



Handelshøyskolen BI

MAN 29221 Merverdiavgift I - grunnleggende emner og EU Mua - prosjektoppgave

Term paper 100% - W

Predefined Information

Start date:	06-09-2023 09:00 CEST	Term:	202320
End date:	11-12-2023 12:00 CET	Grading scale:	Norwegian 6-point scale (A-F)
Examination type:	P		
Flow code:	202320 20447 IN02 W P		
Internal assessor:	(Anonymised)		

Navn:

Maria Mjøs

Information from participant

Title *:	Merverdiavgiftsbehandlingen av finansielle instrumenter i form av opsjoner - utvalgte problemstillinger		
Name of supervisor *:	Benn Folkvord		
Does the submission contain confidential material?:	No	Can the submission be made public?:	Yes

Group

Group name:	(Anonymised)
Group number:	9
Other members:	The participant has submitted as a one-person group

Prosjektoppgave
ved Handelshøyskolen BI

- Merverdiavgiftsbehandlingen av
finansielle instrumenter i form av opsjoner
– utvalgte problemstillinger -

Eksamenskode og navn:

**MAN2922 – Merverdiavgift 1 – Grunnleggende emner og EU
Mva**

Utleveringsdato:
06.09.2023

Innleveringsdato:
11.12.2023

Stuedsted:
BI Oslo/Nydalen

Innholdsfortegnelse

Innhold

INNHALDSFORTEGNELSE	I
SAMMENDRAG.....	II
1. INNLEDNING	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Videre framstilling og avgrensning.....	2
2. GENERELT OM OPSJONER.....	3
2.1 Innledning	3
2.2 Det underliggende objekt.....	3
2.3 Opsjonspremie	4
2.4 Oppgjørsformer	4
2.5 Skillet mellom kontraktsposisjon og den underliggende transaksjonen.....	4
3. OMSETNING AV FINANSIELLE TJENESTER	5
3.1 Utgangspunkt	5
3.2 Problemstillinger som oppstår i forbindelse med unntaket.....	6
4. HVORDAN SKAL OPSJONSPREMIEN BEHANDLES AVGIFTSRETTSLIG VED FYSISK LEVERING AV DET UNDERLIGGENDE OBJEKT?.....	7
4.1 Innledning	7
4.2 Bør overordnet opsjon behandles tilsvarende avgiftsrettslig som underliggende objekt? 10	
4.3 Omgåelse	12
4.4 Avsluttende vurderinger.....	12
5. I HVILKEN UTSTREKNING KAN OPSJONER MED FINANSIELT OPPGJØR UTGJØRE OMSETNING AVGIFTSRETTSLIG?	13
5.1 Innledning	13
5.2 Foreligger det levering av en tjeneste mot vederlag?.....	13
5.3 Oppsummering.....	16
5.4 Anvendelse av vederlagsvilkåret ved spørsmålet om finansielt oppgjør kan være omsetning	16
5.5 Avsluttende vurderinger.....	18
6. AVSLUTNING	18
LITTERATURLISTE.....	20

Sammendrag

Oppgaven vurderer to utvalgte problemstillinger knyttet til den avgiftsrettslige behandling av finansielle opsjoner.

Først drøftes det hvordan opsjonspremien skal behandles avgiftsrettslig i forbindelse med fysisk leveranse av det underliggende objekt. Dagens rettstilstand anses som uheldig da den kan medføre at staten taper merverdiavgiftsinntekter ved at partene bevisst priser den unntatte opsjonspremien uforholdsmessig høyt og dermed skjuler det reelle vederlaget for den underliggende avgiftspliktige leveransen. Ut fra nøytralitetshensyn foreslås det at den overordnede opsjonen bør behandles likt avgiftsrettslig som den underliggende leveransen ved fysisk levering.

Deretter drøftes det om opsjoner som går til finansielt oppgjør kan utgjøre omsetning i avgiftsrettslig forstand. I den forbindelse rettes det et kritisk blikk på Skattedirektoratets standpunkter i en prinsipputtalelse fra 2013. Det drøftes hvorvidt det finansielle oppjøret kan utgjøre levering av en tjeneste mot vederlag, med særlig fokus på vederlagsvilkåret.

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er den avgiftsrettslige behandlingen av finansielle instrumenter i form av opsjoner. Ettersom temaet er omfattende har jeg på grunn av oppgavens omfangsbegrensning avgrenset til følgende to hovedproblemstillinger:

- Hvordan skal opsjonspremien behandles avgiftsrettslig ved fysisk levering av det underliggende objekt? (punkt 4)
- I hvilken utstrekning kan opsjoner med finansielt oppgjør utgjøre avgiftsrettslig omsetning? (punkt 5)

Rettskildebildet på området er begrenset, og temaet er lite behandlet i litteraturen. Det er så vidt meg bekjent ikke rettspraksis som vurderer den avgiftsrettslige behandling av finansielle opsjoner. Det foreligger imidlertid noe administrativ praksis i form av enkelte prinsipputtalelser som belyser problemstillingen.¹ Den sparsomme praksisen må imidlertid ikke feilaktig tas til inntekt for at behandlingen av opsjoner avgiftsrettslig anses som uproblematisk. Tvert om er mitt klare inntrykk at det foreligger en rekke uavklarte avgiftsrettslige problemstillinger knyttet til opsjoner.

I mangel av relevante rettslige kilder knytter en stor del av vurderingene seg til Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 15. mars 2013.² Etter mitt syn er deler av uttalelsen uklar og delvis tvetydig, og kan i verste fall gi grobunn for en uriktig rettsoppfatning. Gjennom oppgaven drøftes noen av Skattedirektoratets standpunkter, og det stilles spørsmål ved om dette er riktig rettsforståelse, og hvis ja; er det slik retten *bør* være?

Det rettes særlig fokus på den delen av uttalelsen som gjelder den avgiftsrettslige behandlingen av opsjoner hvor det underliggende objekt er en avgiftspliktig ytelse som leveres *fysisk*. Slik regelen er nå skal opsjoner behandles avgiftsrettslig som

¹ MVA-håndboken (2023) punkt 3-6.11.1 *Nærmere om omsetning av finansielle instrumenter og lignende* s. 261

² [CO forwards og opsjoner spørsmål om mva-plikt - Skatteetaten](#)

en egen unntatt tjeneste, uavhengig av den avgiftsrettslige behandlingen av det underliggende objekt. Leveransen av det underliggende objekt behandles i tråd med de alminnelige reglene for avgiftsplikt ved omsetning. Dette åpner for uønskede tilpasningsmuligheter og et mulig provenytab for staten ved at en kan prise den unntatte opsjonspremien uforholdsmessig høyt, og dermed skjule det reelle vederlaget for den underliggende transaksjonen som skulle vært belastet med merverdiavgift. På den måten kan et avgiftssubjektet spare merverdiavgift som skulle vært innbetalt til staten.

For å unngå denne tilpasningsmuligheten foreslås det som mulig løsningsalternativ at den avgiftsrettslige behandlingen av den underliggende leveransen «smitter» over på den overordnede opsjonskontrakten.

Videre pekes det på svakheter ved Skattedirektoratets uttalelse knyttet til opsjoner som gjøres opp *finansielt*. I lys av uttalelsen vurderer jeg, så langt det lar seg gjøre i hvilken utstrekning handel med opsjoner som går til finansielt oppgjør kan utgjøre omsetning etter merverdiavgiftsloven. Rettstilstanden knyttet til avgiftsbehandlingen av opsjoner med finansielt oppgjør må i beste fall kunne beskrives som uavklart. Det er tydelig at merverdiavgiftsloven, herunder det tradisjonelle omsetningsbegrepet er vanskelig å anvende på denne formen for handel.

Oppgaven tar utgangspunkt i det norske avgiftsregelverket, men også EU-rettslige kilder og andre internasjonale kilder av betydning nevnes der de anses relevante.

1.2 Videre framstilling og avgrensning

I den videre fremstillingen vil det i punkt 2 gjøres rede for hva opsjoner er, hva som menes med «underliggende objekt» og ulike oppgjørsformer. Punkt 3 inneholder en gjennomgang av regelverket rundt omsetning av finansielle instrumenter, og problemstillinger som oppstår i den relasjon. I punkt 4 og 5 drøftes oppgavens to hovedproblemstillinger.

Det presiseres at tema for oppgaven avgrenser seg til behandlingen av opsjoner som avgiftsrettslig anses å utgjøre finansielle instrumenter. Andre opsjoner, for eksempel opsjoner hvor underliggende objekt er fast eiendom, behandles ikke.

2. Generelt om opsjoner

2.1 Innledning

En opsjon er en underkategori av «derivater». Vi har ingen fast eller entydig, rettslig definisjon av hva et derivat er, verken etter norsk rett eller i EUs merverdiavgiftsdirektiv.³ I Skatte-ABC heter det imidlertid at derivater er en felles benevnelse på finansielle instrumenter hvor verdien er avledet av andre underliggende objekter.⁴ De vanligste formene for derivater er opsjoner, terminer og swaper. Den videre gjennomgangen vil gjelde opsjoner.

En opsjon er en kontrakt som gir innehaveren/kjøperen en rett, men ikke en plikt til å kjøpe eller selge et underliggende objekt på eller innen en avtalt dato til en avtalt pris. Utstederen/selgeren av opsjonen mottar en *opsjonspremie* som vederlag for å påta seg risikoen for eventuelle verdiendringer i det underliggende objekt i løpet av opsjonens løpetid. Opsjoner er med andre ord en ensidig rettighets- og forpliktelsesposisjon. Utstederen har en plikt til å innfri opsjonen dersom innehaveren krever det.

2.2 Det underliggende objekt

Det objektet som er gjenstand for opsjonshandelen referer en gjerne til som det *underliggende objekt*. Dette kan i teorien være hva som helst, men er gjerne en aksje, indeks, vare eller lignende. En opsjon kan ha mange bruksområder, men hovedsakelig benyttes de i forbindelse med sikring mot ulike former for risiko knyttet til svingninger i markedet, enten knyttet til pris eller tilgang på råvarer, eller spekulasjon.

For å illustrere nærmere hva en opsjon er kan vi se for oss en kontrakt som gir meg en rett, men ikke en plikt, til å kjøpe 100 kg hvete for 100 kroner om 30 dager. Når 30 dager har gått har jeg en *valgfrihet* med hensyn til om jeg ønsker å benytte meg av opsjonen. Jeg kan velge å kjøpe hveten for den avtalte opsjonsprisen, eller jeg kan la være. Velger jeg å benytte opsjonen har utsteder en plikt til å oppfylle opsjonens vilkår.

³ Council directive 2006/112/EC of 28. November 2006

⁴ Skatte-ABC 2023 s. 424

2.3 Opsjonspremie

Opsjonspremien er vederlaget for opsjonen som kontraktsposisjon. Størrelsen på opsjonspremien avhenger av flere ulike faktorer, men er ofte samsvarende med hvor stor risiko utsteder tar ved å inngå en slik kontrakt.

En opsjonspremie har i sikringssituasjoner likhetstrekk med en forsikringspremie. Se for deg at du skal kjøpe hvete en gang i framtiden, men frykter at hvetepreisen i markedet skal stige. For å sikre deg mot en mulig prisoppgang inngår du en opsjonsavtale hvor du har en rett til å kjøpe en fastsatt mengde hvete til avtalt pris på et gitt tidspunkt. For denne «forsikringen» må du betale en opsjonspremie, som igjen avhenger av prisen du ønsker å kjøpe for, og generell risiko i markedet.

2.4 Oppgjørsformer

På oppgjørstidspunktet kan en opsjon enten gjøres opp fysisk, finansielt eller ikke benyttes. Ved *fysisk* oppgjør leveres det underliggende objekt (den avtalte ytelsen) på avtalt dato til avtalt pris. I hvete-eksempelet har jeg kjøpt 100 kg hvete for 100 kroner, som leveres fysisk til meg.

Ved *finansielt* oppgjør skjer det ingen levering av det underliggende objekt, i stedet skjer det en differanseavregning – hvor avregningen normalt skjer basert på forskjellen mellom avtalt pris i kontrakten (opsjonspris) og prisen i markedet på oppgjør dato.⁵ For å illustrere kan vi se for oss at jeg ved opsjonen har avtalt å kjøpe hvete for 100 kroner. Prisen i markedet er 110 kroner på oppgjørstidspunktet, og jeg kan derfor i teorien kjøpe hvete for 100 kroner og videreselge den i markedet for 110 kroner, og dermed sitte igjen med en gevinst på 10 kroner. Ved finansielt oppgjør vil jeg, i stedet for å levere hveten fysisk, motta kr 10 fra selger, som er gevinsten jeg ville hatt ved et videresalg. Og motsatt, var markedsprisen 90 kroner hadde jeg gått med tap og måtte betalt 10 kroner til selger.

2.5 Skillet mellom kontraktsposisjon og den underliggende transaksjonen

Når vi vurderer opsjoner må vi sondre mellom opsjoner som *kontraktsposisjoner* og *den underliggende transaksjon*. Det er derfor to tidspunkt i en opsjons «liv»

⁵ Er gjerne også kjent som cash settlement eller kontantavregning

som vi må forholde oss til. Det første tidspunktet er ved utstedelsen/inngåelsen av opsjonskontrakten. Det er på dette tidspunktet at opsjonspremien betales. Neste tidspunkt er oppgjørstidspunktet – det vil si tidspunktet når det underliggende objekt skal leveres – enten fysisk eller finansielt. Som vi skal se er det usikkert om det foreligger omsetning når opsjoner gjøres opp finansielt.

3. Omsetning av finansielle tjenester

3.1 Utgangspunkt

Omsetning av finansielle tjenester er unntatt fra loven etter mval. § 3-6, herunder *omsetning av finansielle instrumenter og lignende*, se bokstav e.

Hva som er omsetning, følger av mval. § 1-3 (1) bokstav a: *«I denne lov menes med omsetning: levering av varer og tjenester mot vederlag»*

For at aktiviteter skal anses som omsetning må det foreligge en ytelse («*levering*»), en motytelse («*vederlag*») og det må være en klar sammenheng mellom ytelsen og motytelsen («*mot*»). Høyesterett har i tilknytning til sistnevnte uttalt at

*«[...] kravet til sammenheng mellom tjenesten og vederlaget vil være oppfylt når det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale mellom to eller flere parter, altså en avtale om ytelse mot motytelse».*⁶

«Finansielle instrumenter» er ikke nærmere definert i merverdiavgiftsloven. Begrepet er imidlertid sammenfallende med tilsvarende begrep i verdipapirhandelloven, jf. forarbeidene til merverdiavgiftsreformen av 2001 og Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 2001.⁷ Hvorvidt en opsjon er et finansielt instrument i verdipapirhandelloven avhenger av blant annet oppgjørsform, underliggende objekt og hvilken markedsplass som benyttes for omsetningen.

⁶ Se HR-2019-273-A Det Norske Travelskap, avsnitt 34

⁷ Ot.prp.nr. 2 (2000-2001) s. 194 og Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 15. juni 2001 om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester

Lovgiver har uttalt at det ved tolkingen av unntaket i mval § 3-6 skal sees hen til EUs sjette merverdiavgiftsdirektiv og praktiseringen av dette innen EU.⁸

Vi bemerker at derivater ikke nevnes konkret i EUs merverdiavgiftsdirektiv artikkel 135.⁹ Det virker imidlertid å være en vanlig oppfatning at derivater omfattes av direktivets artikkel 135 1. bokstav f, men sikkert fremstår ikke dette. Se motsatt norsk rett, hvor det ikke er tvilsomt at enkelte typer derivater omfattes av unntaket i mval. § 3-6 bokstav e.¹⁰

3.2 Problemstillinger som oppstår i forbindelse med unntaket

Omsetning av opsjoner som anses som et avgiftsrettslig finansielt instrument er altså unntatt omsetning etter merverdiavgiftsloven. Bestemmelsens ordlyd gir imidlertid begrenset veiledning når vi må vurdere rekkevidden av unntaket. Gjelder avgiftsunntaket selve opsjonen, den underliggende leveransen eller begge deler? Og hva hvis opsjonen går til finansielle oppgjør, kan dette under noen omstendighet utgjøre omsetning all den tid det eneste som overføres mellom partene er penger? I den utstrekning det bare er tale om et bytte av betalingsmidler kan det stilles spørsmål ved om det skjer en levering av en tjeneste mot vederlag.

Ordlyden i mval. §§ 1-3 og 3-6 løser ikke nødvendigvis disse spørsmålene direkte, og verken forarbeidene til merverdiavgiftsloven eller Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 15. juni 2001 sier annet enn at opsjoner er unntatt omsetning.

Imidlertid må det kunne legges til grunn, blant annet av hensynet til nøytralitet, at alle varer og tjenester som leveres *fysisk* under opsjoner må behandles tilsvarende avgiftsrettslig som varer og tjenester som leveres under en hvilken som helst ordinær kjøps- og salgskontrakt. Dersom det skulle være utslagsgivende for avgiftsbehandlingen hvorvidt den overordnende kontrakten var en «finansiell» kontrakt, kunne en risikere at ellers avgiftspliktige varer og tjenester ble levert uten merverdiavgiftavgift. Dette ville vært i strid med det grunnleggende nøytralitetsprinsippet som ligger til grunn for merverdiavgiften. At den overliggende kontrakten blir betegnet som en «opsjon» vil derfor ikke innvirke på

⁸ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 194

⁹ Se imidlertid artikkel 346 som gjelder derivater hvor underliggende er gull for investeringsformål

¹⁰ Jf. over.

avgiftsbehandlingen av det underliggende objekt. Går vi tilbake til hvete-eksempelet vil derfor fysisk levering av hvete være et ordinært avgiftspliktig salg av varer som skal belastes med merverdiavgift etter mval § 3-1 (1), uavhengig av den overordnede kontraktens definisjon som opsjon.

Et spørsmål som da oppstår er hvordan den overordnede opsjonen skal behandles avgiftsrettslig, herunder opsjonspremien som er betalt for opsjonen. Kan det tenkes at avgiftsbehandlingen av det underliggende objekt kan smitte over på den overordnede opsjonskontrakten, og hvilke konsekvenser vil i så fall dette medføre avgiftsrettslig?

Dette var en av problemstillingene som ble forelagt Skattedirektoratet, og besvart i prinsipputtalelse av 15. mars 2013. Bakgrunnen for denne uttalelsen var et spørsmål fra en bank som ønsket en vurdering av avgiftsbehandlingen av eget salg av forwards og opsjoner med avgiftspliktige Co2-kvoter som underliggende objekt. Ettersom det foreligger få kilder på området vil en slik uttalelse gjerne være retningsgivende for tilsvarende spørsmål som oppstår. Den er derfor et naturlig utgangspunkt for den videre drøftelsen.

4. Hvordan skal opsjonspremien behandles avgiftsrettslig ved fysisk levering av det underliggende objekt?

4.1 Innledning

I uttalelsen skilles det innledningsvis mellom opsjoner hvor den underliggende varen leveres *fysisk*, og hvor opsjonen gjøres opp *finansielt*. Videre skilles det mellom de tilfeller hvor underliggende objekt *bare* kan gjøres opp fysisk eller finansielt, og de tilfeller hvor det foreligger *valgfrihet* med tanke på oppgjørsform.

For opsjoner som *bare* kan gjøres opp fysisk, det vil si at underliggende Co2-kvoter må leveres til innehaver dersom hun velger å benytte seg av denne retten, antar direktoratet at *hele* leveransen må anses som en avgiftspliktig ytelse. Det må bety at opsjonspremien er avgiftspliktig, selv om opsjonen i og for seg er en unntatt finansiell tjeneste. Dette er begrunnet i at kontrakten i dette tilfellet alltid leder til en avgiftspliktig leveranse. Ut fra hensynet til nøytralitet antar jeg at dette må være en riktig rettsforståelse ettersom en løsning hvor opsjonspremien ble

ansett som et vederlag for en unntatt tjeneste fort kunne føre til omgåelser ved at denne ble priset uforholdsmessig høyt.

Opsjoner som *bare* kan gjøres opp finansielt mener Skattedirektoratet i utgangspunktet må anses som en unntatt finansiell tjeneste. Dette begrunnes med at ytelsen fremstår som finansiell ved at det aldri er meningen at det underliggende objekt skal leveres, det er pengeverdien av ytelsen som er i fokus.

I punkt 2.3, som gjelder tilfeller hvor oppgjørsformen er *valgfri* heter det

[...] en opsjon som tiltres og går til fysisk oppgjør skal behandles som en avgiftspliktig leveranse av en Co2-kvotens mens opsjonen behandles som en egen unntatt finansiell tjeneste. Forutsetningen for å behandle opsjonen som en selvstendig tjeneste er at det tas en egen opsjonspremie, jf. mval. § 1-3 første ledd bokstav a. Uten en slik betaling anses opsjonen ikke omsatt, og forholdet må i sin helhet behandles som en avgiftspliktig kvoteleveranse.»

Dette oppsummeres slik under punkt 1. *Skattedirektoratets hovedstandpunkt*

«Opsjoner som tiltres og resulterer i levering av kvote må behandles som en avgiftspliktig leveranse. Opsjonen skal imidlertid behandles som en egen finansiell tjeneste ved siden av den avgiftspliktige kvoteleveransen, forutsatt at banken tar en egen opsjonspremie. Tas ingen slik premie, må kontrakten, som for forwards, i sin helhet behandles som én avgiftspliktig kvoteleveranse.»

Dette må, slik jeg forstår det, tilsi at opsjonspremien ikke skal belastes merverdiavgift, mens den underliggende transaksjonen avgiftsbehandles på vanlig måte som om varen var levert under hvilken som helst annen ordinær kontrakt.

Begrunnelsen for dette standpunktet henter Skattedirektoratet i Rådsforordning nr. 282/2011 artikkel 9 hvor det fremgår at opsjonen og den underliggende ytelsen skal vurderes hver for seg avgiftsrettslig

«The sale of an option, where such a sale is a transaction falling within the scope of point (f) of Article 135(1) of Directive 2006/112/EC, shall be a supply of services within the meaning of Article 24(1) of that Directive. That supply of services shall be distinct from the underlying transactions to which the services relate. »

Basert på dette kommer Skattedirektoratet til at opsjonspremien ikke skal belastes merverdiavgift da opsjonen er en egen unntatt omsetning, og vederlaget derfor også nødvendigvis må være unntatt.

I utgangspunktet fremstår det fornuftig at en opsjon skal anses som en egen ytelse, uavhengig av den underliggende transaksjon. Opsjonen i seg selv har en klar verdi utover levering av det underliggende, enten i form av å begrense risiko eller en mulighet for å oppnå profitt gjennom spekulasjon.

Det kan imidlertid prinsipielt hevdes at en kontrakt ikke kan utgjøre en egen avgiftsrettslig ytelse. Normalt vil det ikke knyttes noen avgiftsrettslige konsekvenser til en inngåelse av en kontakt. Det er først ved levering av den underliggende leveransen at vi har en avgiftsrettslig ytelse som utgjør omsetning etter mval. § 1-3 (1) bokstav a. En ren kontraktsinngåelse kan derfor hevdes å ikke innebære en levering av en tjeneste. Imidlertid synes det i teorien å være enighet om at også førstehåndsetablering av rettigheter og plikter under en kontrakt kan utgjøre levering av en tjeneste.¹¹

Jeg kan heller ikke se gode grunner for at den underliggende leveransen skulle innvirke på innholdet av den overordnede opsjonen. Opsjonens verdi og innhold i form av et sikringsinstrument eller spekulasjonsinstrument har objektivt sett dette innholdet uavhengig av hva som er det underliggende objekt. Hvorvidt underliggende objekt er hvete, olje eller om det skal regne i morgen har ingen betydning for den ensidige rettighetsposisjonen som innehaver har gjennom opsjonen. Denne eksisterer isolert sett uavhengig av det underliggende objekt.

¹¹ O. Henkow (2008) s. 133 og A.S. Jepsen (2010) s. 207 og s. 278

Jeg er med andre ord ikke uenig i premisset om at opsjoner og underliggende objekt bør sees hver for seg. Det har gode grunner for seg å separere disse to transaksjonene all den tid de begge har verdi som er egnet for forbruk. Spørsmålet er imidlertid om det likevel bør gjelde en «smitte»-regel mellom det underliggende objekt og den overordnede opsjonskontrakten. En slik regel er foreslått i litteraturen.¹²

4.2 Bør overordnet opsjon behandles tilsvarende avgiftsrettslig som underliggende objekt?

En opsjonspremie er et vederlag, på lik linje med et gebyr. For gebyrbelagte tjenester er det uttalt i forarbeidene til merverdiavgiftsreformen av 2001 at

*«Tjenester hvor det oppkreves gebyrer kan i utgangspunktet rent avgiftsteknisk være egnet for å avgiftsberegning. Dette gjelder i første rekke ved utførelse av betalingsoppdrag knyttet til kontohold og lignende, samt garantistillelse mv. **En ensidig innføring av merverdiavgift på gebyrbelagte tjenester vil, på den annen side, innebære at det oppstår et sterkt incitament til å dekke kostnadene gjennom for eksempel rentegodtgjørelsen istedenfor gjennom gebyrer.** Slike tjenester er også unntatt i de fleste land det er naturlig for Norge å sammenligne seg med. Det foreslås derfor at også slike tjenester unntas, jf. forslag til ny § 5 b første ledd bokstav c.»¹³ (min uthevelse)*

Etter mitt syn gjør tilsvarende argument seg gjeldende for behandlingen av den overordnede opsjonen når det fysisk leveres en underliggende ytelse. I forarbeidene blir det nettopp pekt på at en i disse situasjonene fort vil være fristet til å flytte et vederlag fra den avgiftspliktige delen av en samlet leveranse, til den avgiftsunntatt delen.

Slik jeg forstår det kan utstedere av opsjoner i stor grad selv velge hvordan de ønsker å strukturere inntektene fra opsjonene (opsjonspremien). Etersom opsjoner er avtalebaserte instrumenter, er det i utgangspunktet opp til partene selv å bestemme hvilket innhold de vil legge i avtalene og hvordan de ønsker å prise de

¹² M. Hokkanen (2018) punkt 6.3.3.1.3

¹³ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 123

ulike elementene. Risikoen er da at en kamouflerer den faktiske prisen for den avgiftspliktige underliggende ytelsen i en kunstig høy, unntatt opsjonspremie.

Som illustrasjon kan vi fortsette med hvete-eksempelet fra tidligere. La oss si at jeg betaler 10 kroner i opsjonspremie til utsteder av opsjonsavtalen. I samsvar med rettsforståelsen i Skattedirektoratets uttalelse skal opsjonspremien på 10 kroner ikke belastes merverdiavgift da den anses som vederlaget for en unntatt tjenesteleveranse, jf. mval § 3-6 bokstav e. Dersom jeg velger å benytte meg av opsjonen, skal jeg etter kontrakten fysisk kjøpe og motta 100 kg hvete for 100 kroner. Leveransen av hvete skal belastes med ordinær merverdiavgift på 25 % ved omsetning av varer etter mval. § 3-1, det vil si at leveransen av hvete da vil koste 125 kroner inklusiv merverdiavgift. Totalt koster opsjonen med underliggende levering av hvete 135 kroner (kr 10 (opsjonspremie) + kr 100 for hvete + kr 25 i utgående merverdiavgift). Innehaver har mottatt 100 kroner for hveten, 10 kroner for utstedelse av opsjonen, og 25 kroner i merverdiavgift innbetales til staten.

Jeg foreslår i stedet for utsteder at opsjonspremien skal være 100 kroner mens prisen på hvete er 10 kroner. Bygger vi videre på ovennevnte eksempel skal jeg da betale 2,5 kroner i utgående merverdiavgift (25 % av 10 kroner) mens hele opsjonspremien på 100 kroner ikke belastes merverdiavgift ettersom dette er en unntatt omsetning. Innehaver av opsjonen sitter igjen med 110 kroner, tilsvarende som i eksempelet over, mens jeg kun betaler 2,5 kroner i utgående merverdiavgift til staten i motsetning til 25 kroner.

Det kan riktignok anføres at jeg kan kreve fradrag for den utgående merverdiavgiften hvis jeg er en registrert næringsdrivende som anskaffer hveten til bruk i min avgiftspliktige virksomhet, og at utgående merverdiavgift i slike tilfeller ikke utgjør noen ekstra kostnad i så måte, og dermed ikke noe insentiv til å foreslå en slik ordning. Det er imidlertid en rekke virksomheter, gjerne innen finanssektoren, som ikke har fradragsrett ettersom de driver unntatt virksomhet. For slike tilfeller, hvor den næringsdrivende anses som endelig forbruker vil det kunne foreligge et provenytnap for staten ved at det uriktig belastes for lav utgående merverdiavgift.

4.3 Omgåelse

Dersom skattemyndighetene oppdager en slik ordning i dag kan en ikke gjøre annet enn å akseptere partenes løsning, eventuelt vurdere å benytte den generelle omgåelsesregelen som ble vedtatt også for merverdiavgift fra 1. januar 2020, se skatteloven § 13-2, jf. mval. § 12-1.

En omgåelse foreligger når det er foretatt en disposisjon eller flere sammenhengende disposisjoner som tilsier at hovedformålet var å oppnå en skattefordel, og de etter en totalvurdering ikke kan legges til grunn for beskatning. Grunnvilkåret om at hovedformålet må være å oppnå en skattefordel synes vanskelig å bevise for skattemyndighetene ved en eventuell feilprising av opsjonspremien. Normalt må det, sett fra avgiftssubjektets side kunne hevdes at det ligger gode økonomisk og forretningsmessige grunner bak inngåelsen av slike opsjonskontrakter, typisk et ønske om å forsikre seg mot risiko. Det synes vanskelig for myndigheten å stille spørsmål ved slike tilsynelatende fornuftige, økonomiske disposisjoner. Jeg antar at skattemyndighetene i det minste starter i motbakke ved denne vurderingen, og at det gjerne må konkrete bevis til før en omgåelse kan hevdes å foreligge.

4.4 Avsluttende vurderinger

Etter det jeg har gjennomgått antar jeg at det ut fra nøytralitetshensyn kan argumenteres for at den overordnede opsjonen bør behandles likt avgiftsrettslig som den underliggende leveransen ved fysisk levering. Slik regelen er nå er dette rettstilstanden dersom en opsjon *bare* kan gjøre opp fysisk, men tilsvarende bør etter mitt syn gjelde også når det foreligger valgfrihet med tanke på oppgjørsform. Jeg kan ikke se at denne løsningen fører til at regelverket blir vanskeligere å praktisere, eller at den på andre måter er i strid med sentrale hensyn bak avgiftsretten. Slik regelen er nå undergraver den nøytraliteten i regelverket, og kan føre til uønskede tilpasninger som nettopp var begrunnelsen for at en ikke ilegger merverdiavgift på gebyrbelagte finansielle tjenester.

Mitt forslag er at den avgiftsrettslig statusen til det underliggende objekt som leveres fysisk bør være førende for hvordan den overordnede opsjonen, og dermed opsjonspremiene, skal behandles avgiftsrettslig.

5. I hvilken utstrekning kan opsjoner med finansielt oppgjør utgjøre omsetning avgiftsrettslig?

5.1 Innledning

Over behandlet vi omsetning av opsjoner hvor det underliggende objekt ble levert *fysisk*. Det er ingen tvil om at fysisk levering av det underliggende objekt må anses som en avgiftsrettslig omsetning. Spørsmålet nå er i hvilken utstrekning opsjoner som gjøres opp *finansielt* kan utgjøre omsetning etter norsk rett. Det er langt fra like klart at dette kan være omsetning avgiftsrettslig.

Problemstillingen er både omfattende og komplisert, og oppgavens omfangsbegrensning medfører at jeg ikke i tilstrekkelig grad kan drøfte alle sidene ved denne problemstillingen. Imidlertid er spørsmålet drøftet i prinsipputtalelsen til Skattedirektoratet, og benyttes som utgangspunkt for den videre vurderingen. Som det vil fremgå nedenfor anser jeg denne delen av uttalelsen som både uklar og delvis tvetydig.

5.2 Foreligger det levering av en tjeneste mot vederlag?

I uttalelsen konkluderer Skattedirektoratet med at forwards (og underforstått også opsjoner) som går til finansielt oppgjør utgjør *levering av en tjeneste*. Dette synes som en fornuftig forståelse ettersom opsjoner har en verdi utover levering av det underliggende, enten i form av et spekulasjonsobjekt eller et sikringsinstrument mot risiko. For at det skal foreligge omsetning må det imidlertid også foreligge en motytelse i form av et vederlag, og det må være tilstrekkelig sammenheng mellom vederlaget og den leverte ytelsen.¹⁴

I relasjon til dette uttaler Skattedirektoratet under punkt 1. *Skattedirektoratets hovedstandpunkt*

Opsjoner som tiltres og gjøres opp finansielt må behandles som finansielle tjenester som faller inn under unntaket i mval. § 3-6 bokstav e. Det finansielle oppgjør anses ikke som noen (ytterligere) omsetning. Hvis det ikke tas en egen premie, beregnes opsjonsvederlaget med utgangspunkt i differensen mellom spotpris for kvote per avtaledato og avtalt opsjonspris.

¹⁴ Se mval. § 1-3 (1) bokstav a

Opsjoner som ikke tiltres skal også avgiftsbehandles som leverte finansielle tjenester, forutsatt at det er betalt premie»

Hvorvidt Skattedirektoratet mener at det finansielle oppgjøret kan utgjøre en avgiftsrettslig omsetning eller ikke, er for meg uklart. Riktignok heter det i uttalelsen at det finansielle oppgjøret ikke kan ses som noen (ytterligere) omsetning. Dette må nødvendigvis forstås slik at det forut for det finansielle oppgjøret må ha skjedd en omsetning, og at det finansielle oppgjøret i seg selv ikke er en ny omsetning. En kunne dermed tenke seg at opsjoner som går til finansielt oppgjør ikke kan utgjøre omsetning. Det er bare den forutgående aktiviteten knyttet til utstedelse og salg av opsjonen som *kontraktsposisjon* som er omsetning.

En slik forståelse ville vært i samsvar med britisk rett, hvor det finansielle oppgjøret ved «finansielle»¹⁵ derivater ikke er omsetning i avgiftsrettslig forstand. Begrunnelsen synes å være at det finansielle oppgjøret ikke kan utgjøre vederlaget for en tjeneste.¹⁶

Imidlertid følger Skattedirektoratet opp med at dersom det ikke er betalt en opsjonspremie så utgjør vederlaget forskjellen mellom spotpris og opsjonspris. Med opsjonspris må forstås prisen for det underliggende objekt i henhold til vilkårene i opsjonsavtalen.

Skattedirektoratets beskrivelse av vederlaget her er jo nettopp en beskrivelse av finansielt oppgjør – forskjellen mellom markedspris/spotpris og opsjonsprisen.

Dette må bety at det finansielle oppgjøret *kan* utgjøre et vederlag.

Skattedirektoratet setter imidlertid som vilkår for denne forutsetningen at det ikke er betalt en opsjonspremie.

Etter min oppfatning er det vanskelig å følge Skattedirektoratets argumentasjon her. For det første er det uklart hvorfor det finansielle oppgjøret bare kan utgjøre vederlag ved transaksjonen for de tilfeller hvor det ikke foreligger en

¹⁵ Derivater hvor det underliggende er en finansiell eiendel, f.eks. en aksje, renter valuta etc.

¹⁶ VAT Notice 701/49:finance, se punkt 8 - [VAT Notice 701/49: finance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](http://www.gov.uk)

opsjonspremie. Det er også vanskelig å forstå hvorfor en opsjonspremie utelukker at det finansielle oppgjøret kan utgjøre et vederlag. Dersom det ene utelukker det andre burde dette begrunnes nærmere. Det er på ingen måte opplagt at det er enten/eller, særlig med tanke på Skattedirektoratets tidligere konklusjon om at opsjoner og underliggende ytelse skal vurderes hver for seg avgiftsmessig. Dette kommenteres ikke nærmere av direktoratet, og en kan lure på hvor gjennomtenkt dette standpunktet er.

Sammenligner vi med Skattedirektoratets hovedstandpunkt for forwardkontrakter i punkt 1. i uttalelsen så kommer de til tilsvarende konklusjon når det gjelder vederlagsvurderingen. Imidlertid vil det for forwardkontrakter aldri, så vidt meg bekjent, utbetales en premie ved inngåelsen. Det vil si at i realiteten vil vederlaget for forwardkontrakter alltid være det finansielle oppgjøret. Motsatt for opsjoner hvor det mer eller mindre alltid tas en egen premie ved utstedelsen. I realiteten betyr dette at for forwardkontrakter vil vederlaget være det finansielle oppgjøret, mens for opsjoner vil vederlaget være opsjonspremien. Dette fremstår som en paradoksal og uheldig konsekvens av Skattedirektoratets standpunkt.

Det hjelper heller ikke at MVA-håndboken er svært selektiv i hvilke deler den gjengir fra uttalelsen

«Opsjoner som tiltres og gjøres opp finansielt må behandles som unntatte finansielle tjenester, jf. merverdiavgifts- loven § 3-6 bokstav e. Forutsetningen er at det er betalt opsjonspremie, ellers er det ingen omsetning. Selve det finansielle oppgjøret anses ikke som noen (ytterligere) omsetning.»¹⁷

Sammenligner vi med hva som faktisk står i uttalelsen så er det naturlig å tolke MVA-håndboken dithen at det finansielle oppgjøret ikke kan utgjøre omsetning. Det nevnes ingenting om at dersom en opsjonspremie ikke foreligger så skal vederlaget utgjøre forskjellen mellom markedspris og avtalt opsjonspris.

¹⁷ MVA-håndboken (2023) s. 263

5.3 Oppsummering

For å oppsummere det som er gjennomgått over; Skattedirektoratet slår klart nok fast at det finansielle oppgjøret er *levering av en tjeneste*. Videre kan det finansielle oppgjøret utgjøre vederlaget, men bare forutsatt at det ikke er betalt en forutgående opsjonspremie. Dersom det finansielle oppgjøret utgjør vederlaget, og vi kan legge til grunn at det foreligger tilstrekkelig sammenheng mellom vederlag og ytelse er alle vilkårene i omsetningsdefinisjonen i mval. § 1-3 (1) bokstav oppfylt – det vil si at det leveres en tjeneste mot vederlag. Jeg tolker med andre ord Skattedirektoratet dithen at opsjoner med finansielt oppgjør etter omstendighetene kan utgjøre omsetning etter merverdiavgiftsloven.

Det er imidlertid viktig å understreke at uttalelsen ikke er ment å være en generell avklaring av hvordan rettstilstanden er på området, men en konkret tilbakemelding på et bestemt spørsmål fra en bank. Uttalelsen bør leses i lys av dette. Det er likevel på sin plass å stille spørsmål ved hvor gjennomtenkt enkelte deler av direktoratets standpunkter er, og da særlig vurderingen¹⁸ om hvorvidt det finansielle oppgjøret er en avgiftsrettslig omsetning. Det er i det minste uheldig at en av få rettslige kilder som gjelder avgiftsbehandlingen av opsjoner er så tvetydig og uklar.

5.4 Anvendelse av vederlagsvilkåret ved spørsmålet om finansielt oppgjør kan være omsetning

Ved omsetningsvurderingen må det klare utgangspunktet være at det finansielle oppgjøret ved en opsjon er en *levering av en tjeneste* i avgiftsrettslig forstand. Dette er i samsvar med Skattedirektoratets forståelse og er etter mitt syn riktig. All den tid man har inngått en avtale hvor man er villig til å utføre slike transaksjoner må dette være en tjeneste i seg selv.

Vi står da igjen med ett relevant vurderingstema – kan det finansielle oppgjøret utgjøre et *vederlag for en ytelse*. Denne vurderingen er nærmest fraværende i Skattedirektoratets uttalelse, men er av vesentlig betydning for spørsmålet om det finansielle oppgjøret kan utgjøre omsetning.

¹⁸ Eller snarere fraværet av

Hva som kan utgjøre vederlaget ved det finansielle oppgjøret fremstår meget usikkert, hvis det overhode kan hevdes å foreligge et vederlag. Det er nettopp vanskeligheter med å identifisere vederlaget som er en av hovedårsakene til at finansielle tjenester ikke er avgiftspliktige.

Lovteksten i merverdiavgiftsloven inneholder ingen regulering av vederlagsvilkåret, annet enn reglene om beregningsgrunnlaget i mval. §§ 4-1 følgende. Det er vanskelig å identifisere et vederlag når partene ikke har avtalt hva vederlaget er, og det ikke klart fremkommer på annen måte.

Skattedirektoratet legger opp til at vederlaget er forskjellen mellom spotpris og opsjonspris, altså gevinsten/tapet ved utøvelsen av kontrakten.¹⁹ Et spørsmål som oppstår i den sammenheng er om omsetningen kan være negativ på grunn av tap i kontrakten, slik tilfellet vil være i hveteeksempelet over hvor jeg ved det finansielle oppgjøret må betale 10 kroner til kjøper. En kunne tenke seg at jeg da hadde en negativ omsetning som kom til fradrag i annen samlet omsetning, for eksempel i forbindelse med beregningen av om ubetydelighetsregelen i mval. § 8-2 (3) og (4) kom til anvendelse. Basert på merverdiavgiftslovens system og formål kan jeg ikke se at det er grunnlag for å legge en slik forståelse til grunn. I den utstrekning det faktisk foreligger et vederlag er min oppfatning at gevinst/tap i kontrakten ikke er spesielt godt egnet som mål på vederlaget.

Slik jeg ser det har vi med bakgrunn i dagens regelverk ingen eksakt metode for å identifisere vederlaget når opsjoner går til finansielt oppgjør. Bruttoomsetning, det vil si alt man mottar under kontrakten, vil vanligvis utgjøre vederlaget i tradisjonelle transaksjoner, men synes å passe dårlig for handel med opsjoner. Det bør imidlertid etterstrebes å enes om en felles forståelse som best gir uttrykk for hva kjøperen skal betale for den leverte ytelsen. At det er vanskelig å identifisere vederlaget kan ikke i seg selv føre til at det ikke foreligger et vederlag.

En alternativ løsning er at vederlaget tar utgangspunkt i det overordnede resultatet av et visst antall transaksjoner (kjøp og salg av opsjoner) som gjennomføres over en gitt periode. Vederlaget vil da ligge innbakt i kontraktene. Jeg er kjent med at

¹⁹ Forutsatt at det ikke foreligger en premie ved utstedelse av avtalen

EU-domstolen la en slik forståelse til grunn i en konkret sak hvor man vurderte hva som utgjorde vederlaget for en bank som gjennomførte en rekke valutatransaksjoner med en kunde, og hvor det ikke ble tatt et eksplisitt gebyr.²⁰ Vederlaget utgjorde forskjellen mellom kjøps- og salgspris for valutaen over en viss periode.

Uavhengig av hvilken metode man velger bør det ligge en prinsipiell vurdering til grunn for hvordan vederlaget skal måles, og en aksept av at det med bakgrunn i dagens merverdiavgiftslov ikke fins en nøyaktig metode for å identifisere det faktiske vederlaget, så lenge partene ikke har avtalt dette konkret.

5.5 Avsluttende vurderinger

Det er mulig at Skattedirektoratets endelige konklusjoner vedrørende det finansielle oppgjøret er riktig. Jeg er imidlertid kritiske til den manglende vurderingen knyttet til vederlagsvilkåret, og mener det kan stilles spørsmål ved hvor gjennomtenkt direktoratets konklusjoner er.

Min oppfatning er at det hadde vært mer heldig om Skattedirektoratet i uttalelsen tydeligere hadde knyttet vurderingen opp mot de ulike vilkårene i omsetningsbegrepet, i tillegg til et klarere skille mellom henholdsvis opsjonen som kontraktsposisjon og den underliggende leveransen.

Når det gjelder spørsmålet om det finansielle oppgjøret kan utgjøre omsetning anser jeg fortsatt spørsmålet som uavklart. Det er et ønske at myndighetene kommer på banen og foretar en vurdering av hvordan det finansielle oppgjøret skal forstås i tilknytning til omsetningsbegrepet i merverdiavgiftsloven. Selv om omsetningen vil være unntatt kan den unntatte omsetningsstørrelsen være av stor betydning, særlig i forbindelse med vurderinger av om ubetydelighetsregelen i mval. § 8-2 (4) kommer til anvendelse.

6. Avslutning

Som drøftelsen av de to hovedproblemstillingen har vist, er det fortsatt mange ubesvarte spørsmål ved den avgiftsrettslige behandlingen av opsjoner.

²⁰ Se First National Bank of Chicago C-172/96

Som det fremgår er jeg av den oppfatning at det i det minste bør vurderes nærmere om en avgiftspliktig fysisk levering av underliggende ytelse under en opsjon bør medføre at også den overordnende opsjonen anses som avgiftspliktig, med den følge at opsjonspremien blir belagt med merverdiavgift. Som vist kan rettstilstanden slik den er i dag medføre at staten taper merverdiavgiftsinntekter som en følge av at partene bevisst priser opsjonspremien uforholdsmessig høyt.

Når det gjelder hvorvidt opsjoner med finansielt oppgjør kan utgjøre omsetning er det vanskelig å lande på en endelig konklusjon. Som jeg har forsøkt å få fram er det særlige vederlagsvilkåret i omsetningsvurderingen som byr på problemer.

Det har imidlertid lite som har skjedd på opsjonsområdet siden Skattedirektoratets prinsipputtalelse fra 2013, i hvert fall som skattemyndighetene ønsker å publisere. Det hadde vært en fordel om norske skattemyndigheter hadde kommet med en klar uttalelse som nærmere redegjorde for den avgiftsrettslige behandlingen av opsjoner, tilsvarende slik britiske skattemyndigheter har gjort. Dette ville sikret hensynet til forutberegnelighet, både for de næringsdrivende og for skattemyndighetene, og sikret likebehandling og en ensartet praksis. En bør søke å falle ned på et prinsipielt utgangspunkt som alle aktører kan forholde seg til. Dette gjelder særlig spørsmålet om opsjoner med finansielt oppgjør overhode kan utgjøre omsetning.

Litteraturliste

Litteratur

A.S. Jepsen (2010) Jepsen, Anders Strandet. *Moms og aktiviteter i forbindelse med værdipapirer*. København: Thomson Reuters Professional A/S, 2010

M. Hokkanen (2020) Marja Hokkanen. *Derivatives and the European VAT System. Derivatives in the Context of the Scope of Taxable Supplies*. IBFD Doctoral Series, 2020

O. Henkow (2008) Henkow, Oskar. *Financial Activities in European VAT. A Theoretical and Legal Research of the European VAT System and the Actual and Preferred Treatment of Financial Activities*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008

Lover

1999 Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (skatteloven)

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

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

Forarbeider

Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift

Rettspraksis

Rettsavgjørelser fra Høyesterett

HR-2019-273-A (Det Norske Travelskap)

Rettsavgjørelser fra EU-domstolen

Case C-172/96 Commissioners of Customs & Excise v First National Bank of Chicago ECLI:EU:C:1998:354

EU-direktiver og forordninger

Direktiv 2006/112/EC *Council directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (merverdiavgiftsdirektivet)*

Rådsforordning 282/2011 *Council implementing regulation (EU) No 282/2011 of 15 March 2011 laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax*

Øvrige uttalelser, avgjørelser mv.

Norske kilder

MVA-håndboken (2023) Skattedirektoratet. *Merverdiavgiftshåndboken 2023*. (19. utgave)

Skatte-ABC (2023) Skattedirektoratet. *Skatte-ABC 2023*.

Finansdepartementet. *Tolkingsuttalelse om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester*. 15. juni 2001 (UFIN-2001-10001)

Skattedirektoratet. *Prinsipputtalelse – CO₂-forwards og -opsjoner – Spørsmål om MVA-plikt*. 15. mars 2023 [CO forwards og opsjoner spørsmål om mva-plikt - Skatteetaten](#)

Internasjonale kilder

HM Revenue & Customs. *UK VAT Notice 701/49: finance*. Publisert 30. Januar 2013, sist oppdatert 27. februar 2019. [VAT Notice 701/49: finance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](#)

