennomgås nærmere her.

Ved sammensatte ytelser vil forutgående avtaleutforming være viktig. Det kan være hensiktsmessig å dele opp avtalene i konkrete tjenester (unntatt/pliktig) for å unngå avgrensningsproblemer i ettertid og påfølgende risiko for at hele vederlaget anses avgiftspliktig¹³³. Klare oppdragsbeskrivelser og oppdragets vesentlige innhold bør klart fremgå av avtalene¹³⁴. Her må man imidlertid passe på avtaleutforming av hensyn til mulig risiko for gjennomskjæring ved illojale avtaler. Etterfølgende tilleggsforklaringer til dårlig formulerte avtaler vil sannsynligvis vanskelig kunne rette opp forholdet, men fokus på "realitet foran formalitet" kan dog være et argument i "reddende" retning. Avtaleutformingen må beskrive formålet med oppdraget der den finansielle hovedytelse kort beskrives i innledningen¹³⁵. Tekniske og administrative tjenester må linkes mot den finansielle hovedtjeneste slik at minst mulig tvil rundt oppdraget som helhet oppstår. Prissettingen kan også ha betydning, men som Carnegie/ABG-dommen viser, hadde ikke dette noen avgjørende betydning utover selve prosessen som sådan og tjenestenes art.

Salg til kjøpere som ikke har fradrag for inngående avgift (leverer unntatte tjenester) kan føre til avgiftskumulasjon. Kunder med fradragsrett som kjøper avgiftsbelagte CFT der tjenestene etter en isolert vurdering ikke er til bruk i den avgiftspliktige virksomhet kan lede til samme problem. Til sist vil dette ramme den endelige forbruker gjennom høyere pris etter påslag på sitt kjøp. Dette fører lett til vridning i konkurransesituasjonen og større grad av egenproduksjon av tjenester (som ikke ilegges avgift). Dette er ødeleggende for det nøytrale avgiftssystem. CFT kan også skape utfordringer hva angår nøytraliteten mellom ulike typer konsulenter. Om en tjeneste blir avgiftsbelagt når de utføres av en konsulent som ikke er tilknyttet et verdipapirforetak (fordi disse konsulenter

¹³³ Bjørnar Elverhøy Michalsen og Marit Bonnevie Wollebæk. 2009. "Corporate finance-tjenester og merverdiavgift". *Revisjon & Regnskap*, Nr. 5 – 2009 s. 59-61.

¹³⁴ Trond Larsen og Frode Heggdal Larsen. 2009. "Corporate finance-tjenester og merverdiavgift". *Revisjon & Regnskap*, Nr. 3 – 2010 s. 67-69.

¹³⁵ Cecilie Aasprong Dyrnes. 2012. *Forelesningsnotater Handelshøyskolen BI*.

”vanligvis” har avgiftspliktig omsetning og lever i villfarelse rundt den korrekte rettstilstand på området), mens samme tjeneste ikke avgiftsbelegges dersom verdipapirforetaket utfører tjenesten, vil dette skade nøytraliteten og føre til konkurransevridning. Avgiftssystemet kan også fremstå som lite praktikabelt og bryte med ”forenklingsprinsipper”. Like tjenester etter sin art bør behandles likt avgiftsmessig. Carnegie/ABG-dommen prøver etter beste evne å trekke opp linjer for å etterleve dette, men det gjenstår å se om myndigheter og næringsdrivende greier å praktisere premissene etter intensjonene.

5.1.2. Aksjesalg og aksjekjøp

Tjenester ved salg av enkeltaksjer er typisk en unntatt finansiell tjeneste. Salg av alle aksjene i et selskap er etter Carnegie/ABG-dommen også en unntatt finansiell tjeneste, dog med krav til vurdering av avtaler, sedvane og oppdragets karakter for øvrig. Dommen omhandler ikke tjenester ved aksjekjøp direkte, men det kan dog legges til grunn at slike tjenester også i utgangspunktet anses som en unntatt finansiell tjeneste. Det kan her ses hen til premiss (38) i dommen der førstvoterende også anser tjenester vedrørende aksjetransaksjonene ved fusjonen som unntatt omsetning (og formidling) av finansielle instrumenter. Dette gjaldt isolert sett kjøp av enkeltaksjer/aksjeposter (ikke et helt selskap), se blant annet premiss (69) og (70) som gjaldt strategisk kjøp av aksjer for oppdragsgiver som ble holdt utenfor Carnegie/ABG-saken da dette ble betraktet som et unntatt megleroppdrag. Et rent oppkjøp av alle aksjene i et selskap er dog ikke direkte en problemstilling i dommen, men etter mitt syn vil vurderingene rundt aksjesalgene kunne legges til grunn ut fra en analogisk tolkning. Igjen er det meget viktig å poengtere at avtaler, sedvane og oppdragets karakter for øvrig må vurderes opp mot om oppdraget oppfyller kriteriene for et megleroppdrag og om rådgivningstjenestene er underordnet dette. I det følgende er dog mitt utgangspunkt at vurderinger tilknyttet salg av selskaper også kan legges til grunn ved oppkjøp selv om gjennomgangen i det store og hele baseres på salg av aksjer da dette er utgangspunktet i Carnegie/ABG-dommen, foruten fusjonsspørsmålet. Rene aksjeemisjoner vil typisk omfattes av unntaket for finansielle tjenester. Tjenestene knyttes direkte til omsetning og formidling av et finansielt instrument. Ved rådgivning tilknyttet børsnotering vil tjenestene ofte være

sammensatt, både rene emisjoner og tilhørende (ofte rådgivende) tjenester som omhandler overordnet strategi, kapitalstruktur, nedsalg av aksjer fra hovedaksjonær, aksjeemisjoner for å sikre ekspansjonskapital, oppfyllelse av spredningskrav på aksjene, kontakt med børsen, utarbeidelse av prospekt mv.¹³⁶ Slike corporate-opppdrag vil også kunne unntas avgiftsplikt i sin helhet dersom hovedtjenesten direkte vedrører omsetning og formidling av finansielle instrumenter. Et ordinært innmatsalg vil ikke unntas avgift da dette ikke gjelder et finansielt instrument.

Det er av interesse å merke seg Carnegie/ABG-dommens avgjørelse hva angår unntak fra avgift på tjenester ved salg av selskaper (virksomhetsoverdragelser) i sin helhet, og ikke bare salg av enkeltaksjer. Denne endring fra lagmannsrettens dom vil etter mitt syn kunne åpne opp for mer tolkning av tjenestenes art (dersom prosessen som sådan oppfyller kravene til et meglingsoppdrag) og fange inn andre konsulents tjenester som mulig avgiftsunntatt dersom kriterier som dommen trekker opp for øvrig oppfylles. Tradisjonelt har avgiftsunntak "i folketalet" båret preg av en subjektiv vurdering der bank/finans er unntatt og tjenestenes art ikke har vært et like innlysende vurderingskriterium. At konsulentvirksomhet fra revisorer, advokater m.fl. skal kunne omfatte unntatte tjenester har etter mitt syn i liten grad vært en aktuell rettsforståelse i praksis. Om disse konsulenter ikke har den særskilte kompetanse i selve avslutningen av den finansielle transaksjon, så kan de ivareta meglingselementet helt frem til selve gjennomføringen. Siste fase vil eventuelt kunne kjøpes inn fra underleverandører og tjenestene fra disse vil da kunne være en unntatt finansiell tjeneste i seg selv. Skulle det være tvil rundt sistnevnte så vil SDC-dommens kriterier om *særskilte, spesifikke og vesentlige* tjenester til den finansielle hovedtjeneste (megleroppdraget) kunne kvalifisere for unntak også for underleveransen. Min mening er at Carnegie/ABG-dommen kan bidra til økt fokus i nevnte retning. Dette er nøytralitetsskapende med hensyn til tjenestenes art. Heller ikke synes konkurranseperspektivet skadelidende under dette,

¹³⁶ Erling Christiansen. 2009. "Verdipapirforetakenes rådgivningsmandater i corporate finance-opppdrag. Noen utvalgte temaer". *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2009-1 s. 17 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

hverken overfor utlandet eller mellom landets interne aktører. At statens proveny kan svekkes er dog en annen sak.

Som Carnegie/ABG-dommen viser er det etter mitt syn et ulikt utgangspunkt hva angår hvordan avtaler/mandatavtaler ble vektlagt. I situasjonen med salg av selskaper ble avtalene vurdert forskjellig etter sitt innhold mellom førstvoterende og annenvoterende, men dette ble ikke avgjørende for konklusjonen. Prosessen som sådan og de etterfølgende forklaringer ble tillagt vekt med hensyn til at saken gjaldt megling (som hovedytelse). Dette indikerer at man kan drive megling selv om oppdraget ikke fremstår som megling i klartekst fra avtalene. Igjen er dette etter mitt syn en vurdering som i enda større grad kan løse opp knytningen til at kun verdipapirforetak og lignende aktører utfører unntatte tjenester (her gjennom virksomhetsoverdragelser). Det er nok i første rekke førstvoterende som "undergraver" avtalenes formelle innhold i situasjoner med "klassiske" salg av selskaper og virksomhetsoverdragelser da han tilkjenner et syn der avtalenes innhold ikke bærer preg av rådgivning. Etter mitt syn er mange og vesentlige momenter i avtalene nettopp rådgivning (analyser, forhold rundt transaksjonsstrukturer, "due diligence", kontakt og dialog med andre rådgivere, dokumentarbeid mv.). Førstvoterende ser således prosessen som sådan som megling (hovedtjenesten) og avtalene tilkjenner kun det forberedende og sekundære/underordnede arbeid til meglingen. Således er selve meglingen egentlig ikke dokumentert med avtale og meglingen følger da mer "vanlig sedvane" i slike prosesser slik jeg tolker førstvoterende.

Avslutningsvis kan også grensedragningen mellom salg av aksjer eller eiendommer nevnes, eksempelvis gjennom organisering av såkalte "Special (single) Purpose Entities" (SPEs) der eiendommer legges inn i disse selskaper. Ved unntak for avgift ved verdipapirforetaks aksjemegling, men avgiftsplikt ved eiendomsmegling, vil nøytraliteten i avgiftssystemet svekkes og være konkurransevridende. Avgiftsmessige konsekvenser vil da styre den forretningsmessige organisering av transaksjoner bort fra det reelle innhold. Andre og tilsvarende problemstillinger ved avgiftsunntak vil også kunne "konstrueres" uten at det går nærmere inn på dette. Kanskje burde avgiftssystemet gå mot full avgiftsplikt og fullt fradrag for å skape nøytralitet og

hindre konkurransevridding. Den internasjonale avgiftstilpasning ville da bli en utfordring.

5.1.3. Fusjoner

I motsetning til sekundære tjenester i tilknytning til aksjesalg/kjøp (som forutsettes unntatt merverdiavgift), vil tjenester i tilknytning til fusjoner som oftest være avgiftspliktige etter dommens avgrensning. I førstnevnte tilfelle vil det ikke bli spørsmål om avgiftskumulasjon når mottaker er innenfor eller utenfor loven, forutsatt at selger gjennom påslag ikke har lagt skjult avgift på sitt salg (noe han dog som oftest vil gjøre). Er tjenestemottaker innenfor loven blir kjøpet behandlet avgiftsmessig (økonomisk) som om kjøpet var avgiftsbelagt, men med fradragrett. Er tjenestemottaker utenfor loven vil kjøpet få samme virkning økonomisk sett når det da ikke er avgiftsbelagt. Nøytralitet oppnås under nevnte forutsetning. Ofte kan kjøpere (eksempelvis banker) drive sin primære virksomhet utenfor loven. Ved kjøp av tjenester i forbindelse med fusjoner som da forutsettes avgiftsbelagt, vil kjøper ikke få fradrag for merverdiavgift til bruk i sin unntatte virksomhet. Dette dekkes som nevnt ofte inn i kjøpers videre påslag. Avgift kumuleres (avgift på avgift) til skade for bankens etterfølgende kunder. I en fusjonsprosess er målet ofte å bedre konkurransen i markedet ved å gi bedre priser til kunder (slik som for oppdragsgiverne i fusjonen i Carnegie/ABG-saken) og da vil denne avgiftssituasjonen virke mot den målsetning fusjonen hadde, nettopp som følge av avgiftskumulasjonen. Dette er ikke heldig for konkurransesituasjonen og kan lede til at tjenestemottager heller velger egenproduksjon (som da er uten merverdiavgiftsbelastning) av tjenester ved fusjoner. Dette er ikke nøytralt, og det kan også føre til at de med best kompetanse ikke leverer finansielle tjenester, noe som igjen kan skade selve fusjonsprosessen og effektiviteten i denne.

En annen side ved dommens avklaring kan dog være positivt for nøytraliteten. Der andre konsulenter og verdipapirforetak i praksis leverer de samme tjenester etter sin art, vil disse behandles likt, med eller uten avgift. Tidligere praksis (og for så vidt også nåværende) kan i større grad ha tendert til at tjenestenes avgiftsbehandling har vært ulik avhengig av avgiftssubjektens status. Tjenester

levert av verdipapirforetak har dekket seg inn under unntaket for finansielle tjenester da foretakene har operert i "finansbransjen", mens ellers like tjenester etter sin art fra andre konsulenter har blitt avgiftsbelastet. Etter mitt syn kan det da påstås at konkurransemessig nøytralitet har oppstått som følge av dommen i dette perspektiv, like tjenester behandles likt.

Sett i sammenheng med utenlandsk rett kan mye tyde på at unntaket i Norge tolkes snevrere, jf. tidligere kommenterte avgjørelser i EU-retten. Særlig svensk og dansk praksis blir brukt til sammenligning, der særskilt avgrensning av rådgivningsmandater ved til eksempel fusjoner ikke synes å være foretatt like eksplisitt som i Norge¹³⁷. Nøytraliteten overfor utenlandske tilbydere av de samme tjenester svekkes. Med stadig større internasjonalisering og levering over landegrensene kan dette skade norske aktørers konkurranseevne.

Det må trekkes grenser ved fusjonsprosesser der hovedytelsen er salg/kjøp av finansielle instrumenter eller rådgivning. Avtales betydning er viktig, noe Carnegie/ABG-dommen viser (spesielt mandatavtalen til ABG, som det også implisitt ble bygd på for Carnegies vedkommende som manglet formell avtale, men oppdragene ble vurdert som likeartet der prosesser og honorar var tilnærmet like). Rene prospektbeskrivelser, avgivelse av "fairness opinions" mv. omfattes ikke av unntaket. Tjenestene innehar ikke et nødvendig meglingselement og anses som rådgivning. Der tjenestene er sammensatte må inngående vurderinger legges til grunn for å finne hovedytelsen. Dersom hovedytelsen fra tjenesteyter isolert sett vurderes til formidling av aksjer (dog også mulig i en fusjonsprosess) og det rådgis i forsvarsstrategier for oppdragsgiver med hensyn til pris på aksjer mellom partene i fusjonen (eller oppkjøpet), vil unntak kunne bli en avgiftsmessig realitet. Etter mitt syn kan ikke mandatavtalen mellom oppdragsgiver og tjenesteyter da konkret ha fusjonen som hovedmålsetning. Tjenesteyters bidrag må således i større grad være et selvstendig oppdrag utenfor selve fusjonen og ha de nødvendige karakteristika for et megleroppdrag, selv om oppdraget dog kan være en del av fusjonen sett ut

¹³⁷ Erling Christiansen. 2009. "Verdipapirforetakenes rådgivningsmandater i corporate finance-opppdrag. Noen utvalgte temaer". *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2009-1 s. 20 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).

fra oppdragsgivers overordnede målsetning. Tjenestenes art i oppdraget er igjen det sentrale for vurderingen. Avgrensede og avtalefestede transaksjonsmandater (forhandlinger mv.) med fokus på strategiske aksjesalg/kjøp i en fusjonsprosess, samt bistand til en oppdragsgiver som har til hensikt å oppnå kontroll, kan også isolert sett være oppdrag som i tilstrekkelig grad vil kunne omfattes av unntaket slik jeg ser det. Ellers i selve fusjonsprosessen er, som nevnt tidligere etter Carnegie/ABG-dommen, meglerelementet nærmest fraværende, spesielt der tjenesteyter kommer sent inn i prosessen. Situasjonen *kan* stille seg annerledes der tjenesteyter helt klart (etter både avtale og faktisk utførelse av sine oppdrag) er med i *hele* prosessen fra "vugge til grav", inkludert aktiv deltagelse i partenes fusjonsforhandlinger og utviser høy grad av aktivitet og delaktighet i hele prosessen for øvrig. Selve beslutningselementet kan dog etter mitt syn henføres til oppdragsgiver uten at dette "ødelegger" meglerrollen. Hensynet til selve avtaleutformingen og den faktiske utførelse av tjenestene etter kriterier for meglervirksomhet er da særlig viktig å overholde for å bli omfattet av unntaket for finansielle tjenester. Mitt syn på uttalelser fra førstvoterende i Carnegie/ABG-dommen er dog at dette vil være et sjeldent faktum da ordinære fusjonsprosesser vil domineres av rådgivning og elementer i et ordinært megleroppdrag som oftest vil være fraværende. Se også pkt. 3.1.2.1 ovenfor.

5.1.4. Fisjoner

Det vises også her til fremstillingen i pkt. 3.1.2.1 ovenfor. Fisjon (deling av selskap) fremstår som en motsetning til fusjon (sammenslåing av selskap), men prosessene i gjennomføringen er ofte like av karakter hva angår formaliteter, dokumenter, analyser, forhandlinger mv. Både for fusjoner og fisjoner står elementer som omorganisering, restrukturering, strategiutvikling mv. sentralt. Tekniske momenter i fusjoner og fisjoner faller som tidligere nevnt utenfor denne oppgave. Gjennomgangen i oppgaven avgrenses til aksjeselskaper. Fremstillingen baseres på overordnede betraktninger, og siden fisjonsprosesser innehar mange like kjennetegn med fusjoner, kan det også bygges på de betraktninger som er gjennomgått ovenfor i pkt. 5.1.3.

Fisjon av aksjeselskap skjer enten ved at det eksisterende selskap (*det overdragende*) overfører alle sine eiendeler til to eller flere nye selskaper (*de*

overtakende), slik at det opprinnelige selskap opphører å eksistere. Alternativt kan det overdragende selskap beholde en del av verdiene selv, mens andre deler overføres til ett eller flere andre selskaper. I begge tilfeller vil godtgjørelsen til aksjonærene i det overdragende selskap bestå av aksjer i ett eller flere av de overtakende selskaper, evt. med tillegg av en pengegodtgjørelse¹³⁸.

Avgiftsforvaltningen har før Carnegie/ABG-dommen (i alle fall i innledningen av sakskomplekset) forsøkt å føre en avgrensning i forhold til *nye* aksjonærer eller kun en videreføring til eksisterende. Dette standpunkt er etter rettskraftig dom endelig forlatt til fordel for tjenestenes art. Uten dommen kunne det således tenkes at fisjoner fra avgiftsforvaltningens side ville blitt behandlet ulikt avgiftsmessig i forhold til om prosessen førte med seg at det utfisjonerte selskap fikk nye eiere (mulig unntak) eller kun en videreføring til eksisterende (men aksjer i et annet selskap med de samme underliggende verdier).

I en fisjonsprosess oppstår et nytt selskap, og en annen vurdering vil etter mitt syn være å vurdere fisjonen analogt med salg av aksjer i et selskap. Trekkes paralleller til dette ville Carnegie/ABG-dommen kunne lede til et synspunkt om at dette var en salgsprosess som kommer inn under unntaket for finansielle tjenester. Dog ville samme synspunkt kunne gjøre seg gjeldende ved fusjoner, og dette har som kjent dommen avvist hva angår avgiftsunntak. Både ved fusjoner og fisjoner vil det dreie seg om kjøpsaspektet for overtakende og salgsaspektet for overdragende. Utgangspunktet avhenger av hvem som er oppdragsgiver og dette bør ikke styre avgiftsvurderingen. Prosessens innhold med tjenestenes art må avgjøre dette. Det skilles heller ikke mellom salg/kjøp så lenge prosessen uansett går ut på omsetning og formidling av finansielle instrumenter som unntas avgift slik jeg tolker dommen. Etter denne betraktning er det da likevel ikke noe argument for å påberope seg unntak for fisjonstjenester med henvisning til salg av selskaper. Man kan like gjerne (og mer korrekt slik jeg tolker dommen) anføre avgiftsplikt for fisjoner med henvisning til dommens konklusjon rundt fusjoner. Det er dog etter mitt syn et poeng at en fisjon klart skiller ut en enhet fra et selskap og prosessen som sådan *kan* (i alle fall etter en pragmatisk

¹³⁸ Om fisjoner hentet fra Wikipedia.

vinkling) lettere karakteriseres som et unntatt salg enn hva som er tilfellet med en fusjon der det kan være vanskeligere å bruke "salgsargumentet". Fusjoner kan ofte fremstå som en tyngre og mer sammensatt prosess der rådgivning i større grad kan "fange" avgiftsplikten. En enklere fisjonsprosess kan muligens konkretiseres nærmere mot en ren salgsprosess, og således også i større grad vurderes som et mer ordinært megleroppdrag. Tjenestene vil ofte være av samme karakter der oppdragets formelle omfang og gjennomføring, samt selve oppdragsmandatet styrt gjennom mandatavtaler, vil være avgjørende for avgiftsvurderingen slik jeg ser det. Dette særlig hva angår det å finne hovedytelsen og om oppdraget som sådan etter gjeldende kriterier fremstår som et megleroppdrag, jf. spesielt CSC-dommen og Volker Ludwig-dommen som tidligere kommentert.

5.1.5. Fradragsvurderinger

Det kan i denne sammenheng være betimelig å knytte en kort kommentar til grensedragningen mellom salg av unntatte finansielle tjenester (til eksempel formidlingstjenester ved omsetning av finansielle instrumenter) og kjøp av avgiftspliktige tjenester. Etter resiprositetsprinsippet skal utgående avgift korresponderes med fradragsberrettiget inngående avgift på innsatsfaktorer "til bruk" i avgiftsregistrert virksomhet, jf. fradragsrettens hovedregel i mval. § 8-1. Det kan oppstå (tilsiktet) asymmetri i dette prinsippet når avgiftsbelagte tjenester kjøpes inn til et unntatt salg av finansielle tjenester. Unntak ved salg av finansielle tjenester etter mval. § 3-6 er således et naturlig argument for fradragsnektelse etter mval. § 8-1 ved kjøp av innsatsfaktorer.

Dersom det kjøpes rådgivningstjenester med tanke på fusjon eller omorganiseringer og intensjonen ikke er ubetinget klar i forhold til påfølgende salg av finansielle instrumenter, vil prosessen i sin helhet være avgiftspliktig med fradragsrett slik jeg ser det. Er rådgivningen kjøpt med tanke på prosesser rundt salg av aksjer vil derimot fradragsretten avskjæres. Er utfallet av salgsprosessen uklar - blir det fusjon eller blir det salg av aksjer - vil avtaletolkning og intensjonen på kjøpstidspunktet for de avgiftspliktige tjenester etter mitt syn være avgjørende. Er det uklart om tjenestekjøpet vil inngå i en avgiftsunntatt prosess på et senere tidpunkt vil tolkningsspørsmålet bli vanskelig. Ble

tjenestene kjøpt inn til avgiftspliktig virksomhet eller ikke? Kanskje burde det i en slik situasjon foretas en forholdsmessig fordeling etter beste skjønn når utfallet er usikkert ved avtaleinngåelsen. Det kan være et stort potensiale for etterberegning av avgift i slike situasjoner, men det bør trekkes en grense mellom klare feilvurderinger i tidlig fase og endret faktum underveis i prosessen. I sistnevnte tilfelle vil tilbakevirkning kunne virke urimelig og skape en uholdbar situasjon for næringsdrivende som følge av liten eller ingen forutberegnelighet, der usikkerhet i en tidlig prosessfase blir straffet urimelig hardt.

6.1. Avsluttende betraktninger

6.1.1 *Dommer der "Carnegie/ABG-dommen" har blitt anvendt som rettskilde*

Carnegie/ABG-dommen er relativt fersk i rettskildesammenheng. I skrivende stund eksisterer så vidt vites ingen domsavgjørelser som bygger på sentrale premisser fra dommen hva angår CFT. Det er dog å anta at dette vil komme i tiden fremover. Siste utgave av MVA-kommentaren (Gjems-Onstad/Kildal) henviser i betydelig grad til dommen hva angår tolkninger og kommentarer til mval. § 3-6. Det samme gjelder Merverdiavgiftshåndboken 2011. Dette er sentrale juridiske rettskilder. Det vil være å anta at kommende litteratur på området i vesentlig grad vil bygge på dommens premisser.

En relativt fersk dom fra Oslo tingrett av 16. desember 2011, dokumentnr. TOSLO-2011-19537 (påanket), bør kommenteres. Saken gjaldt tvist om gyldighet av vedtak om etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift. Ytelsene som ble omsatt var dels avgiftspliktige og dels unntatte. Retten kom til at ytelsene var sammensatte. Saken gjaldt et annet tjenesteområde enn Carnegie/ABG-dommen, men kommenteres likevel da den ulovfestede hovedytelseslæren kom til anvendelse med sistnevnte dom som rettskilde.

Dommen av 16. desember 2011 omhandler ytelser innen trening, helse, kosthold, skjønnhetspleie, kurs og opplæring (undervisning). En spesiell metode, den såkalte "Bailinemetoden", ble av skjønnhetssalonger markedsført og presentert som "figurforming for kvinner". Mentaltrening, kostholdsveiledning og fysisk trening var sentralt, der også elektronisk treningssimulering (elektrosimulering), samt undervisning og tilbud om trening var deler av tilbudet

til kunden. Tvistespørsmålet gjaldt da om disse tjenester avgiftsmessig skulle behandles som én sammensatt ytelse eller som flere selvstendige ytelser. Ytelsene som nevnt ovenfor er isolert sett både pliktige (eks. elektrosimulering og skjønnhetspleie) og unntatte (eks. undervisning, helse og idrett). KMVA la til grunn at elektrosimuleringen var hovedytelsen etter hovedytelseslæren som nettopp fremkom fra Carnegie/ABG-dommens prejudikatsvirkninger. Hele vederlaget ble således ansett avgiftspliktig.

Saksøker anførte at elektrosimulering ikke var et mål i seg selv, men et middel for best mulig motivasjon i forhold til effekt av undervisningen og påberopte uriktig bevisvurdering og rettsanvendelse. Den prinsipale anførsel fra saksøker var således at undervisningen feilaktig ble vurdert som underordnet (saksøker mente dette var hovedytelsen) og at elektrosimulering feilaktig ble vurdert som hovedytelsen. Subsidiært anførte saksøker at hovedytelseslæren ikke kunne legges til grunn for å avgiftsbelegge undervisningstjenesten da dette ville stride mot lovens ordlyd. Tjenestene måtte vurderes hver for seg. Både virkning på nøytralitet, konkurransevridding og brudd med legalitetsprinsippet ble anført som argumenter. Skulle derimot hovedytelseslæren kunne brukes på undervisningsområdet anførte saksøker at undervisningen var målet og ikke middelet, jf. Volker Ludwig-dommen.

Staten på sin side anførte at hovedytelseslæren var sentral og kommet til uttrykk gjennom rettspraksis, blant annet Carnegie/ABG-dommen, og kunne ikke se unntatte undervisningstjenester i nærværende sak som en selvstendig tjeneste, men snarere som del av avgiftspliktig "figurforming" ved elektrosimulering. Riktignok ville tjenester måtte avgiftsvurderes hver for seg i tråd med nøytralitetsprinsippet, men staten kunne ikke se at en dekomponering av ytelsene var mulig ut fra et fornuftig og bedriftsøkonomisk synspunkt. Se for øvrig Volker Ludwig-dommens premiss (17).

Etter rettspraksis kommenterte retten at undervisningen var å anse som nødvendige og integrerte deler av ytelsen til kundene. Noe annet ville medføre at ytelsen ikke fremsto som fullstendig og ville således ikke medføre et best mulig resultat (utnyttelse) av den kjøpte totaltjeneste for kundene (jf. om

mål/middel/utnyttelse i internasjonal rettspraksis, herunder Volker Ludwig-dommen). Retten vurderte da dette til å være en sammensatt ytelse som enten var avgiftspliktig eller unntatt, og henviste blant annet til Carnegie/ABG-dommen som igjen da henviste til de relevante premisser i Volker Ludwig-dommen (med sistnevnte doms henvisning til CPP-dommen). Retten viser videre til Carnegie/ABG-dommen hva gjelder hovedytelseslærens anvendelse på andre områder enn finansielle tjenester. Det refereres til premiss (55) der førstvoterende konkluderer med at hovedytelseslæren anses "dekkende for norsk rett". Retten finner således at prinsippet er generelt og ikke kun gjeldende for finansielle tjenester, uten brudd med legalitetsprinsippet. Således dekker hovedytelseslæren inn et generelt "smitteprinsipp" i avgiftsretten. For videre å finne hovedytelsen vil det avgjørende være hva som er målet for "den vanlige kunde" i seg selv ("gjennomsnittskunden" som terminologisk benyttes i de relevante premisser i avgjørelser fra EF-domstolen). Retten finner således hovedytelsen i nærværende sak til å være den avgiftspliktige elektrosimulering (presentert overfor kundene som "Figurformerer") og det totale vederlag i den sammensatte ytelse ble vurdert som avgiftspliktig. Saksøker fikk ikke medhold vedrørende uriktig etterberegning av merverdiavgift og staten ble således frifunnet. I skrivende stund har det fremkommet opplysninger om at dommen er påanket. Det blir således interessant å se rettsutviklingen opp mot avgiftsforvaltningens mulige iver etter bruk av hovedytelseslæren.

Ovenfornevnte dom viser med andre ord at Carnegie/ABG-dommen med sine sentrale henvisninger til utenlandsk rett synes å gi retningslinjer i norsk rett generelt om at et hovedytelsesprinsipp gjelder ved den avgiftsmessige vurdering av sammensatte ytelser.

6.1.2 Er endringene fulgt opp av avgiftsforvaltningen (MVA-håndboken)?

Avgiftsforvaltningen består av skattekontorene med Skattedirektoratet (SKD) som overordnet forvaltningsmyndighet. SKD kan avgi bindende forhåndsuttalelser (BFU) om merverdiavgift. Skattekontorene og SKD avgir også en del veiledende uttalelser. Ellers avgis løpende uttalelser (kommentarer og avgrensninger) om merverdiavgift av både Finansdepartementet (FIN) og SKD.

Klagenemnda for merverdiavgift (KMVA) avgir kjennelser etter klage over vedtak fattet av skattekontorene og SKD, jf. mval. § 19-1. Avgiftsforvaltningens håndbok, Merverdiavgiftshåndboken, baseres i stor grad på avgiftspraksis. Håndboken har ikke alltid vært like oppdatert med lovendringer og endringer i rettspraksis, og heller ikke alltid fokusert reflektert over sentrale problemstillinger. Fokus har ofte vært ensidig i favør av avgiftsforvaltningen (og ofte da i disfavør og innskrenkende i forhold til avgiftssubjektene). Et ensidig fokus og en mindre allsidig fremstilling av (alle) relevante rettskilder, der heller ikke kritiske merknader alltid kommer like godt frem, har gitt håndboken et noe "skjevt bilde"¹³⁹ og bruk av boken som en sikker rettskildefaktor kan i så henseende være noe begrenset.

Rettstilstanden på området har vært fragmentarisk og til dels uavklart, og avgiftsforvaltningens praksis har i stor utstrekning vært innskrenkende i forhold til lovens ordlyd og praksis i EU-området. Det anses således ikke hensiktsmessig å gå inn på tidligere klagenemdavgjørelser og bindende forhåndsuttalelser, men det er av interesse å skjele noe til slike avgjørelser etter at dommen ble vedtatt og satt rettskraftig 22. desember 2009, jf. pkt. 6.1.2.2 nedenfor.

Skattedirektoratet (SKD)¹⁴⁰ legger til grunn at Carnegie/ABG-dommen avgrenser vurderingskriterier til hva som er å anse som formidling (megling) og at hovedytelseslæren trekker opp kriterier for avgiftsmessig vurdering av sammensatte tjenester. SKD fremhever spesielt annenvoterendes kommentarer om at meglingsvirksomhet krever oppfyllelse av tre kriterier. Disse er selve *formålet* med virksomheten (utføre forberedende arbeid med hensyn til at parter inngår kontrakt), et *selvstendighetskriterium* for oppdragstager (opptre uavhengig av kontraktspartene), samt at virksomheten må gå ut på *formidling* (eksempelvis bringer parter sammen, fremforhandler kontraktsvilkår, utarbeider dokumenter, gjennomfører transaksjoner mv.)

SKD fremhever også at dommen ikke avviser at bistand ved fusjon kan være formidling. Dette forkaster endelig avgiftsforvaltningens tidligere kategoriske

¹³⁹ Ole Gjems-Onstad og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavg.* 3. utg. s. 51.

¹⁴⁰ Skattedirektoratets melding 3/10 av 26. mars 2010, side 7.

standpunkt om at verdipapirhandellovens definerte tilknyttede tjenester er avgiftspliktige, og bekrefter dermed at prosessen som sådan og tjenestenes art er det sentrale i avgiftsvurderingen. Dog fremhever SKD førstvoterendes bemerkning om at sentrale elementer i et megleroppdrag nærmest vil være fraværende i fusjonsprosesser og rådgivningselementet vil dominere. Kun i helt spesielle tilfeller vil bistand omfattes av unntaket. SKD konkluderer således med at tjenester ved fusjoner normalt er avgiftspliktige, men at situasjonen må vurderes konkret. Særlig der tjenesteyter kommer tidlig inn i prosessen vil man måtte vurdere om unntak fra avgiftsplikt kan inntreffe, eksempelvis der tjenesteyter er den som finner frem til en fusjonspartner, og/eller der denne har større oppgaver i forbindelse med å forhandle/overtale aksjonærer hos begge de fusjonerende parter¹⁴¹.

Ved virksomhetsoverdragelser legger SKD etter dommen til grunn at vanlig bistand ved slike transaksjoner omfattes av unntaket. Det legges til grunn at tjenesteyter må ha en utpreget selvstendig rolle mot potensielle kjøpere og ha deltatt i så godt som hele salgsprosessen (ikke kommet sent inn). Det er dog slik etter SKDs tolkning av dommen at oppdragsgiver fortsatt skal kunne delta i forhandlinger med potensielle kjøpere (og selv beslutte) uten at dette avskjærer megling som tjeneste fra tjenesteyter. Med andre ord oppstilles ikke et krav om at tjenesteyter må forhandle selvstendig med den endelige kjøper, men i prosessen som sådan må tjenesteyter opptre med utpreget selvstendighet for å kvalifisere som mellommann (megler).

SKD fremhever også at hovedytelseslæren (hovedytelse/sekundærytelse) er rettslig fastsatt gjennom dommen, samt også gjennom Grieg Investor-dommen, hva angår sammensatte tjenester. Hovedytelsen styrer avgiftsvurderingen for vederlaget til hele den sammensatte ytelse og sekundærytelsen følger den avgiftsmessige status til hovedytelsen uavhengig av den sekundære ytelses isolerte avgiftsmessige status. SKD mener at dette samsvarer med vurderinger foretatt rundt tilknyttede tjenester i både Ot.prp. nr. 2 (2000-2001)¹⁴² og FINs

¹⁴¹ Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 154.

¹⁴² Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 124.

tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 pkt. 4, der de tilknyttede tjenester (hvis underordnet/mindre vesentlig) følger hovedytelsens avgiftsmessige vurdering.

Etter mitt syn vil dette innebære at andre konsulenter (som revisorer og advokater) også kan levere unntatte finansielle tjenester så lenge nevnte kriterier oppfylles hva angår virksomhetsoverdragelser. Ikke sjelden er slike konsulenter involvert i virksomhetsoverdragelser. Slike vurderinger har etter min erfaring ikke vært påfallende da andre konsulenter enn verdipapirmeglere mv. nærmest uten unntak klassifiserer sine tjenester som avgiftspliktige. I praksis er mitt syn at vurderingene i stor grad foretas med utgangspunkt i avgiftssubjektets "normale avgiftsmessige status" og ikke en konkret vurdering av tjenestenes art og hva som i så måte faktisk leveres.

Avgiftsforvaltningen har ved flere anledninger blitt kritisert for å tolke utenlandsk rett i sin favør (eller som mindre relevant), jf. særlig underrettsdommer fra Carnegie/ABG-saken ovenfor. Det faller utenfor oppgaven å gå detaljert inn på dette utover det tidligere nevnte. Men eksempelvis kan dog nevnes at ved formidling av forsikring har avgiftsforvaltningens tolkning av definisjoner i tilknytning til mellommannsvirksomhet og formidlerens egeninteresse i lys av CSC-dommen og Volker Ludwig-dommen blitt kritisert. I kritikk til BFU 19/08¹⁴³ ble det blant annet hevdet at avgiftsforvaltningen tolket meglers egeninteresse utvidende fra de nevnte dommer slik at nærmest et hvert honorar til megler sørget for at kravet til meglers selvstendighet ble brutt (som følge av egeninteresse) på en måte som fratok megler status som formidler. Det er å håpe at generelle avklaringer gjennom Carnegie/ABG-dommen kan bidra til at dette unngås, dersom dommen tolkes korrekt og følges opp gjennom avgiftsforvaltningens praksis. I Merverdiavgiftshåndboken 2011 kommenteres Carnegie/ABG-dommen inngående og synes tilfredsstillende referert, jf. min gjennomgang i pkt. 4.1.4. Etter mitt syn viser ikke håndboken i tilstrekkelig grad til de avgrensingsproblemer og den motstridende praksis som tilsynelatende har funnet sted mellom norsk og internasjonal rett (og ikke minst tolkning) på området, noe som muligens fortsatt eksisterer. Det fokuseres i (for) stor grad på

¹⁴³ Thomas Antonsen. 2009. "Avgiftsmyndighetenes fragmenterte bruk av EF-domstolens praksis". *Revisjon & Regnskap*, Nr. 1 – 2009 s. 57-58.

rene referanser fra domspremisser og balanserte vurderinger kan synes noe mer fraværende. Således kan det synes som om Merverdiavgiftshåndboken (fortsett) er noe ensidig i sin tolkning og rettskildebruk. Uansett vil dommen være en viktig rettskilde for problemstillinger som tidligere hadde et til dels kronglete rettsbilde med til dels tilfeldige og partsbestemte tolkninger.

Det pågår nå et arbeid i EU med å endre avgiftsdirektivet (forslag i COM 2007/747 og 746) som blant annet har som formål å ensarte unntaket for finansielle tjenester. På sikt kan dette i større grad konkretisere rettsbildet også for Norges vedkommende når sammenligning med utenlandsk rett i stedet kan foretas gjennom formelle bestemmelser og ikke gjennom tolkning av EF-domstolens praksis. Forslagene til nytt direktiv søker blant annet å bygge på mer objektive kriterier og ikke nasjonale privatrettslige begreper. Sentrale rettssetninger fra EF-domstolens praksis foreslås også inntatt i ordlyden, eksempelvis fra SDC-dommen¹⁴⁴. Dette kan også lede til at norsk lovgiver må komme på banen og tilpasse ordlyden i mval. § 3-6 til utenlandsk rett, en tilpasning som tross alt skal være en overordnet målsetning. Dette kan avgrense avgiftsforvaltningens noe fragmenterte tolkning av utenlandsk rettspraksis.

Det kan også nevnes at under hovedforhandlingene i Høyesterett under Carnegie/ABG-saken anførte regjeringsadvokaten at begrepet megling (som er erstattet av formidling i merverdiavgiftsloven av 2009) var snevrere enn formidlingsbegrepet. Dette ble ikke drøftet nærmere av Høyesterett og det foreligger etter all sannsynlighet ikke grunnlag for en slik tolkning etter lovens forarbeider¹⁴⁵. Dette ville bryte med at mval. (2009) i hovedsak var en teknisk lovrevisjon og samtidig ytterligere innsnevre norsk rett i forhold til tilsvarende unntak i EU. Det er således av betydning å påse at avgiftsforvaltningen heller ikke ledes hen til et forsøk på å argumentere for en ytterligere innsnevring av meglingsbegrepet, noe de tradisjonelt har ivret etter. Carnegie/ABG-dommens avvisning av statens anførsel om innskrenkende tolkning av finansunntaket

¹⁴⁴ Jim Krüger Olsen og Eivind Bell Saxegård. 2009. "Momsunntaket for finansielle tjenester og endret EF-direktiv". *Revisjon & Regnskap*, Nr. 3 – 2009 s. 62-65.

¹⁴⁵ Trond Larsen og Frode Heggdal Larsen. 2009. "Corporate finance-tjenester og merverdiavgift". *Revisjon & Regnskap*, Nr. 3 – 2010 s. 67-69.

burde nå også lede avgiftsforvaltningen vekk fra en nærmest uavkortet tolkning i disfavør av næringsdrivende med spørsmål i tilknytning til nevnte unntak.

Hva angår avgrensingen til Carnegie/ABG-dommen, som for andre dommer, er det viktig å understreke at konklusjonen kun gjelder det konkrete saksforhold som omhandler megling av aksjer utført av konsesjonspliktige selskap etter verdipapirhandelloven. Dommen berører ikke andre særlige meglerroller som styres etter annen lovgivning og rettspraksis (eksempelvis eiendomsmegling). Slik jeg ser det vil man i andre og tilsvarende forhold kunne bruke dommen analogisk og avgiftsmessig vurdere de tjenestene som ytes etter sin art, samt prosessen for øvrig. Slik legger dommens prejudikatsvirkninger opp til konkretiserende føringer som vil være en sentral rettskilde når rettsregler i en bestemt og lignende sak skal fastlegges. Både de enkelte markedsaktører og avgiftsforvaltningen har således fått utfyllende retningslinjer fra dommen på et område som tradisjonelt sett har hatt en noe uavklart rettstilstand.

6.1.2.1. Kort sammenligning med svensk avgiftsforvaltning

Det anses relevant å knytte korte kommentarer til relevante og utvalgte problemstillinger fra svensk avgiftsforvaltning sammenlignet med den (tilsynelatende) norske praksis. Til dette er informasjon hentet ut fra den svenske avgiftsforvaltningen, "Handledning för märkeverdeskatt 2011" (kilde: www.skatteverket.se). Dette følger nedenfor sammen med mine egne kommentarer. CSC-dommens premiss (39) om formidling/megling tas direkte inn i den svenske avgiftshåndboken i sin helhet (s. 1150) og viser uttrykkelig at svensk avgiftsforvaltning skal bygge på og ta utgangspunkt i EF-domstolens avgjørelse:

"Utan att det är nödvändigt att fråga sig exakt vilken räckvidd uttrycket förhandlingar har [...] kan det konstateras att uttrycket [...] avser verksamhet som utförs av en mellanman som inte är part i ett avtal avseende en finansiell produkt och vars verksamhet skiljer sig från de typiska avtalsenliga prestationer som parterna i sådana avtal utför. Förhandlingsverksamhet är nämligen en tjänst som utförs för en avtalsparts räkning och för vilken denna utger vederlag såsom för fristående förmedlingsverksamhet. Verksamheten kan bland annat bestå i att underrätta parten om tillfällen att sluta ett sådant avtal, att komma i kontakt med motparten och att förhandla om detaljerna i prestationen och motprestationen i kundens namn och för dennes räkning. Denna verksamhets ändamål är således att göra det som är nödvändigt för att parterna skall sluta avtal, utan att förhandlaren har ett eget intresse vad gäller avtalets innehåll."

Videre sier håndboken følgende (med mine etterfølgende kommentarer):

Förhandlingsverksamhet - förmedling eller marknadsföring (s. 1150-51):

”För att en tjänst ska bedömas som från skatteplikt undantagen förmedling av finansiella produkter anser Skatteverket att tillhandahållaren måste agera som mellanman. För att tillhandahållaren ska anses agera som en mellanman måste denne känna till både säljarens och köparens identitet. Vidare måste ersättningen vara villkorad av att en eller flera huvudtransaktioner faktiskt äger rum. Skatteverket tolkar EU-domstolens praxis så att mellanmannens tillhandahållande inte behöver vara särskilt omfattande. Verksamheten kan exempelvis begränsas till att bereda parterna tillfälle att ingå avtal. Det krävs inte att förmedlaren deltar i förhandlingarna om de slutliga avtalsvillkoren mellan parterna. Det är tillräckligt att förmedlarens insats medför att ett avtal sluts mellan parterna. Omfattningen av rådgivning i samband med förmedlingen har ingen avgörande betydelse vid bedömningen av om tillhandahållandet ska omfattas av undantaget för förmedling av värdepapper eller anses vara en marknadsföringstjänst. Skatteverket anser däremot att det är fråga om skattepliktig marknadsföringstjänst om tillhandahållaren endast informerar om de finansiella produkterna, t.ex. vid ett möte eller genom att dela ut prospekt utan att ha kännedom om kundernas identitet (Skatteverket 2011-01-26, dnr 131 695702-10/111).”

I rammen ovenfor fremkommer at meglerens virksomhet ikke behøver å være spesielt omfattende, og han trenger ikke å delta i de avsluttende forhandlinger med partene. Det er tilstrekkelig at meglers innsats medfører avtaleinngåelse. Dersom det faktisk kreves avtaleinngåelse (og ikke bare forberedende arbeid) for å kvalifisere til megling slik ordlyden ovenfor kan indikere, kan den svenske definisjonen etter mitt syn virke avvikende (og strengere) i forhold til både CSC-dommens premis (39) og den utviklede norske rettspraksis på dette punkt. Rådgivningselementet anses ikke å være av betydning for unntak fra avgiftsplikt (eksemplifisert ved avgiftspliktig markedsføring) så lenge man er i en formidlingssituasjon. Dersom tjenestene dog *kun* omfatter informasjon, møtevirksomhet, prospektbeskrivelse mv. anses tjenestene som avgiftspliktig. Hovedytelseslæren kan således synes å være mindre fremtredende etter svensk avgiftsforvaltning.

Etter min vurdering fremstår den svenske definisjon av megling både bredere og mindre formell sammenlignet med det som nå synes å være tilfellet etter norsk rettspraksis, blant annet fra Carnegie/ABG-dommens prejudikatsvirkninger. Også i Norge er det kontraktspartene som tar beslutninger uten at dette behøver å påvirke meglerrollen. Ei heller kreves at megler forhandler helt selvstendig med den endelige kjøper, men i den svenske vurdering kan det synes som om megler kan fremstå noe mindre selvstendig i de avsluttende forhandlingsprosesser uten at meglerrollen uteblir. I Norge må megler delta i alle vesentlige deler av prosessen. Den avsluttende prosess er således etter mitt syn omfattet av *alle*

vesentlige deler og om megler uteblir fra dette oppfylles ikke meglerrollen etter norsk rettspraksis. I Norge er også oppdragsavtalenes innhold meget viktig i vurderingen av tjenestenes art, mens i Sverige synes rådgivningselementet å være av mindre betydning (også i avtalene) så lenge de overordnede kriterier for megling fremstår som tydelige og oppfylte.

Förmedling av aktie i samband med börsintroduktion/nyemission (s. 1153):

”I ett förhandsbesked som har fastställts av Högsta förvaltningsdomstolen, har Skatterättsnämnden ansett att s.k. corporate finance-verksamhet, i den del den avsåg förmedling av aktier i samband med börsintroduktion utan eller i anslutning till nyemission, utgör en enda tjänst som omfattas av undantaget i 3 kap. 9 § ML. Den så kallade corporate finance-verksamheten innefattade ett flertal olika tjänster som hade anknytning till ett bolags finansiering (RÅ 2001 not. 23).”

Hva gjelder CFT i rammen ovenfor synes svensk avgiftsforvaltning å unnta disse tjenester så lenge det dreier seg om børsintroduksjon (med eller uten nyemisjon). Etter norsk rettspraksis er også dette nå en sammenfallende forståelse med henvisning til internasjonal rett, jf. til eksempel premiss (40) i Carnegie/ABG-dommen. I den tidligere saksgang i Carnegie/ABG-saken var dog staten ikke kategorisk på dette punkt, slik at tjenestenes art, oppdragsavtalenes utforming og situasjonen for øvrig kunne lede til en annen konklusjon.

Etter dommen i Høyesterett kan det synes som om tjenester ved rene salg av selskaper noe mer konkludent kan omfattes av unntaket. Ser man på MVA-håndboken¹⁴⁶ synes det fortsatt som om avgiftsforvaltningen ivrer etter å vurdere ut fra rådgivningselementets betydning også ved salg av hele virksomheter (les: hovedytelseslæren og tjenestenes art), selv om det dog henvises til Carnegie/ABG-dommen. Sett i forhold til dommen, samt svensk avgiftsforvaltning, synes den norske avgiftsforvaltning å være noe unnlattende til å anse tjenester ved virksomhetsoverdragelser som unntatt fra avgiftsplikt uten å gå detaljert inn på enkeltelementene i den totale tjenesteleveranse. Mitt synspunkt er således at avgiftsforvaltningen i Norge på generelt grunnlag fortsatt vil være skeptiske til å vurdere unntak i situasjoner som tilsynelatende unntas avgift både etter Carnegie/ABG-dommen og svensk avgiftsforvaltning. Etter en isolert vurdering på dette punkt er dog mitt syn at norsk avgiftsforvaltningens inngående vurderer tjenestenes art og synes mer samstemt med

¹⁴⁶ Eksempelvis Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 177.

merverdiavgiftssystemets overordnede prinsipp og intensjon enn nevnte dom og svensk avgiftsforvaltning. Forvaltningen kan dog ikke sette seg over gjeldende rett slik denne fremkommer etter en avveining av de relevante rettskildefaktorer på området.

Tjänster i samband med aktieemission (s. 1153):

”Skatterättsnämnden har ansett att tillhandahållande av tjänster i samband med aktieemission omfattas av undantaget i 3 kap. 9 § ML. De tjänster som sökanden utförde bestod i att kontakta potentiella investerare och på olika sätt informera om emissionen och frågor i anslutning till den samt att utföra visst arbete i anslutning till aktieteckningen (SRN 2009-05-25).”

Også til rammen ovenfor er mitt synspunkt at svensk avgiftsforvaltning nærmest kategoriserer de nevnte informasjonstjenester som unntatt. Etter den norske avgiftsforvaltning er vi igjen tilbake til å vurdere tjenestenes faktiske innhold opp mot rådgivning (hovedytelseslæren), spesielt dersom den noe snevrere meglerdefinisjon som norsk rettspraksis tilsynelatende legger opp til ikke oppfylles. Således vil slike informasjonstjenester måtte underlegges strengere kriterier i Norge enn i Sverige for å kvalifisere for unntak slik jeg ser det.

Företagsöverlåtelse – förmedling av aktier och andra andelar (s. 1153):

”Högsta förvaltningsdomstolen har fastställt ett förhandsbesked, där en tjänst avseende företagsöverlåtelse har ansetts vara skattepliktig. Sökandens tillhandahållande avsåg ett försäljningsuppdrag som var uppdelat i fyra etapper som bestod av planering, analys och beskrivning (etapp 1), marknadsbearbetning (etapp 2), intressentbearbetning (etapp 3) samt förhandlingar och avslut (etapp 4). Den huvudsakliga delen i uppdraget hänförde sig till etapp 1 till 3. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i domslutet att de tjänster bolaget tillhandahåller sina kunder får, oavsett om i ett enskilt fall en aktieförsäljning kommer till stånd eller inte, huvudsakligen anses ha en annan karaktär än de finansiella tjänster som skall undantas från skatteplikt enligt de angivna reglerna i ML och i sjätte direktivet (RÅ 006 not. 188).

Rammen ovenfor viser en interessant vurdering fra den svenske avgiftsforvaltning i forhold til den praksis som etter mitt syn Carnegie/ABG-dommen har medført. Virksomhetsoverdragelser etter dommen anses som en helhetlig prosess med tilhørende unntak fra avgift for CFT. Tilhørende mandatavtaler inneholder etter min vurdering mye av de samme elementer som ”etapp 1-4” ovenfor. I Carnegie/ABG-dommen blir tilsynelatende avtalene ikke inngående vurdert (samt også ulikt vurdert mellom først- og annenvoterende), men prosessen som sådan kategoriseres som en unntatt salgsprosess. Således synes hovedytelseslæren i Carnegie/ABG-dommen noe mer underordnet selve meglingsprosessen. Etter svensk avgiftsforvaltning kan det se ut som om avtalene vurderes mer inngående. Dersom de rådgivende elementer i CFT

("etapp 1-3" ovenfor) er det mest fremtredende i oppdraget benyttet en hovedytelseslære som klassifiserer hele oppdraget som avgiftspliktig ("etapp 4", megling/forhandling/avslutning, anses da underordnet). Etter mitt syn er dette en konklusjon som kan synes noe motstridende med Carnegie/ABG-dommens premisser på dette punkt, men dog mer i tråd med norsk avgiftsforvaltning og den ulovfestede hovedytelseslære, jf. MVA-håndboken¹⁴⁷. Uansett skal norsk avgiftsforvaltning følge norsk rettspraksis når dette er styrende for rettsreglene i Norge - selv om vurderinger etter svensk avgiftsforvaltning (med sin henvisning til Högsta förvaltningsdomstolen ovenfor) skulle synes mer i overensstemmelse med den praksis norsk avgiftsforvaltning fører.

Företagsöverlåtelse – förmedling av aktier och andra andelar (s. 1153-54):

Mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens domar (RÅ 2001 not. 23 och RÅ 2006 not. 188) anser Skatteverket, när det gäller konsulttjänster i samband med företagsöverlåtelser, att ett uppdrag att finna en köpare till ett företag, i de fall hela företaget avyttras till ett mindre antal köpare, är en skattepliktig konsulttjänst även om avtalet är formulerat som ett uppdrag att förmedla aktier. Det centrala i ett sådant uppdrag, och det som är avgörande vid bestämmandet av tjänstens karaktär, är biträdet vid avyttringen av företaget och dess tillgångar. De konsulttjänster som efterfrågas i samband med överlåtelserna kan därför inte vid en huvudsaklighetsbedömning anses vara en från skatteplikt undantagen förmedling av värdepapper. En konsult som på motsvarande sätt biträder en köpare att finna ett lämpligt företag att förvärva tillhandahåller en skattepliktig konsulttjänst även om uppdraget är formulerat som förmedling av aktierna i företaget (Skatteverket 2007-10-02, dnr 131 304409-07/111)."

Rammen ovenfor gjelder det svenske skatteverkets tolkning av aktuelle rettsavgjørelser hva angår CFT. De anser konsulenttenester som består av å finne enkeltkjøpere til salg av et selskap (der selskapet som sådan selges til en eller noen få kjøpere) som avgiftspliktig, selv om oppdraget er et avtalemessig definert formidlingsoppdrag. Det kan tyde på at Skatteverket her skiller på megling mellom få og flere potensielle kjøpere, en avgrensning som ikke fremtones i norsk avgiftsforvaltning og rettspraksis slik jeg ser det. Det som anses avgjørende etter Skatteverkets syn er tjenestenes karakter etter en overordnet vurdering som bestemmes ut fra hvordan tjenesteyter bidrar i selve salgsprosessen som sådan. Dette sistnevnte sammenfaller med hvordan Carnegie/ABG-dommen betrakter tjenesteyter i en fusjonsprosess der hvor disse ikke bidrar i alle vesentlige deler av prosessen og da vanskelig kan omsette noe annet enn avgiftspliktige rådgivningstjenester. Etter Skatteverkets vurdering

¹⁴⁷ Eksempelvis Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg. s. 177.

synes konsulenttenester som nevnt ovenfor ikke å være sekundære ytelser til formidling av aksjer etter hovedytelseslæren og unntatt avgift som følge av hovedytelsens unntak, men en selvstendig og avgiftspliktig rådgivningstjeneste i forbindelse med salg av selskap. Dette ulikt det som fremkommer fra salgstilfellene i Carnegie/ABG-dommen som etter mitt syn er mer kategorisk til avgiftsunntak.

Svensk avgiftsforvaltning har samme syn som nevnt ovenfor dersom tjenesteyter bistår kjøper i å finne et egnet kjøpsobjekt selv om tjenesten har som siktemål å bidra til aksjekjøp. Tjenesten vurderes på en måte som sekundær i prosessen, men ikke tilknyttet en unntatt hovedtjeneste. Den vurderes således som en selvstendig tjeneste. Etter min tolkning bryter Skatteverkets syn på dette punkt noe med den tradisjonelle hovedytelseslære slik den praktiseres i Norge der den sekundære tjeneste er et middel (og ikke et mål i seg selv) til best mulig å ivareta resultatet av hovedytelsen (formidling av aksjer) og følger dennes avgiftsvurdering. Svensk avgiftsforvaltning synes å anse megling (formidling) i tilfeller med en eller få selgere/kjøpere som avgiftspliktig rådgivning, ulikt hvordan dette vurderes i Norge slik jeg ser det.

Sammenlignet med norsk rettspraksis og norsk avgiftsforvaltning synes Skatteverket på dette punkt å være både snevrere og til dels avvisende til utstrakt bruk av hovedytelseslæren i tradisjonell forstand. Dette kan bli interessant fremover dersom norsk avgiftsforvaltning fortsetter sin iver etter bruk av hovedytelseslæren med tilhørende utstrakt bruk av skjønn. Sistnevnte lære står etter mitt syn gjennomført sterkere i Norge. Avklaringer og premisser fra Carnegie/ABG-dommen synes å ha bidratt til dette. Det kan også synes som om Skatteverket heller ikke er like "låst" til avtaletolkning på dette punkt sammenlignet med hva som synes å være av overordnet viktighet i norsk avgiftsforvaltning og rettspraksis.

Som vi ser kommenteres ikke tjenester vedrørende fusjon direkte i den svenske avgiftshåndboken. Dette er isolert sett også i tråd med statens anførsler under tidligere saksgang i Carnegie/ABG-saken hva angår sammenligningen med svensk rett. Dette kommenteres ikke nærmere, men sett i lys av ovenfornevnte

kommentarer fremstår det for meg som klart at oppdragets karakter (vedrørende hovedytelse, sekundærytelse mv.) også i svensk avgiftsforvaltning vil bli avgjørende, dog selv om mitt synspunkt er at hovedytelseslæren ikke kommenteres like inngående i svensk som i norsk avgiftsforvaltning. Dersom det uten å forrykke kundenes hovedmålsetning er mulig å dele opp oppdrag i isolerte avtaler som gjelder rene meglingsoppdrag, vil disse kunne unntas avgift. Etter sammenligningen med svensk avgiftsforvaltning kan det synes lettere å klassifisere slike oppdrag som unntatt formidling i Sverige enn i Norge (en bredere meglerdefinisjon i Sverige). Isolerte konsulenttjenester ved fusjoner kan heller ikke etter svensk avgiftsforvaltning unntas avgift etter min tolkning. I denne sammenheng viser jeg til rammen fra side 1153-54 i "Handledning för märkeverdeskatt 2011" ovenfor som klart (dog i en noe annen sammenheng) klassifiserer rådgivning som avgiftspliktig selv om disse tjenester har en tilknytning til finansielle instrumenter. Dersom ikke tjenestene kan isoleres synes dog også svenske avgiftsmyndigheter å praktisere hovedytelseslæren, men man kan få inntrykk av at oppdeling i tjenester hver for seg med isolert avgiftsbedømming er mer fremtredende i Sverige enn klassifiseringen av sammensatte ytelser er i Norge, jf. for øvrig igjen rammen fra side 1153-54 i "Handledning för märkeverdeskatt 2011" ovenfor. Mandatavtalers betydning synes også å tillegges mindre vekt i Sverige til fordel for prosessens faktiske og reelle innhold, selv om dog først- og annenvoterende i Carnegie/ABG-dommen hadde ulike bedømming av avtalene og tilsynelatende også hadde fokus på prosessen til fordel for en faktisk analyse av mandatavtalenes innhold etter tjenestenes art.

6.1.2.2. Klagenemda for merverdiavgift

Avslutningsvis kommenteres kort utvalgte KMVA etter Carnegie/ABG-dommens rettskraft. Hva angår bindende forhåndsuttalelser (fra Skattedirektoratet) finnes så vidt vitende i skrivende stund ingen særskilt relevante uttalelser etter et søk på skatteetatens nettsider.

6.1.2.2.1. KMVA-2010-6196A – 16. april 2010.

Saken gjelder fornyet behandling av klagesak 6196 av 16. juni 2008 med bakgrunn i Carnegie/ABG-dommen. I saken forut for selve omgjøringsvedtaket

stemte klagenemda ned det nedlagte votum som poengterte at det ikke kunne være forskjell på å selge alle aksjene i et selskap (avgiftspliktig) og salg av enkeltaksjer (unntatt) når arbeidet i hovedsak bestod av å finne kjøpere. Saken gjaldt meglertjenester utført i forbindelse med salg av alle av aksjene i et selskap. Skattekontoret hadde innstilt på at hovedytelsen ikke var meglertjenester ved salg av aksjer, men rådgivning (herunder CFT) i en sammensatt ytelse overordnet meglertjenestene. Etter Klagers syn var hovedytelsen meglertjenester utført med bakgrunn i dennes tekniske og bransjemessige kunnskap. Med bakgrunn i Carnegie/ABG-dommen anmodet skattekontoret om omgjøring av klagenemdas vedtak av 16. juni 2008, noe nemda ga sin tilslutning til. Klagers tjenester ble således ansett som et unntatt megleroppdrag etter fornyet behandling.

6.1.2.2.2. KMVA-2010-6777 – 18. oktober 2010.

Saken kommenteres kort selv om den er utenfor tjenesteområdet CFT. I denne sak vurderte Klager og skattekontoret Carnegie/ABG-dommens premiss (45), (53) og (54) i tilknytning til om det foreligger én tjeneste og hva som utgjør det dominerende element som bestemmende for hovedytelsen (hovedytelseslæren). Klager anførte skadeadministrasjon som del av en unntatt formidlingstjeneste (forsikring). Skattekontoret innstilte på å behandle skadeadministrasjon som en selvstendig avgiftspliktig tjeneste. Rundt det sentrale spørsmål om sammensatte ytelser ble det nedlagt votum (som ble nedstemt) til Klagers fordel om at det forelå en sammensatt ytelse, der hvor ubetydelig skadeadministrasjon følger den unntatte formidling. Skattekontoret fikk medhold i at det forelå to isolerte ytelser og hovedytelseslæren gikk ikke seirende ut av denne sak.

6.1.2.2.3. KMVA-2010-6848 – 13. desember 2010.

Dette er en sak som ligger noe på siden av oppgavens hovedtema, men berører Carnegie/ABG-sakene i tidlig fase fra klagenemda. Der ble krav om tilleggsavgift frafalt etter klagenemdas vedtak. Begrunnelser for frafallet i sakskomplekset Carnegie/ABG var varierende rettsanvendelse fra statens side, samt generell usikkerhet og den prinsipielle betydning problemstillinger rundt CFT og unntak for finansielle tjenester hadde. I nærværende sak unnlot Klager å innberette utgående merverdiavgift som følge av CFT etter "snudd avregning". Klager

anførte usikkerhet rundt forståelsen av unntaket, samt likebehandling med Carnegie/ABG-sakene i klagenemda på dette punkt. Skattekontoret anførte minst simpel uaktsomhet. Det å ikke sette seg inn i gjeldende regelverk for sin virksomhet kunne ikke fritta fra skyld. Dette kunne medføre at et hvert spørsmål om CFT ga fritak fra tilleggsavgift. Skattekontoret anførte også at klagers avtale med oppdragsgiver ikke indikerte megling. Klagenemda ga skattekontoret medhold i en streng norm for tilleggsavgift.

6.1.2.2.4. KMVA-2011-6238A – 11. april 2011.

Saken gjaldt delvis omgjøring av klagesak 6238 av 1. september 2008. Den del av klagesaken som Klager ønsket omgjort var sak vedrørende salg av alle aksjene i to selskaper. Fusjonselementet og momenter vedrørende kjøp av tjenester var ikke med i omgjøringssaken. Skattekontoret fremholdt at CFT ved salg av to selskaper ikke var tilleggstjenester knyttet til en unntatt finansiell hovedtjeneste. Tjenestene ble ikke ansett tilstrekkelig underordnet eller mindre vesentlig enn hovedtjenesten, samt ikke tilstrekkelig i tråd med oppdragsgivers bestilling på en sådan måte at avgiftsunntak kunne innrømmes. Klager var av motsatt oppfatning og mente tjenestene var unntatte meglingstjenester. Etter Carnegie/ABG-dommen stilte saken seg annerledes og dommen var bakgrunnen for nærværende omgjøringssak. Skattekontoret fremhevet, som i Carnegie/ABG-dommen, at mandatavtalene var utgangspunktet, sammen med vanlig praksis ved slike oppdrag og omstendighetene i den konkrete sak for øvrig. De poengterte også at dommen ville ha betydning for nærværende omgjøringssak.

For tjenestene til salget av det ene selskapet anførte skattekontoret at avtalen var generelt utformet der utfallet av avtalen primært var å få i stand en fusjon og å "treffe de nødvendige foranstaltninger" til dette, men salg av aksjene kunne også bli et utfall etter avtalens ordlyd. Klager anførte at hovedmålsetningen var å oppnå høyest mulig pris og at avtalene var "åpne". Skattekontoret fremhevet at Klager kom sent inn i prosessen der hvilke to selskaper som skulle fusjonere, eller selge/kjøpe aksjer, var fastlagt på forhånd. Således anførte skattekontoret at avtalen gikk ut på rådgivningstjenester og viste til premiss (74) i Carnegie/ABG-dommen der meglerelementet i en fusjonsprosess nærmest systematisk anses fraværende og rådgivningen er det dominerende element. Således ble saken fra

skattekontorets side betraktet som helt forskjellig fra salgstilfellene i Carnegie/ABG-dommen der kjøper ikke var gitt på forhånd. Klager var av den oppfatning at tjenester i tilknytning til salg av selskaper var unntatt avgift som følge av dommen. Skattekontoret konkluderte med at tjenestene ved dette salget var avgiftspliktig rådgivning også ved omgjøringssaken.

Etter mitt syn hevder Klager her at tjenester ved salg av selskaper etter Carnegie/ABG-dommen nærmest kategorisk er unntatt avgift og nedtoner avtalenes innhold. Mitt syn er at dommen *kan* leses i den retning. I dommens premiss (80) er det dog viktig å ikke glemme ordlyden fra lagmannsrettens vurdering som Høyesterett også vektla. I tillegg til mandatene skal også "*vanlig sedvane ved oppdrag av denne karakter*" vurderes. Både avtaler og omstendighetene for øvrig tillegges vekt. Dette kan underbygge at avtalene ikke alltid bør tas på ordet, men slik jeg ser det skal de heller ikke nedtones. Når omstendighetene er av en slik karakter at et annet (og nesten like sannsynlig utfall) blir en realitet, selv om en på forhånd inngått avtale sier noe annet, bør det ses hen til at realiteter kan gå foran formaliteter når dette synes rimelig. Avtaler vil sjelden være absolutte. Dette har også vært kommentert i Carnegie/ABG-saken. Etter et slikt syn kan det synes som om skattekontoret (igjen) er vel kategorisk og lite fleksibel til skade for Klager og ikke tar Carnegie/ABG-dommens intensjoner på alvor. På dette punkt fastholdt altså skattekontoret etterberegningen.

I salget av det andre selskapet ga skattekontoret Klager medhold i omgjøringssaken og anmodet klagenemda om omgjøring av tidligere vedtak om etterberegning med bakgrunn i rettsutviklingen etter Carnegie/ABG-dommen. Avtalen om tjenestene til dette salget fremsto som en strukturert salgsprosess som megler tok del i for alle vesentlige deler. Megler hadde også en selvstendig rolle i oppdraget. Dette ble således ansett som et megleroppdrag. Klagenemda sluttet seg enstemmig til skattekontorets innstilling ved begge salgene.

6.1.2.2.5. KMVA-2011-7106 – 28. august 2011.

Denne sak ligger også noe på siden av oppgavens sentrale tema, men vil etter mitt syn underbygge avgiftsforvaltningens fokus på å ilegge avgift og dreie

rettskildene i denne retning. Konklusjonen synes dog fornuftig, uten at det går nærmere inn på denne, men skattekontorets argumentasjon frem mot konklusjonen bør kommenteres. Klagenemnda kommenterte for øvrig ikke skattekontorets argumentasjon.

Klagen gjaldt etterberegning av fradragsført inngående avgift med fokus på tilknytningskravet der mval. § 3-6 ble brukt som argument for fradragsnektelse etter mval. § 8-1. Etter mitt syn et godt utgangspunkt. Klager hadde kjøpt konsulent- og juridisk bistand (CFT) vedrørende mulig salg av aksjer i et datterselskap og uriktig fradragsført merverdiavgift etter skattekontorets vurdering.

Skattekontoret henviser etter mitt syn noe fragmentarisk og unøyaktig til Carnegie/ABG-dommen og poenger tas ut av sin sammenheng for å underbygge at Klagers kjøp av CFT skal tilknyttes *salg* av finansielle instrumenter utenfor loven med tilhørende fradragsnektelse. Henvisningene gir tilsynelatende uttrykk for avgiftsunntak for CFT ved fusjoner, samt at dette anses som formidling av aksjer og finansielle instrumenter (øverst på side 8 i utskrift fra Lovdata) – motsatt av dommens faktiske konklusjon om CFT ved fusjonen. Transaksjoner med aksjer er dog isolert sett vurdert som unntatt også i fusjonstilfellet, men etter en samlet vurdering anses CFT som avgiftspliktig etter hovedytelseslæren. Skattekontoret kunne her ha vært tydeligere i sin argumentasjon og fremvist bedre rettskildebruk for å unngå forvirring og i ytterste konsekvens feil rettsanvendelse.

Det kan synes som om skattekontoret har en lavere terskel for fradragsnektelse ved kjøp (lavere enn for avgiftsunntak ved salg) når ytelsene er rådgivning i tilknytning til finansielle tjenester. Ved fradragsnektelse synes skattekontoret å legge større vekt på ordet "herunder" i mval. § 3-6 etter en utvidende tolkning enn hva tilfellet ville vært ved vurdering av unntak. I sistnevnte tilfelle er mitt syn at avgiftsforvaltningen i større grad legger innskrenkende tolkninger til grunn ("strengt/snevert"), jf. gjennomgangen av Carnegie/ABG-saken. Det henvises da ofte til forarbeider og internasjonal rett med henblikk på den strenge fortolkning. Etter mitt syn fremstår dette noe ubalansert.

6.1.2.3. *Noen utvalgte refleksjoner*

Etter mitt syn er den ulovfestede hovedtelslære intet utpreget nytt innen merverdiavgiften da det også tidligere har eksistert en "smittelære" på området med sammensatte tjenester. Hovedtelslæren har imidlertid medført større grad av konkretisering på området. Kanskje vurdering av sammensatte tjenester har fått en bedre redskapskasse til avgiftsvurderingen.

Carnegie/ABG-dommen har som vi har sett hatt innvirkning på området, men det kan likevel stilles spørsmål til om dommen faktisk er et klart prejudikat og en tung rettskildefaktor. Dog hersker det liten tvil om at dommen har hatt en klargjørende og konkretiserende betydning for rettsreglene. Slik jeg ser det kan norsk rett i all hovedsak anses å være i tråd med internasjonal rett på området. Kanskje var dette tilfellet også før Carnegie/ABG-dommen ble rettskraftig, men dommen har uansett hatt en kontrollerende funksjon (en "avsjekk") på rettstilstanden. Partene i saken satte til Høyesterett å avgjøre tvisten som i avgjørelsen da så hen til internasjonal rett. Således er mitt syn at dommen ikke direkte ledet til bruk av internasjonal rett som rettskildefaktor for å bestemme rettsreglene i Norge.

Hovedtelslæren er etter mitt syn ikke en ubetinget positiv affære. Læren vil ved overforbruk kunne skade merverdiavgiftssystemets uttalte målsetning om nøytralitet. Avgiftspliktige tjenester vil isolert sett kunne unntas avgift og vice versa. Dette fører i neste omgang til konkurransevridning og avgiftskumulasjon med utilsiktede konsekvenser for både bedrifter og samfunn. I lys av dette fungerer hovedtelslæren dårlig mot merverdiavgiftssystemets intensjon.

Som tidligere nevnt ser vi at prejudikatsvirkningene fra Carnegie/ABG-dommen hensyntas på generelt grunnlag, men det vil for fremtiden være viktig å ha et årvåkent blikk til hvordan avgiftsforvaltning, domstoler og de næringsdrivende selv tolker og bruker dommen som rettskilde. Det kan i denne sammenheng nevnes at avgiftsforvaltningen også på eget initiativ har benyttet dommen til omgjøring av tidligere vedtak om avgift på CFT¹⁴⁸.

¹⁴⁸ KMVA-2010-6740, 31. august 2010 (kommenteres ikke nærmere i oppgaven).

Hovedytelseslæren vil etter all sannsynlighet bli hyppig brukt med henvisning til dommen. Det blir spennende å følge partenes tolkning og bruk av denne "lære". Det blir også interessant å følge utviklingen av unntak fra merverdiavgift på finansielle tjenester gjennom kriterier for definering av megleroppdrag og utførte meglingstjenester, da med særlig vekt på corporate finance-tjenester. I denne sammenheng kan nevnes at formidlingssituasjonens reelle innhold (meglingen) vil være av avgjørende betydning i avgiftsvurderingen. Særlig må her nevnes det reelle innhold i de underliggende transaksjoner og tjenestenes art – formidles finansielle instrumenter eller andre eiendeler.

Det synes også naturlig at mval. § 3-6 brukes som argument for fradragsnektelse, jf. mval. § 8-1. Unntak ved omsetning og formidling av finansielle tjenester blir derfor relevant i fradragsvurderingen ved kjøp av innsatsfaktorer. Vanskelige tolkningsspørsmål kan oppstå i forhold til intensjonen ved kjøp av avgiftspliktige tjenester og det endelige utfall ved salg av finansielle tjenester i prosessers senere faser.

Fra gjennomgangen i pkt. 4.1 og 5.1 ovenfor kan Carnegie/ABG-dommen indikere ulik bevisvurdering mellom salgsprosesser (en friere bevisvurdering) og fusjonsprosesser (mer fokus på "begivenhetsnære bevis"). Dette er nok sannsynligvis ingen tiltenkt endring i den generelle metode for bevisvurdering, men bør tolkes som en isolert konsekvens fra selve dommen og gjeldende kun for denne.

Jeg antar således at mange og viktige saker i tiden fremover vil bli underlagt premisser fra Carnegie/ABG-dommen i både avgiftsforvaltning og domstoler, samt også hos de berørte næringsdrivende selv, særlig hva angår verdipapirforetak og andre tilgrensende konsulenter.

LITTERATURHENVISNINGER

- Antonsen, Thomas. 2009. "Avgiftsmyndighetenes fragmenterte bruk av EF-domstolens praksis". *Revisjon & Regnskap*, nr. 1 – 2009: s. 57-58.
- BFU 42/07, BFU 97/03, BFU 41/04, BFU 19/08.
- Boe, Erik. 2010. *Grunnleggende juridisk metode*. 2. utg. Universitetsforlaget.
- Bråthen, Tore. 2008. *Selskapsrett*. 3. utg. Universitetsforlaget,
- Bøsterud, Christin, Alexander With og Thomas Antonsen. 2007. *Merverdiavgift i EU – en innføring*, 2. utg. Den norske Revisorforening,
- C-2/95. SDC-saken, EF-domstolens avgjørelse av 5.6.1997.
- C-349/96. CPP-saken, EF-domstolens avgjørelse av 25.2.1999.
- C-235/00. CSC-saken, EF-domstolens avgjørelse av 13.12.2001.
- C-453/05. Volker Ludwig-saken, EF-domstolens avgjørelse av 21.6.2007.
- C-350/10. Nordea/SWIFT-saken, EU-domstolens avgjørelse av 28.7.2011.
- Christiansen, Erling. 2009. "Verdipapirforetakenes rådgivningsmandater i corporate finance-oppgaver. Noen utvalgte temaer". *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2009-1: s. 20 (utskrift fra Gyldendal Rettsdata).
- Den norske Revisorforening. *Egenkapitaltransaksjoner* (2011, 4. utg.), *Merverdiavgift i regnskapet* (2011, 30. utg.), *Merverdiavgiftsloven – en presentasjon* (2012, 4. utg.).
- Dom Oslo tingrett, TOSLO-2011-19537.
- Dyrnes, Cecilie Aasprong. *Forelesningsnotater GRA 6253 - Emner i selskapsskatt og omorganiseringer, internasjonal skatterett og avgiftsrett, skatteforvaltning*. 2011. Handelshøyskolen BI.
- Dyrnes, Cecilie Aasprong. *Forelesningsnotater GRA 6253 - Emner i selskapsskatt og omorganiseringer, internasjonal skatterett og avgiftsrett, skatteforvaltning*. 2012. Handelshøyskolen BI.
- Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester.
- Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode*. 1. utg. 1998. Ad Notam Gyldendal.

- Ghuri, Pervez og Kjell Grønhaug. *Research Methods in Business Studies*. 4th ed. Prentice-Hall.
- Gjems-Onstad, Ole og Tor S. Kildal. 2009. *Lærebok i merverdiavgift. Merverdiavgiftsloven 2009*. 3. utg. Gyldendal akademisk.
- Gjems-Onstad, Ole og Tor S. Kildal. 2009. *Merverdiavgift: Spørsmål og svar. Merverdiavgiftsloven 2009*. 5. utg. Gyldendal akademisk.
- Gjems-Onstad, Ole og Tor S. Kildal. 2011. *MVA-kommentaren*. 4. utg. Gyldendal akademisk.
- Gjems-Onstad, Ole og Tor S. Kildal. 2011. *Skatterett: Spørsmål og svar*. 7. utg. Gyldendal akademisk.
- Gjems-Onstad, Ole, red. *Skattelovsamlingen*. 21. utg. Gyldendal akademisk.
- Gjems-Onstad, Ole. 2008. *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Gyldendal akademisk.
- Gulden, Bror Petter. 2010. 2. utg. *Etikk, moral og revisjon: Teori, analyse og handlingsvalg*. Revisorforeningen.no.
- Gyldendal Rettsdata. Utvalgte deler fra siste nettbaserte utgave.
- Handledning för mervärdesskatt 2011, www.skatteverket.se.
- Heggdal Larsen, Frode og Trond Larsen. 2004. *Finansielle tjenester og merverdiavgift*. Schjødt.
- Innst. O. XVII (1968-1969). *Innstilling fra den forsterkede finanskomite om lov om alminnelig omsetningsavgift og særskilt avgift på visse varer og tjenester (merverdiavgiftsloven)*.
- Innst. O. nr. 24 (2000-2001). *Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) mv. (Merverdiavgiftsreformen 2001)*.
- Innst.O.nr. 120 (2008-2009). *Innstilling fra finanskomiteen om lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)*.
- Jepsen, Anders Strandet. 2010. *Moms og aktiviteter i forbindelse med værdipapirer*. Doktoravhandling, pkt. 8.2.2.1.
- KMVA-2006-5561, KMVA-2006-5476, KMVA-2006-5545, KMVA-2007-5821, KMVA-2010-6196A, KMVA-2010-6740, KMVA-2010-6777, KMVA-2010-6848, KMVA-2011-6238A, KMVA-2011-7106.
- Kvaal, Erlend. *Forelesningsnotater GRA 6276 Metodekurs for MRR*. 2011. Handelshøyskolen BI.

Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) – opphevet.

Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven).

Lov 19. juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)

Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)

Michalsen, Bjørnar Elverhøy og Marit Bonnevie Wollebæk. 2009. "Corporate finance-tjenester og merverdiavgift". *Revisjon & Regnskap*, nr. 5 – 2009: s. 59-61.

Norsk Retstidende. Utvalgte deler referert til fra Gyldendal Rettsdata.

NOU 1990: 11. *Generell merverdiavgift på omsetning av tjenester*.
Storvikutvalgets innstilling.

NOU 2001: 29. *Best i test? Referansetesting av rammevilkår for verdiskapning i næringslivet*.

Olsen, Jim Krüger og Eivind Bell Saxegård. 2009. "Momsunntaket for finansielle tjenester og endret EF-direktiv". *Revisjon & Regnskap*, nr. 3 – 2009: s. 62-65.

Ot.prp. nr. 17 (1968-69). *Om lov om alminnelig omsetningsavgift og særskilt avgift på visse varer og tjenester (merverdiavgiftsloven)*.

Ot.prp. nr. 2 (2000-2001). *Om lov om endringer i lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (Merverdiavgiftsloven 2001)*. (Henvisninger til sidetall i oppgaven baseres på sidehenvisninger i utskrift fra Lovdata.)

Ot.prp. nr. 34 (2006-2007). *Om lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) og lov om regulerte markeder (børsloven)*.

Ot.prp. nr. 76 (2008-2009). *Om lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)*. (Henvisninger til sidetall i oppgaven baseres på sidehenvisninger i utskrift fra Lovdata.)

Prop. 1 S (2009-2010). *Skatte-, avgifts- og tollvedtak (for budsjettåret 2010)*.

Prop. 1 S (2011-2012). Statsbudsjettet (for budsjettåret 2012).

Rdir. 2006/112/EF. *Merverdiavgiftsdirektivet*.

Refsland, Thor. 2007. *Lærebok i merverdiavgift*. 7. utg. Skattebetalerforeningen.

Refsland, Thor. 1996. *Lærebok i merverdiavgift*. 1. utg. Skattebetalerforeningen.

Rt. 2009 s. 1632 (Carnegie/ABG-dommen).

Scheel, Marianne. 2003. *Norsk merverdiavgift ved internasjonal handel*, 1. utg.
Den norske Revisorforening,
Skattedirektoratet. Melding 3/10, 26. mars 2010.

Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2012*. 8. utg.

Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2011*. 7. utg.

Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2010*. 6. utg.

Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2007*. 5. utg.

Skattedirektoratet. 2002. "Merverdiavgift og corporate finance-tjenester".
Revisjon og Regnskap, nr. 2 – 2002: s. 54. (Ref. fra brev SKD 30. januar
2002).

Skatteetaten. *Lignings-ABC 2011*.

Unneberg, Inge. *Forelesningsnotater GRA 6276 - Metodekurs for MRR*. 2011.
Handelshøyskolen BI.

Utv. 2008 s. 14, Utv. 2008 s. 1076, Utv. 2009 s. 201, Utv. 2009 s. 780.

www.skatteverket.se, *Handledning for mervärdeskatt 2011, del 2*.

www.lovdatab.no, www.regjeringen.no, www.revisornett.no,
www.skatteetaten.no, www.skatteverket.se.