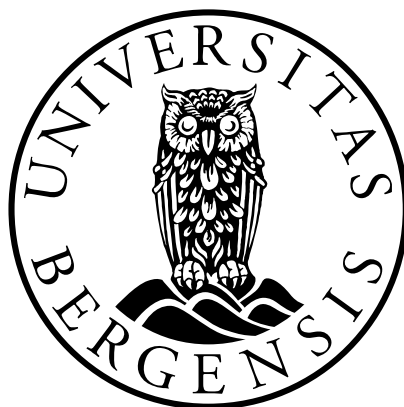


Merverdiavgiftsunntaket for forvaltning av investeringsselskap ved levering av både forvaltning og tilleggstjenester

Kandidatnummer: 121

Antall ord: 14 257



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.15

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1. Innledning.....	3
1.1 Emne og aktualitet	3
1.1.1 Oppgavens tema	3
1.1.2 Overordnet kontekst	3
1.1.3 Aktualitet.....	4
1.1.4 Avgrensninger	4
1.2 Metode.....	5
2 Rettslig utgangspunkt.....	7
2.1 Utgangspunktet om avgiftsplikt.....	7
2.2 Unntak fra merverdiavgift	8
3 Unntaket for finansielle tjenester	10
3.1 Hensynene bak mval. § 3-6	10
3.2 Betydningen av hensynene bak mval. § 3-6 ved tolkningen av «forvaltning av investeringsselskap».....	13
4 Unntaket for forvaltning av investeringsselskap.....	14
4.1 Hensyn bak unntaket	14
4.1.1 Historikk.....	14
4.1.2 Nøytralitetshensynet.....	14
4.2 Investeringsselskap.....	16
4.3 Forvaltning.....	19
4.3.1 Ordlyd.....	19
4.3.2 Kravet til reell kapitalforvaltning.....	19
4.3.3 Skattedirektoratets rundskriv.....	20
4.3.4 Momenter fra EU-domstolens praksis.....	21
4.3.5 Skillet mellom rådgivning og forvaltning	24
5 Avgiftsmessig bedømmelse av sammensatte ytelser	29
5.1 Sammensatte ytelser	29
5.2 «Nødvendig og integrert»-læren.....	29
5.2 Hovedytelseslæren.....	32
5.2.1 Hovedytelseslæren som en del av norsk rett	32

5.2.2	Retningslinjer og vurderingsmoment fra EU-domstolen	33
6	Hovedytelseslæren og mval. § 3-6 g).....	40
6.1	Når kan hovedytelseslæren komme til anvendelse?	40
6.2	Typetilfeller	42
6.2.1	Aktivt eierskap	42
6.2.2	Due diligence.....	47
Litteraturliste		49
Litteratur.....		49
Lover, forskrifter og direktiv.....		49
Forarbejder og offentlige dokumenter.....		49
Rettspraksis		50
Høyesterett		50
Lagmannsrett.....		50
EU-domstolen.....		50
Avgiftspraksis fra forvaltningen.....		50

1. Innledning

1.1 Emne og aktualitet

1.1.1 Oppgavens tema

Teamet for denne masteroppgaven er lov 58/2009 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) § 3-6 g), «forvaltning av investeringsselskap», og denne bestemmelsens anvendelse og rekkevidde ved leveringer bestående av både forvaltning og tilleggstjenester. Bestemmelsen i merverdiavgiftsloven (mval.) § 3-6 g) er en unntaksbestemmelse fra den generelle avgiftsplikten, og oppgaven søker derfor å avklare hvor langt dette unntaket rekker.

Oppgavens hoveddel har grovt sett en tredelt struktur. Kapittel 3 og 4 omhandler tolkningen av unntaket i § 3-6 g). Kapittel 5 presenterer de rettslige utfordringene ved avgiftsrettslig bedømmelse av sammensatte ytelser. I oppgavens siste kapittel knyttes disse to temaene sammen, og det foretas en vurdering av rekkevidden av § 3-6 g) der unntatt forvaltning leveres sammen med tilleggstjenester.

1.1.2 Overordnet kontekst

I mval. § 1-1 defineres merverdiavgift som «en avgift til staten som skal beregnes ved omsetning, uttak og innførsel av varer og tjenester». Merverdiavgiften er fiskalt begrunnet, og den utgjør en stor del av statens inntekter. I 2015 er det anslått at merverdiavgiften vil innbringe ca. 256 milliarder kroner til den norske statskassen, noe som utgjør ca 19 % av statens samlede inntekter.¹ Merverdiavgiften er dermed en sentral og grunnleggende inntektskilde i det norske statsbudsjettet.

Etter § 2-1 (1) skal næringsdrivende og offentlig virksomhet registreres i Merverdiavgiftsregisteret, og de er dermed å anse som avgiftssubjekt, jf. § 1-3 (1) d). Avgiftssubjektene er ansvarlig for å beregne og betale merverdiavgift av merverdiavgiftspliktig omsetning, jf. § 11-1 (1). I realiteten fungerer avgiftssubjektene som innkrever på vegne av staten. Merverdiavgiften fastsettes på bakgrunn av et

¹ Regjeringens nettsider, <http://www.statsbudsjettet.no/Statsbudsjettet-2015/Satsinger/?pid=65154>, av 1. juni 2015.

beregningsgrunnlag, jf. §§ 4-1 og 4-2. Reglene om fradrag for inngående avgift i lovens kapittel 8 gjør at den endelige avgiftsbelastningen pålegges siste ledd i næringskjeden – forbrukeren av varen/tjenesten. Merverdiavgift blir dermed en forbruksavgift.

Som oppgavens tema indikerer er det imidlertid en rekke unntak fra den generelle avgiftsplikten. En unntatt tjeneste innebærer at avgiftssubjektet – som i oppgavens kontekst er den næringsdrivende forvalteren – slipper å beregne avgift på unntatte tjenester.

1.1.3 Aktualitet

Forvaltning av investeringselskap er et voksende felt i næringslivet, og flere selskaper driver virksomhet som må anses uavklart med tanke på unntaket i § 3-6 g), noe som fremkommer i et fellesskriv fra Skattedirektoratet datert 16.5.2013. Usikkerheten har knyttet seg til hvilke tjenester som utgjør forvaltning av investeringselskap og dermed faller inn under unntaket. Utfordringen forsterkes av at flere ulike tjenester stadig oftere omsettes sammen som én overordnet forvaltningsytelse. Dette skaper vanskelige avgrensningsspørsmål med tanke på hva som skal anses som unntatt forvaltning av investeringselskap, og om «pakker» med flere ulike tjenester avgiftsmessig skal behandles som én eller flere ytelser.

1.1.4 Avgrensninger

Det sentrale tema for denne oppgaven er hvordan man skal tolke unntaket «forvaltning av investeringselskap», med særlig fokus på de tilfeller hvor det ytes tilleggstjenester til selve forvaltningsytelsen. Selv om unntaket i g) består av både vilkårene «forvaltning» og «investeringselskap», er det derfor førstnevnte som vil vies mest plass i denne oppgaven. Vilåret «investeringselskap» vil derfor ikke bli gjenstand for den samme inngående analyse som forvaltningsvilkåret. Hva gjelder investeringselskapsvilkåret blir det kun gitt en kort gjennomgang av gjeldende rett, og grensetilfellene vil ikke problematiseres. Problemstillingen omhandlende tilleggstjenester knytter seg til forvaltningsvilkåret, og dermed er dette vilkåret mest relevant for oppgaven. Vilråene «omsetning» og «formidling» av finansielle tjenester vil heller ikke bli nærmere drøftet, da problemstillingen i oppgaven knytter seg til av de opplistede unntakene i § 3-6.

Avgiftsbehandling av sammensatte tjenester er i seg selv et vidtgående tema, og er sett på som en avgiftsrettslig utfordring i både norsk og europeisk rett. Dette ser man både ved at

problemstillingen først i de senere år er behandlet i litteraturen, og ved at rettspraksis har hatt en noe sprikende tilnærming til problemstillingen.²

Denne oppgaven vil ikke problematisere den avgiftsrettslige bedømmelsen av sammensatte ytelser generelt. Det er likevel nødvendig å avklare hva som skal til for at noe avgiftsmessig anses som en sammensatt ytelse, og hvordan en slik ytelse avgiftsmessig bedømmes. Av hensyn til oppgavens tema er det sentrale å avklare gjeldende rett på området for finansielle tjenester.

1.2 Metode

Ved behandling av merverdiavgiftsrettslige spørsmål anvendes tradisjonell juridisk metode. Siden merverdiavgift er et inngrep overfor borgerne oppstiller legalitetsprinsippet et hjemmelskrav, jf. Grunnloven § 113. Metoden må derfor ta utgangspunkt i merverdiavgiftsloven og dens ordlyd.³

Lovteksten suppleres i første omgang av forarbeid og høyesterettspraksis. Nåværende merverdiavgiftslov var ny i 2009, men etter forarbeidene er det klart at den nye loven ikke er ment å innebære realitetsendringer, jf. Ot.prp. nr. 76 (2008-09) s. 14, pkt. 5.3.

Finansdepartementet uttaler her at «[m]ed mindre det framgår noe annet av merknadene til de enkelte lovbestemmelsene, er lovforslaget likevel bare ment å innebære en ren språklig omskriving av gjeldende rett og ikke noen endring av realiteten». På bakgrunn av dette vil forarbeider og praksis knyttet til den gamle loven være relevant.

I tråd med tradisjonell metode vil Høyesteretts avgjørelser være tungtveiende rettskilder også innen avgiftsretten. Etter systemet i merverdiavgiftsloven er det avgiftssubjektene selv som har ansvaret for at oppkreving av avgift skjer i tråd med regelverket, og de må derfor kunne innrette seg etter den tolkning Høyesterett legger til grunn. Høyesteretts avgjørelser som bærer av hensynet til forutberegnelighet står dermed sentralt.

Underrettspraksis vil i kraft av å være rettsavklarende også gi avgiftssubjektene grunn til å innrette seg, og av hensyn til forutberegnelighet må derfor underrettspraksis vektlegges i analysen av hvordan regelverket skal forstås. I tråd med tradisjonell metode har likevel ikke

² Se kapittel 5 om «nødvendig og integrert»-læren og hovedytelseslæren.

³ Loven må generelt sett ses i sammenheng med forskrift til merverdiavgiftsloven av 15.12.2009 (merverdiavgiftsforskriften), men forskriften er ikke aktuell for å løse problemstillingene i denne oppgaven.

underrettspraksis den samme direkte prejudikatsverdi som høyesterettsavgjørelser, og en anvendelse av underrettspraksis er derfor betinget av at den i lys av de grunnleggende hensyn gir uttrykk for gode regler. De grunnleggende hensynene bak både utgangspunktet om avgiftsplikt, unntaket for finansielle tjenester, og de domstolsskapte modellene for avgiftsbedømmelse av sammensatte ytelser, vil derfor spille en sentral rolle i denne oppgaven. Disse hensynene vil bli grundig redegjort for underveis i oppgaven.

Det er lite rettspraksis knyttet til akkurat mval. § 3-6 g). Det finnes derimot mer praksis knyttet til § 3-6 generelt, og denne praksisen vil, så langt de samme hensyn gjør seg gjeldende, bli brukt i tolkningen av § 3-6 g).

Det finnes omfattende praksis og uttalelser fra forvaltningen på det avgiftsrettslige området, blant annet tolkningsuttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet, bindende forhåndsuttalelser fra Skatteetaten, vedtak fra Klagenemnda for merverdiavgift m.m.. Dette gjør at det er mye praksis knyttet til unntaket for finansielle tjenester. Det er imidlertid lite forvaltningspraksis knyttet til § 3-6 g). I mangel av slik praksis, vil forvaltningspraksis som foreligger på området for finansielle tjenester generelt kunne spille en rolle for å kartlegge gode regler. Det understrekes imidlertid at forvaltningspraksis ikke er bindende for domstolene, og at den som i skatteretten i størst grad kan vektlegges der den er langvarig, ensartet og til avgiftssubjektets gunst.⁴

Selv om EØS-avtalen ikke omfatter merverdiavgiftslovgivningen, er deler av det norske regelverket bygget opp på samme måte som EUs avgiftsrett. Dette gjelder særlig unntaket for finansielle tjenester. Både forarbeidene og forvaltningspraksis har slått fast at momenter fra EU-retten vil ha stor betydning for forståelsen av de norske reglene på dette området, da det norske regelverket i stor grad er sammenfallende med det EU-rettslige.⁵ Videre er de domstolsskapte metodene for avgiftsbedømmelse av sammensatte ytelser i stor grad bygget på praksis fra EU-domstolen. Kildene fra EU-retten vil derfor være sentrale i analysen av oppgavens problemstilling.

⁴ Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, 6. utgave, Oslo 2012, s. 54.

⁵ Se kapittel 3 for utdypning og nærmere referanser.

2 Rettslig utgangspunkt

2.1 Utgangspunktet om avgiftsplikt

Det rettslige utgangspunkt om avgiftsplikt følger av mval. § 3-1 (1). Her heter det at «[d]et skal beregnes merverdiavgift ved omsetning av varer og tjenester». Vilkåret «omsetning» er i § 1-3 (1) a) legaldefinert som «levering av varer og tjenester mot vederlag». Videre er vilkåret «varer» gitt en positiv definisjon som «fysiske gjenstander», jf. § 1-3 (1) b), mens «tjenester» er negativt legaldefinert som «det som kan omsettes og som ikke er varer etter bokstav b», jf. § 1-3 (1) c).

Ordlyden i § 3-1 (1) hjemler dermed en generell avgiftsplikt for både varer og tjenester, og oppfyller med dette legalitetsprinsippets krav til hjemmel. Den generelle avgiftsplikten er etter forarbeidene begrunnet i bl.a. provenyehensyn, forenklingshensyn (mindre avgrensingsproblematikk), samt begrensede muligheter for avgiftsmotiverte tilpasninger.⁶

Ved omsetning av varer og tjenester er hovedregelen etter § 4-1 (1) at «beregningsgrunnlaget for merverdiavgiften [er] vederlaget, herunder tilskudd som utgjør en del av prisen på varen eller tjenesten». Ordlyden «vederlaget» tilsier det beløpet selger mottar av kjøper for den avgiftspliktige ytelsen. Videre er ordlyden nøytral hva gjelder betalingsform, og det er klart at vederlaget kan ytes i både kontanter, varer, tjenester, fordringer eller andre finansielle instrumenter. Det avgjørende er den totale verdien av kjøpers gjenytelse.⁷ Hovedregelen i § 4-1 (1) suppleres av § 4-2 (1), som slår fast «alle kostnader ved oppfyllelsen av avtalen» skal inngå i beregningsgrunnlaget.

En forutsetning for avgiftsplikt er naturligvis at vederlaget ytes i avgiftspliktig omsetning. Hva som ytes i avgiftspliktig omsetning er i utgangspunktet enkelt å avgjøre, men tvilsspørsmål oppstår gjerne der tjenester med ulik avgiftsstatus leveres samlet. Det kan da være vanskelig å avgjøre om de enkelte tjeneste skal anses som en del av avgiftspliktig omsetning eller ikke.

⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 11, pkt. 1.

⁷ Skatteetaten, MVA-håndboken 2015, 11.utgave, s. 329, punkt. 4-1.2.

Utgangspunktet i merverdiavgiftsretten er at avgiftsplikt skal vurderes separat for hver enkelt ytelse. Dette gjelder også der forskjellige ytelser leveres samtidig.⁸ Selv om hovedregelen om separat behandling av hver ytelse ikke følger direkte av lovtekst, viser reglene om beregningsgrunnlag at dette er lovens forutsetning. Om det er plikt til å beregne merverdiavgift, og til hvilken sats den skal beregnes, er artsbestemt, og det er derfor nødvendig å vurdere hver enkelt ytelse individuelt.

Hovedregelen om separat behandling kommer også til uttrykk i høyesterettsdom inntatt i Rt. 2014 s. 486 (Polaris Media). Adresseavisen hadde tilbudt sine kunder et kombinert abonnement på papir- og e-avis. Omsetning av papiravis var fritatt fra momsplikt, jf. § 6-1, og det var dermed bare e-avisdelen av abonnementet som skulle selges med moms. Spørsmålet i dommen var hvordan vederlaget for den samlede levering skulle fordeles, og følgelig hvor stor del av vederlaget som skulle gå inn i beregningsgrunnlaget for merverdiavgift. I dommens avsnitt 38 uttaler førstvoterende på vegne av flertallet (4-1):

«Utgangspunktet for fastsettelsen av beregningsgrunnlaget ved sammensatte produkter som består av ytelser innenfor og utenfor merverdiavgiftsområdet, må være omsetningsverdien av de enkelte ytelser. Det må således skje en splitting - fordeling - av omsetningsverdien på de enkelte delprodukter».

Tilsvarende utgangspunkt er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen. I C-349/96 (Card Protection Plan)⁹ uttaler retten i premiss 29 at «hver levering af tjenesteydelser sædvanligvis skal anses for en uafhængig og selvstændig levering».

2.2 Unntak fra merverdiavgift

Nedslagsfeltet til hovedregelen om avgiftsplikt reduseres av unntaksbestemmelsene i lovens kapittel 3. Finansdepartementet har i forarbeidene uttalt at det generelt sett ikke er ønskelig at varer og tjenester er unntatt merverdiavgift, da de ønsker en generell avgiftsplikt med færrest

⁸ Ole Gjems-Onstad, Merverdiavgiften i et nøtteskall, 9. utgave, Oslo 2014, s. 112.

⁹ For nærmere om dommen, se kapittel 4 og 5.

mulig unntak.¹⁰ Likevel gjør bl.a. praktiske og konkurransemessige hensyn at flere varer og tjenester er unntatt merverdiavgift.¹¹

Unntak fra merverdiavgift innebærer at avgiftssubjektet ikke er pliktig å beregne utgående merverdiavgift på vederlag for sine varer/tjenester. Samtidig får ikke avgiftssubjektet fradrag for den del av inngående merverdiavgift som knytter seg til den unntatte virksomheten, jf. § 8-1. Avgiftssubjektet får dermed den inngående merverdiavgiften som en reell kostnad.

Denne kostnaden vil for næringsdrivende i praksis kompenseres ved å øke prisen på varene og tjenestene de omsetter. Vederlaget til kundene inneholder dermed en «skjult avgift», som et eventuelt neste avgiftssubjekt i kjeden ikke får fradrag for. Unntakene fra merverdiavgiften skaper dermed (en uønsket) avgiftskumulasjon.

Unntatt omsetning skiller seg dermed fra *fritatt* omsetning, hvor tjenesteyteren slipper å beregne utgående merverdiavgift, men likevel får fullt fradrag for inngående.¹² Ved omsetning av fritatte tjenester unngås belastningen av å være siste ledd i avgiftskjeden, og følgelig unngås også kumulering av avgift.

¹⁰ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s.104, pkt. 7.1.1.

¹¹ Se Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 108 flg. om hvordan helsetjenester, sosiale tjenester og undervisningstjenester er unntatt fordi det ikke foreligger omsetning i merverdiavgiftslovens forstand. Se denne oppgavens kapittel 3 og 4 om hvorfor finansielle tjenester er unntatt på grunn av konkurransehensyn.

¹² Se legaldefinisjon i § 1-3 (1) h).

3 Unntaket for finansielle tjenester

3.1 Hensynene bak mval. § 3-6

Etter § 3-6 er «[o]msetning og formidling av finansielle tjenester unntatt fra loven». I bestemmelsen er det opplistet en rekke eksempler på unntatt formidling av finansielle tjenester. Ordlyden «herunder» i første ledd viser at oppstillingen ikke skal anses uttømmende. Unntaket er likevel begrenset til å gjelde en kvalifisert art av tjenester.¹³ Det er altså ikke finansielle virksomheter i seg selv som er unntatt avgiftsplikten, men de finansielle tjenestene. I utgangspunktet vil dermed den næringsdrivendes generelle virksomhet være uten relevans for om den konkrete tjenesten omfattes av unntaket. En konsekvens av dette er at en tjenestes avgiftsmessige status må vurderes isolert for hver virksomhet.¹⁴

Mange av unntakene i merverdiavgiftsloven er begrunnet i at det ikke foreligger tradisjonell omsetning på de unntatte områdene.¹⁵ Området for finansielle tjenester har på sin side et stort omfang av omsetning, og samme begrunnelse for unntak gjør seg ikke gjeldende her. Finansdepartementet (FIN) uttaler i forarbeidene at «finansielle tjenester bør omfattes av merverdiavgiftsplikten», da dette er «en sektor hvor det skapes betydelige merverdier».¹⁶ FIN følger opp dette standpunktet i en fortolkningsuttalelse om unntaket for finansielle tjenester avgitt 15. juni 2001, hvor det også fremheves hvordan unntaket kan medføre avgiftskumulasjon, samt skape avgrensningsutfordringer. Det uttrykkes her at unntaket er uheldig «fordi finanssektoren anses som sluttbruker i merverdiavgiftssystemet, og ikke har fradragsrett for anskaffelser til virksomheten».¹⁷

At man likevel har valgt å gi merverdiavgiftsunntak for finansielle tjenester er begrunnet i hensynet til norske næringsdrivende som operer innenfor sektoren for finansielle tjenester.¹⁸ Innenfor EU er finansielle tjenester unntatt merverdiavgift, og dermed kan aktører fra EU-land tilby finansielle tjenester uten å beregne avgift. Norske tilbydere ville tapt kampen mot utenlandske konkurrenter hvis de som eneste aktør ble pålagt å beregne merverdiavgift på vederlaget for sine tjenester. Unntaket i § 3-6 er dermed ansett som en nødvendighet for å

¹³ MVA-håndboken, s. 160, punkt 3-6.2.

¹⁴ Samme kilde.

¹⁵ Se fotnote 11.

¹⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s.122, pkt. 7.2.5.5.

¹⁷ Punkt 1.

¹⁸ Fortolkningsuttalelsen, punkt. 2.

sikre at norske tilbydere av finansielle tjenester er konkurransedyktige i et internasjonalt marked.

Forarbeidene understreker at unntaket for finansielle tjenester samsvarer med land som det er naturlig for Norge å sammenligne seg med.¹⁹ På bakgrunn av dette uttaler FIN i fortolkningsuttalelsen at man ved tolkningen av unntaket for finansielle tjenester skal se hen til (det som i dag er²⁰) EUs rådsdirektiv 2006/112/EF av 28. november 2006 om det felles merverdiavgiftssystem artikkel 135 nr. 1 (a)-(g) og praktiseringen av dette innen EU. Forarbeidene og FINs fortolkningsuttalelse viser dermed at selv om merverdiavgiftsretten ikke er en del av EØS-avtalen, medfører likheten i regelverket at EU-rettens kilder har stor relevans for tolkningen av det norske unntaket for finansielle tjenester.

Dette bekreftes i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2009 s. 1632 (Sundal/Carnegie)²¹, en sak som omhandlet unntatte finansielle tjenester i form av meglingstjenester. Retten påpeker i avsnitt 34 at «[d]et er praksis fra EU-domstolen som vil få størst betydning for forståelsen av det tilsvarende avgiftsunntak i Norge [...]. Det som da særlig vil ha interesse er de mer overordnede tolkningsprinsipper som EU-domstolen har etablert». Selv om saksforholdet her knytter seg til finansielle meglingstjenester, er uttalelsen avgitt som en innledende kommentar til hvilke tolkningsprinsipper som generelt sett gjelder for unntaket for finansielle tjenester.

Hensynet til norske bedrifters konkurransedyktighet internasjonalt blir også trukket fram av Høyesterett, da de i avsnitt 35 viser til en forarbeidsuttalelse²² som begrunner viktigheten av at det norske regelverket er likt regelverket i EU. Finansdepartementet uttaler her:

«Blant annet fordi virksomhet i denne sektoren lett kan flytte på seg, og for at norske finansinstitusjoner skal ha tilnærmet samme rammevilkår som finansinstitusjoner i andre land i EØS-området, er det norske regelverket på området lagt tett opp til regelverket i EU».

FIN uttaler i sin fortolkningsuttalelse at «det nærmere omfanget av unntaket for finansielle tjenester må [...] i første rekke skje gjennom en lovtolking i hvert enkelt tilfelle ut fra alminnelige rettskildепrinsipper». Med henvisning til forarbeidene trekkes det tilsvarende

¹⁹ Ot.prp. nr. 2 (2000-20001) s. 122, pkt. 7.2.5.5.

²⁰ På tidspunktet for fortolkningsuttalelsen var det 6. merverdiavgiftsdirektiv artikkel 13 (B) (a) og (d) (1)-(6).

²¹ Nærmere behandlet i kapittel 5.2.2.

²² Prop.1 S (2009-2010) s. 55-56.

unntaket i EU-retten frem, og det fremheves at man ved avgrensningen av unntaket særlig må se hen til praksis i Sverige og Danmark.²³

Som vist er merverdiavgiftsunntaket for finansielle tjenester et uønsket avvik fra den provenybegrunnede hovedregelen om avgiftsplikt. Forarbeidene understreker derfor at unntak skal være særskilt begrunnet.²⁴ Dette følges opp av Høyesterett i Sundal/Carnegie-dommen, som i tråd med EU-retten på området legger til grunn at «unntaksbestemmelsene må fortolkes strengt, idet de må sees som unntak fra det alminnelige prinsipp om avgiftsplikt for tjenester».²⁵

At en streng fortolkning av unntaket er praksis i EU-retten kommer bl.a. frem i sak C-169/04 (Abbey National²⁶), hvor retten i premiss 60 uttaler at «eftersom fritagelserne i sjette direktivs artikkel 13 er undtagelser fra det almindelige princip om, at moms opkræves af enhver tjenesteydelse, der udføres mod vederlag af en afgiftspliktig person, skal de fortolkes strengt». EU-domstolen følger opp dette standpunktet i sak C-453/05 (Volker Ludwig²⁷).²⁸

Med utgangspunktet om snever tolkning av unntakene, må det trekkes en grense for hva som anses som finansielle tjenester mot tjenester av administrativ, økonomisk og juridisk art.²⁹ Dette er tjenester som kan bli levert som tilleggsytelser ved finansielle tjenester, noe som skaper avgiftsrettslige utfordringer i praksis. Selv om avgrensningen kan medføre at én virksomhet leverer både avgiftspliktige og avgiftsunntatte ytelser, fremhever forarbeidene at hensynet til konkurransenøytralitet her må veie tyngre enn forenklingshensyn.³⁰

Finansdepartementet opprettholder i sin fortolkningsuttalelse standpunktet om at hensynet til konkurransenøytralitet går foran ønsket om avgiftsmessig forenkling.³¹ Avgiftsrettslig delte virksomheter blir dermed ansett som en påtvunget konsekvens av unntaket i § 3-6.

²³ Punkt 1.

²⁴ Ot.prp. nr. 2 (2000-20001) s. 104, pkt. 7.1.1.

²⁵ Avsnitt 36.

²⁶ Nærmere behandlet i kapittel 4.3.4.

²⁷ Nærmere behandlet i kapittel 5.2.2.

²⁸ Premiss 21.

²⁹ Ot.prp. nr. 2 (2000-20001) s. 122, pkt. 7.2.5.5.

³⁰ Samme kilde.

³¹ Punkt 2.

3.2 Betydningen av hensynene bak mval. § 3-6 ved tolkningen av «forvaltning av investeringssselskap»

Utgangspunktet om at unntak fra hovedregelen om avgiftsplikt skal tolkes strengt vil være et tolkningsmoment i vurderingen av hva «forvaltning av investeringssselskap» omfatter, da det gjennomgående vil tale for en streng forståelse av vilkåret. En motvekt til dette vil være at unntaket ikke må gis et så snevert anvendelsesområde at det ikke fungerer som et effektivt middel for å sikre norske bedrifters konkurransedyktighet. En for snever tolkning vil da undergrave den legislative begrunnelsen for unntaket. Disse hensynene vil få betydning for vurderingen i oppgavens kapittel 4.

Hensynet om snevre unntaksregler vil også kunne tale mot at man ved forvaltning levert med tilleggstjenester, avgiftsmessig bedømmer tjenestene som én sammensatt ytelse. Dette understrekes av at Finansdepartementet i både forarbeid og sin fortolkningsuttalelse understreker at man må regne med avgiftsmessig delte virksomheter som følge av unntaket,³² og at de avgiftsrettslige utfordringene dermed er en konsekvens avgiftssubjektene må bære. Denne problemstillingen behandles nærmere i oppgavens kapittel 5 og 6.

³² Se kapittel 3.1.

4 Unntaket for forvaltning av investeringselskap

4.1 Hensyn bak unntaket

4.1.1 Historikk

Unntaket i mval. § 3-6 g) kom til ved innføringen av den nye merverdiavgiftsloven i 2009. Forvaltning av investeringselskap hadde også før endringen blitt avgiftsmessig behandlet som unntatt etter § 3-6, men da under unntaket for forvaltning av investeringsfond (unntatt etter bokstav f ved loven av 2009). Denne anvendelsen hadde sin bakgrunn i bl.a. en innstilling fra Finanskomiteen til Stortinget i 2001³³, hvor det uttales at de likeartede finansielle tjenestene som utøves ved forvaltning av henholdsvis verdipapirfond og investeringselskap bør underlegges samme avgiftsrettslige behandling. Det skulle gjøres unntak for den virksomhet i forvaltning av investeringselskap som sammenfalt med den forvaltningen som skjedde i verdipapirfond.³⁴ Tilføyelsen av bokstav g i § 3-6 er dermed ansett som en kodifisering av forvaltningspraksis.³⁵

4.1.2 Nøytralitetshensynet

Hensynene bak unntaket for finansielle tjenester i seg selv er redegjort for i kapittel 3. Begrunnelsen for at nettopp forvaltning av investeringselskap er unntatt merverdiavgift, er hensynet til nøytralitet. Etter § 3-6 e skal det ikke beregnes merverdiavgift ved «omsetning av finansielle instrumenter og lignende». Etter forarbeidene³⁶ skal begrepet «finansielle instrumenter» forstås i samsvar med den nå opphevede lov 79/1997 om verdipapirhandel (*verdipapirhandelloven 1997*) § 1-2 andre ledd, noe som omfatter blant andre aksjer og verdipapirfondsandeler. En investor som selv investerer i et selskap gjennom aksjekjøp vil dermed ikke måtte betale merverdiavgift på sitt aksjekjøp. *Direkte* investeringer i selskap er dermed unntatt merverdiavgift.

³³ Innst. S. nr. 325 (2000-2001) kap. 7.1.1, s. 19.

³⁴ MVA-håndboken, s. 196, pkt. 3-6.10.

³⁵ Ot.prp.nr.76 (2008-2009) kap. 13, s. 54.

³⁶ Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) s. 194.

Investeringer via investeringsfond og investeringsselskap er *indirekte* investeringer, da man investerer i et «mellomledd» framfor å investere direkte i selskapene. Hensynet til konkurransenøytralitet mellom den som velger å investere direkte og indirekte er dermed bakgrunnen for unntakene i § 3-6 bokstav f) og g). Uten disse unntakene ville direkte investerende investorer gis en avgiftsmessig forskjellsbehandling sammenlignet med investorene som velger den indirekte formen. Finansdepartementet uttaler i sin fortolkningsuttalelse fra 15. juni 2001 at «[f]orskjellen mellom aktiv forvaltning og forvaltning i verdipapirfond er ikke ansett tilstrekkelig til å begrunne ulik avgiftsmessig behandling».³⁷ Tilsvarende begrunnelse vil også gjøre seg gjeldende for forvaltning av investeringsselskap.

Siden nøytralitetshensynet er grunnlaget innføringen av forvaltningsunntakene, bidrar hensynet til å nyansere utgangspunktet om snevre unntaksregler. Unntaksregelen i § 3-6 g) kan ikke fortolkes strengere enn at nøytralitetshensynet er tilstrekkelig ivaretatt.

Hensynet til nøytralitet kommer også til uttrykk i sak C-275/11 (GfBk)³⁸ fra EU-domstolen. Dommen tok stilling til om tjenester levert fra en underleverandør skulle omfattes av unntaket for forvaltning av investeringsselskap, jf. sjette avgiftsdirektiv artikkel 13, punkt B, litra d), nr. 6). Underleverandøren leverte rådgivning til selskapet som sto for selve forvaltningen.

I premiss 29 og 30 uttaler retten:

«Det forhold, at tjenesteydelser vedrørende rådgivning og information bliver henført til den kategori af specifikke ydelser, der henhører under »forvaltning« af en investeringsforening (...) [kan ikke] tilsidesætte princippet om afgiftsneutralitet med henvisning til, at de rådgivningsydelser, der leveres til fysiske eller juridiske personer, som direkte investerer deres penge i værdipapirer, derimod pålægges moms.

Det skal nemlig erindres, at de investorer, der direkte investerer deres formue i værdipapirer, ikke er momspligtige, og at formålet med den fritagelse af transaktioner, der er knyttet til den i sjette direktivs artikkel 13, punkt B, litra d), nr. 6), fastsatte forvaltning af investeringsforeninger, er at gøre det lettere for småinvestorer at investere i værdipapirer gennem institutter for kollektiv investering ved at fjerne momsudgifterne, således at det fælles momssystem neutralitet sikres i forhold til

³⁷ Punkt 2.6.

³⁸ Nærmere behandlet i kapittel 4.3.5.

valget mellom direkte investeringer i verdipapirer og sådanne investeringer gjennom institutter for kollektiv investering».

Retten fremhever her at formålet bak momsunntaket for forvaltning av investeringsselskap var å likebehandle direkte og indirekte investeringer. I premiss 31 uttaler retten seg om konsekvensen av å pålegge merverdiavgift på underleverandørens rådgivning. Det understrekes at en slik ordning vil medføre at investeringsselskap med egne investeringsrådgivere begunstiges sammenlignet med de selskap som kjøper denne tjenesten eksternt. Til dette uttaler retten:

«Det følger imidlertid af princippet om afgiftsneutralitet, at de erhvervsdrivende skal kunne vælge den organisationsform, som ud fra en strengt økonomisk synsvinkel passer dem bedst, uden at skulle løbe en risiko for, at deres transaktioner udelukkes fra den fritagelse».

Selv om uttalelsen her knytter seg til organisering i form av underleverandører, er det grunnleggende poenget også her at avgiftsbelastning ikke skal påvirke hvordan investorer og investeringsselskap organiseres.

Formålene bak unntaket i EU-retten sammenfaller dermed helt med formålet bak unntaket i norsk rett. Dette taler klart for at det bør søkes å harmonere unntaket i § 3-6 g) med unntaket i sjette avgiftsdirektiv.

4.2 Investeringsselskap

Ordlyden «investeringsselskap» peker mot et selskap hvor formålet er å investere i aksjer og verdipapir. Begrepet investeringsselskap er beskrevet i NOU 1978:42 Verdipapirhandel s. 69, punkt 5.61:

«Med begrepet investeringsselskaper siktes først og fremst til selskaper som mottar sparemidler eller kapital fra allmennheten ved salg av andeler, og investerer midlene på selskapets vegne i aksjer og andre verdipapirer».

Begrepet investeringsselskap omtales også i St.meld. nr. 38 (2000-2001) s. 7, punkt 1.4, hvor ulike typetilfeller av investeringsselskap eksemplifiseres som såkornfond, venturefond,

investeringsfond og private equity fond. I MVA-håndboken er det med henvisning til departementet uttalt at investeringsselskaper har likhetstrekk med verdipapirfond.³⁹

Begrepet «verdipapirfond» er i lov 44/2011 (Verdipapirfondloven) § 1-2 (1) 1. legaldefinert som «en selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon». Likheten ligger her i hvordan både verdipapirfond og investeringsselskaps virksomhetsformål er å forvalte innskuddsyternes midler gjennom investeringer i aksjer og verdipapir. Andre ulikheter er mer av formell art, blant annet ved at verdipapirfond i motsetning til investeringsselskap er åpne for allmennheten, og dermed kan motta innskudd fra et ubestemt antall personer.⁴⁰ Videre ligger det materielle ulikheter i hvor stor grad forvalteren av fond/investeringsselskap involverer seg i fondets/selskapets portefølje.⁴¹

Det ovenstående kan suppleres av legaldefinisjonen av «alternativt investeringsfond» i lov 20. juni 2014 nr. 28 (AIF-loven) § 1-2 a, hvor investeringsfond defineres som «innretning for kollektiv investering (...) som innhenter kapital fra et antall investorer med sikte på å investere kapitalen i henhold til en definert investeringsstrategi til fordel for investorene».

Selv om de ulike begrepsdefinisjonene varierer noe, er essensen og de gjennomgående momentene for hva som er et investeringsselskap det samme: et selskap opprettet utelukkende med det formål å investere innskuddsyternes midler i andre aksjer og verdipapir.

EU-domstolen har i Abbey National-dommen slått fast at definisjonen av hva som er et investeringsselskap («investeringsforening») overlates til hvert enkelt land.⁴² Dette har sammenheng med at nasjonal selskapslovgivning varierer, og at man derfor må åpne for ulike definisjoner basert på ulik lovgivning.

I sak C-363/05 (Claverhouse) kommer retten med en uttalelse om hvilke rammer statene må forholde seg til når de definerer hvem som omfattes av begrepet «investeringsforeninger»:

«Ved udøvelsen af dette skøn er medlemsstaterne imidlertid forpligtede til at iagttage bestemmelsens formål, som er at gøre det lettere for investorer at investere i

³⁹ MVA-håndboken 2015, pkt. 3-6.10, s. 197.

⁴⁰ Samme kilde.

⁴¹ Se kapittel 6.2.

⁴² Premiss 41.

investeringsforeninger, samtidig med at princippet om avgiftsneutralitet overholdes for så vidt angår betaling af moms for forvaltning af investeringsforeninger, der konkurrerer med andre investeringsforeninger, såsom de foreninger, der er omfattet af UCITS-direktivets anvendelsesområde».⁴³

Statene er dermed forpliktet til å ivareta det grunnleggende hensynet bak unntaket, avgiftsnøytralitet, ved definisjonen av hva som er en «investeringsforening».

Ettersom unntaket i mval. § 3-6 g) er ment å sikre norske selskaps konkurransedyktighet, er det god grunn for å legge til grunn tilsvarende retningslinjer ved avgjørelsen av hva som skal anses som «investeringselskap». Rent formelle forskjeller i selskapsstruktur og selskapsform bør dermed ikke være avgjørende for hva som omfattes av vilkåret, da det sentrale er å unngå avgiftsmessig forskjellsbehandling av ulike former for indirekte investeringer.

I en bindende forhåndsuttalelse fra 2008 (BFU 15/08) skulle Skattedirektoratet ta stilling til om ytelser overfor et kommandittselskap var unntatt forvaltning av investeringselskap.⁴⁴ SKD uttaler her at selskapslovgivningen «synes relativt godt tilpasset næringens behov og gir en adekvat ramme for denne type virksomhet», og SKD setter utover de materielle vilkårene i loven ingen ytterligere krav til et investeringselskaps foretaksform eller organisering.

Selv om det finnes noen avgrensingsutfordringer ved vurderingen av hva som anses som «investeringselskap», er det sjelden denne vurderingen som gir de fleste praktiske problemene ved vurdering av om noe omfattes av § 3-6 g. Av hensynet til avgiftsnøytralitet må man kunne anta at alle selskap organisert etter norsk selskapslovgivning kan være objekt for unntatt forvaltning. Problemstillingene vil i hovedsak knytte seg til om de aktuelle ytelsene skal anses som «forvaltning», og ikke om objektet for forvaltningen er et investeringselskap eller ikke.

⁴³ Premiss 54.

⁴⁴ Ytelsene ble vurdert etter daværende unntak for forvaltning av investeringsfond, men det var klart at også investeringselskap skulle være omfattet (se kapittel 4.1.2) Se nærmere om forhåndsuttalelsen i kapittel 4.3.4.2.

4.3 Forvaltning

4.3.1 Ordlyd

Vilkåret «forvaltning» er ikke legaldefinert i merverdiavgiftsloven. Ordlyden peker mot det å ha ansvaret for bestyrelse og/eller administrasjon. Ordlyden av «forvaltning av investeringsselskap» i sin helhet må dermed forstås som kontroll og administrering av investeringer i porteføljeselskap.

Vilkåret «forvaltning» er legaldefinert i AIF-loven. I denne lovs § 1-2 c) er forvaltning definert som «porteføljeforvaltning og risikostyring for alternative investeringsfond». AIF-loven er en konsekvens av et EU-direktiv⁴⁵, og etter § 1-2 er det klart at legaldefinisjonene kun gjelder «[i] denne lov». Det er ingen uttalelser i forarbeidene som indikerer at lovgiver har ment å gi definisjonene anvendelse på tilsvarende vilkår i andre lover. Legaldefinisjonen kan dermed ikke anvendes analogisk på det merverdiavgiftsrettslige begrepet «forvaltning», men heller være et tolkningsmoment i forståelsen av forvaltningsbegrepet. AIF-lovens definisjon av forvaltning – «porteføljeforvaltning og risikostyring» - må sies å være en presiserende definisjon som ikke strider mot en naturlig forståelse av ordlyden i mval. § 3-6 g).

Hvilke konkrete handlinger som utgjør «porteføljeforvaltning og risikostyring» er likevel vanskelig å definere. Begrepet «porteføljeforvaltning» viser kun til en mer konkretisert forvaltning, og vil i sammenheng med forvaltning av investeringsselskap forstås som kontroll og administrasjon av eierandelene i de ulike selskapene i porteføljen. Begrepet «risikostyring» viser på sin side til ansvaret for å håndtere den økonomiske risikoen ved kjøp og salg til ulike tidspunkt.

Utover det ovennevnte er det vanskelig å trekke klare føringer fra ordlyden alene om hva som skal anses som «forvaltning av investeringsselskap» etter § 3-6 g).

4.3.2 Kravet til reell kapitalforvaltning

Finansdepartementet har i sin fortolkningsuttalelse fra 15. juni 2001, punkt 5.2, «Forvaltning av investeringsselskaper», gitt uttrykk for sin tolkning av hva som skal anses som unntatt

⁴⁵ Direktiv 2011/61/EU (AIFMD).

forvaltning. Selv om fortolkningsuttalelsen er gitt før g) ble tilføyd i § 3-6, gir uttalelsen uttrykk for den forvaltningspraksis unntaket i g) var ment å kodifisere. Uttalelsen vil dermed være relevant i analysen av hva unntaket er ment å omfatte.

FIN har kategorisert ulike typer av «forvaltning av investeringsselskap» opp i tre hovedgrupper. Første gruppe er de tilfeller hvor investeringsselskapet selv «forvalter og foretar beslutninger om plassering av kapitalen». Av dette ser man at beslutningsmyndighet knyttet til kapitalplasseringen er selve kjerneområdet for å falle innunder unntaksregelen.

Andre gruppe er de tilfeller hvor et investeringsselskap inngår en forvaltningsavtale med en forvalter. Her anser FIN de typiske arbeidsoppgavene for forvalteren som «å identifisere investeringsobjekter til investeringsselskapenes portefølje og gi råd om investeringer og portefølje». Disse arbeidsoppgavene sammenholdt med beslutningsfullmakt anses av FIN som «forvaltning av investeringsselskap». Forvaltningsbegrepet vil dermed også omfatte identifisering av investeringsobjekter med påfølgende rådgivning om kapitalplassering når forvalteren har fullmakten til å fatte beslutninger.

Beslutningsfullmakt anses likevel ikke som et absolutt vilkår for å komme innunder unntaket i § 3-6 g), da FIN uttaler at også en forvalter uten slik myndighet kan omfattes av unntaket hvis forvalteren yter «tjenester knyttet til reell kapitalforvaltning hvor vesentlig deler av oppfølgingsarbeidet foregår i forvaltningsselskapet». FIN markerer her «reell kapitalforvaltning» som det grunnleggende vilkåret for at en tjeneste omfattes av forvaltningsunntaket. Sett i sammenheng med forrige avsnitt vil kjernen av reell kapitalforvaltning være «å identifisere investeringsobjekter til investeringsselskapenes portefølje og gi råd om investeringer og portefølje». Videre må altså vesentlige deler av dette oppfølgingsarbeidet foregå i forvaltningsselskapet.

4.3.3 Skattedirektoratets rundskriv

En ytterligere presisering av hva «forvaltning» omfatter er gitt av Skattedirektoratet i deres fellesskriv datert 15.6.2013. Funksjoner som SKD anser typisk «forvaltning av investeringsselskap» etter § 3-6 g) er «overvåking av selskapets verdipapirportefølje og aktiviteter knyttet til kjøp og salg av verdipapirer mv». Underliggende aktiviteter i denne forbindelse vil etter Skattedirektoratets oppfatning kunne være «utarbeidelse av strategier og markedsanalyser, utredning av mulige målselskaper, innhenting av rapporter fra

porteføljeselskapene, samt rapporteringer, møter og annen korrespondanse med investorene».⁴⁶

Videre bemerkes det i fellesskrivets punkt 4 at også administrative oppgaver tilknyttet selve investeringselskapet kan omfattes. Direktoratet viser i denne sammenheng til Abbey National-dommen, hvor EU-domstolen forutsetter at de administrative gjøremål som angis i daværende UCITS-direktivs bilag II, som regner opp hva som inngår i en fondsforvalters funksjoner, er "forvaltning".⁴⁷ Den ikke-uttømmende oppregningen omfatter juridisk bistand og regnskapsytelser, kundeforespørsler, verdi- og prisfastsettelse (herunder selvangivelser), kontroll med overholdelse av lovgivning, ajourføring av deltakerregister, utdeling av overskudd, nyutstedelse og innløsning av andeler, kontraktsinngåelse (herunder utsendelse av beviser) og registrering. Skattedirektoratet uttaler at de anser oppregningen som illustrerende for hvilke administrative gjøremål som omfattes av § 3-6 g).

Det presiseres imidlertid at hvis det er tale om administrative gjøremål, er de kun unntatt merverdiavgift hvis oppgavene har det «løpende og helhetlig preg» som særpreger «forvaltning av investeringselskap». Skattedirektoratet viser også her til momenter som er utledet fra EU-domstolens praksis. Tatt i betraktning at unntaket for «forvaltning av investeringselskap» er bygget opp på samme måte som regelen i EUs sjette avgiftsdirektiv, blir derfor momentene fra EU-praksis sentrale i tolkningen av § 3-6 g).

4.3.4 Momenter fra EU-domstolens praksis

4.3.4.1 C-169/04 (Abbey National)

Abbey National-dommen er grunnlaget for en rekke av de momentene som anvendes i norsk rett ved tolkningen av § 3-6 g. Et av spørsmålene for domstolen i denne saken var om unntaket i EUs sjette momsdirektiv artikkel 13 punkt B litra d) nr. 6), for «forvaltning av investeringsforeninger», ikke bare omfattet ytelser fra selve forvaltningsselskapet, men også tjenester som var satt ut til dets underleverandører. I denne saken ytet underleverandøren administrative og regnskapsmessige tjenester knyttet til forvaltningen. Selv om det her er tale om en underleverandør, uttaler Skattedirektoratet i sitt fellesskriv at momentene i dommen er

⁴⁶ Punkt 2.

⁴⁷ Premiss 13.

relevante ved vurderingen av om det foreligger unntatt forvaltning, uavhengig av hvem som yter tjenestene.⁴⁸

Det første spørsmålet retten tar stilling til er om begrepet «forvaltning» har én felles betydning for alle medlemsstatene. Retten uttaler til dette i premiss 43 at «begrebet «forvaltning» (...) er et selvstendig fællesskabsretligt begreb, hvis indhold medlemsstaterne ikke kan ændre». Den felles forståelsen anses nødvendig for å sikre formålet om å unngå ulik anvendelse av unntaksbestemmelsen i de ulike medlemsstatene.⁴⁹ Siden unntakene i mval. § 3-6 gitt for å sikre norske bedrifters konkurransedyktighet, er det nødvendig å se hen til EU-retten for tolkningen av de norske reglene. Som tidligere vist har også Høyesterett bekreftet at praksis ved EU-domstolen får størst betydning i tolkning av § 3-6.⁵⁰ For å sikre at norske bedrifter kan konkurrere på samme vilkår som utenlandske konkurrenter, bør derfor tolkningen av «forvaltning» være den samme for § 3-6 g) som for vilkåret i momsdirektivet.

I dommens premiss 59 uttaler retten med henvisning til tidligere rettsavgjørelser at «[b]estemmelsen skal således fortolkes ud fra den sammenhæng, i hvilken den optræder, og direktivets formål og opbygning, idet det bærende hensyn bag den fritagelse, som er indført ved bestemmelsen, særligt skal tages i betragtning». Uttalelsen understreker at tolkningen av det konkrete unntaket må skje på bakgrunn av de grunnleggende hensynene bak både den generelle avgiftsplikten («direktivets formål og opbygning») og unntaksregelen («bærende hensyn bak den fritagelse»).

De grunnleggende hensynene gjør seg innledningsvis gjeldende i det retten fastslår utgangspunktet om at en slik unntaksbestemmelse skal fortolkes strengt.⁵¹ Dette er i tråd med hovedregelen om avgiftsplikt for tjenester. I premiss 62 belyses et av hensynene bak den konkrete unntaksbestemmelsen, da retten fremhever at bestemmelsens nr. 6 «har til formål at sikre, at momsordningen er skattemæssigt neutral i forhold til valget mellem direkte investeringer og investeringer gennem investeringsinstitutter». Nøytralitetshensynet er som tidligere vist bakgrunnen for tilføyelsen av bokstav g i § 3-6.

I premiss 66 markerer retten at unntaksbestemmelsen er artsbestemt. Det uttales her at forvaltning av investeringsforeninger defineres på grunnlag av «arten af de leverede

⁴⁸ Fellesskrivet punkt 4.

⁴⁹ Premiss 42.

⁵⁰ Se kapittel 3 og uttalelsene til Høyesterett i Sundal/Carnegie-dommen.

⁵¹ Premiss 60.

tjenesteydelser og ikke på grundlag af tjenesteyderen eller ydelsesmodtageren». Følgelig vil det ikke være av betydning om tjenestene leveres av forvaltningsselskapet eller underleverandører som i utgangspunktet ikke leverer unntatte forvaltningstjenester, da det er ytelsens art som er avgjørende for om den omfattes av unntaket eller ikke.

I premiss 68 uttaler retten at prinsippet om avgiftsnøytralitet medfører at næringsdrivende, uten å risikere at deres tjenester ikke omfattes av unntaket, «skal kunne velge den organisationsform, som ud fra en strengt økonomisk synsvinkel passer dem bedst». Prinsippet om avgiftsnøytralitet er altså avgjørende for at også ytelser fra underleverandører skal kunne omfattes av merverdiavgiftsunntaket.

Vilkåret for at ytelsene skal omfattes er at de sett under ett utgjør «en særskilt helhet, der oppfyller de spesifikke og væsentlige funksjoner for en ydelse som beskrevet i nævnte nr. 6».⁵² Retten oppstiller her et toleddet vilkårskrav. For det første må ytelsene sett under ett utgjøre en særskilt enhet. Denne særskilte enheten må videre oppfylle de spesifikke og vesentlige funksjoner for en ytelse beskrevet i nr. 6. Er disse kravene oppfylt foreligger det unntatt forvaltning, uavhengig av om det er forvaltningsselskapet eller tredjepart som utfører tjenestene.

4.3.4.2 Skattedirektoratets forståelse av begrepet

De konkrete momentene fra Abbey National-dommen har kommet til uttrykk i norsk forvaltningspraksis gjennom en bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet (BFU 15/08). Bakgrunnen for uttalelsen var en bank som ønsket en avgiftsmessig vurdering av en management-avtale om å bistå et selskap som skulle investere i et utenlandsk private equity-fond. Banken ønsket en avklaring på om avtalen oppfylte vilkårene for unntatt forvaltning av investeringsselskap. Vurderingen ble tatt ut fra unntaket for forvaltning av verdipapirfond, men som vist⁵³ var det fast praksis at unntaket også omfattet forvaltning av investeringsselskap.

SKD innleder⁵⁴ sin vurdering av saken med en henvisning til Abbey National-dommen, og slår fast at også tjenester fra underleverandør kan omfattes etter nærmere vilkår. Vilråene for at unntaket kommer til anvendelse er etter direktoratets syn «at ytelsene samlet sett fremstår

⁵² Premiss 70.

⁵³ Se bl.a. kapittel 4.1.1.

⁵⁴ Under avsnittet «Skattedirektoratets vurderinger».

som karakteristiske og vesentlige for forvaltning av [investeringselskap]». SKD formulerer seg noe ulikt enn retten i Abbey National-dommen («karakteristiske» fremfor «spesifikke»), men ut fra henvisningen til dommen er det klart at det er de samme materielle vilkår som legges til grunn.

Mot slutten av sin vurdering vurderer SKD om avtalen innebærer at vilkårene for unntatt forvaltning er oppfylt. Det påpekes at banken ikke skal ha investeringsfullmakt, men at den skal ha ansvaret for den samlede driften av investeringselskapet. Med henvisning til Finansdepartementets fortolkningsuttalelse av 15. juni 2001, samt Abbey National-dommen, slår SKD fast at investeringsfullmakten ikke er nødvendig for å omfattes av unntaket. Videre fremheves det at det avgjørende er «at de administrative og regnskapsmessige tjenestene som ytes, samlet sett, utgjør en særskilt helhet og er spesifikke og vesentlige for forvaltning av (...) investeringselskap».

Videre legger SKD til grunn at etter avtalen skal banken i praksis utføre alt det vesentlige av administrasjonen av investeringselskapet, og dermed utføre «reell kapitalforvaltning». SKD viser med dette direkte til vilkåret som kommer til uttrykk i FINs fortolkningsuttalelse. Av dette kan man legge til grunn at ansvar for vesentlige deler av den administrative styringen av investeringselskapet vil anses som reell kapitalforvaltning som er unntatt forvaltning, uavhengig av eventuell investeringsfullmakt.

4.3.5 Skillet mellom rådgivning og forvaltning

I BFU 15-08 uttaler Skattedirektoratet helt avslutningsvis i sin vurdering at siden banken driver reell kapitalforvaltning, «vil rådgivningsdelen av ytelsene måtte anses som knyttet til kapitalforvaltningen og utgjøre en del av den unntatte forvaltningstjenesten». Utsagnet er ikke utdypet ytterligere, men jeg antar at SKD her henviser til investeringsrådgivning som, hvis den var ytt isolert, ville vært avgiftspliktig. Jeg legger til grunn at SKD anser rådgivningsdelen som unntatt fordi investeringsrådgivningen på grunn av helheten må anses som «forvaltning». En slik problemstilling har kommet ytterligere på spissen i en senere avgjørelse fra EU-domstolen.

GfBk-dommen omhandler bedriften GfBk som inngikk en avtale med et forvaltningsselskap om å levere ulike typer investeringsrådgivningstjenester vedrørende kjøp og salg av verdipapir. Anbefalingene var i tråd med forhåndsavtalte premisser, og forvaltningsselskapet

foretok selv ingen selvstendig vurdering av rådene (sett bort fra formelle ting som lovligheten av investeringen o.l.). Som underleverandør hadde GfBk ingen investeringsfullmakt, da denne myndigheten lå til forvaltningsselskapet. Et av spørsmålene for retten var om GfBks tjenester var unntatt som «forvaltning av investeringsforening», jf. momsdirektivets artikkel 13, punkt B, litra d), nr. 6).

I premiss 21 viser retten til Abbey National-dommen, og fastslår at ytelser fra tredjemann kan omfattes av momsunntaket hvis de, sett under ett, utgjør «en særskilt helhet og (...) spesifikke og væsentlige elementer for forvaltningen af investeringsforeninger». I vurderingen av om en tredjemanns tjenester oppfyller disse kravene uttaler retten:

«[Det skal undersøges] hvorvidt den af tredjemand leverede tjenesteydelse vedrørende rådgivning om investering i værdipapirer har en tæt sammenhæng med den virksomhed, der er kendetegnende for et kapitalinvesteringsselskab, således at den opfylder de specifikke og væsentlige funktioner for forvaltningen af en investeringsforening».⁵⁵

Uttalelsen utbroderer til en viss grad hva som ligger i kravene fra Abbey National-dommen, da det stilles et krav om en tett sammenheng mellom investeringsrådgivningstjenesten fra underleverandør, og tjenesten som utføres av forvaltningsselskapet. En slik tett sammenheng anses nødvendig for at tjenesten fra underleverandøren skal oppfylle spesifikke og vesentlige funksjoner for forvaltning av investeringsforeninger. Retten legger deretter til grunn at investeringsrådgivning lik den GfBk har gitt, har en tett sammenheng med forvaltningsselskapets virksomhet.⁵⁶ At slik rådgivning ikke er særskilt nevnt i rekken av unntatte forvaltningstjenester som opplistes i Abbey National-dommen,⁵⁷ bli ikke tillatt betydning, da denne oppstillingen ikke blir ansett uttømmende for hva som er unntatt.⁵⁸

GfBk-dommen kan sies å gi uttrykk for en ytterligere utvidelse av hvilke typer tjenester som omfattes av forvaltningsunntaket, da også rene investeringsrådgivningstjenester anses omfattet. Dette er en annen type tjeneste enn det som ble ansett omfattet i Abbey National-dommen, da det her var tale om administrative tjenester. Selv om arten av tjenestene er forskjellig, er imidlertid grunnlaget for hvorfor de anses unntatt det samme. Begge former for

⁵⁵ Premiss 23.

⁵⁶ Premiss 24.

⁵⁷ Se C-169/04, premiss 13, med henvisning til daværende UCITS-direktiv bilag II.

⁵⁸ Premiss 25.

tjenester ble, sett under ett, ansett å utgjøre en særskilt enhet, samt ansett spesifikke og vesentlige for forvaltning av verdipapirfond eller investeringsselskap.

På samme måte som i Abbey National-dommen, begrunnet retten i GfBk-dommen en slik tolkning av unntaket med hensynet til nøytralitet. Retten poengterer at det å avgiftsbelegge GfBks tjenester overfor forvaltningsselskapet, ville begunstige de forvaltningsselskap som selv utfører investeringsrådgivningsdelen av forvaltningsoppdraget avgiftsfritt.⁵⁹

På bakgrunn av det ovennevnte kan det stilles spørsmål om ikke investeringsrådgivning alltid vil være omfattet av unntaket i mval. § 3-6 g). Råd om hvilke aksjer og verdipapirer det bør investeres i vil alltid utgjøre et helt grunnleggende element i et forvaltningsoppdrag.

Investeringsrådgivning vil dermed i de fleste tilfeller kunne karakteriseres som spesifikk og vesentlig for forvaltning av investeringsselskap. Et skille vil naturligvis gå mot investeringsrådgivning som ikke er ytt i forbindelse med forvaltning. Dette tydeliggjøres av kravet oppstilt i GfBk-dommen om tett sammenheng mellom rådgivningen og forvaltningen.

Grensedragningen mellom investeringsrådgivning ytt i forbindelse med forvaltning og annen rådgivning har kommet på spissen i et vedtak fra Skatteetaten datert 17.9.2014 om etterberegning av inngående merverdiavgift.⁶⁰ Bakgrunnen for vedtaket er at selskapet fakturerte finansiell rådgivning til en utenlandsk klient som fritatte rådgivningstjenester etter mval. § 6-22. Selskapet gjorde dermed fullt ut fradrag for inngående merverdiavgift i forbindelse med rådgivningen. Skatt øst mente på sin side at tjenestene var delvis unntatt forvaltning av investeringsselskap etter § 3-6 g), og delvis avgiftspliktig rådgivning. Det ble dermed fattet vedtak om krav om tilbakeføring av inngående merverdiavgift for den del som falt på den unntatte forvaltningstjenesten, noe selskapet påklaget.

Selskapet anfører i vedtaket at det etter Finansdepartementets fortolkningsuttalelse av 15. juni 2001 er et krav om reell kapitalforvaltning hvor vesentlige deler av oppfølgingsarbeidet foregår i forvalterselskapet, for at tjenester skal bli ansett som «forvaltning av investeringsselskap». De fremhever i forlengelsen av dette at de ikke har oppgaver knyttet til administrasjon av investeringsselskapet de bistår. Selskapet viser videre til BFU 15/08, hvor de hevder å utlede et krav om at tjenesteyteren skal ha ansvaret for den vesentlige

⁵⁹ Premiss 31.

⁶⁰ Vedtaket er unntatt offentlighet, og nærmere dokumentbeskrivelse er derfor ikke tilgjengelig. Innsyn er gitt undertegnede av Guri Lindblad fra Skatt Vest (undertegnedes veileder), som har bekreftet at den som sensurerer oppgaven vil få innsyn ved forespørsel.

administrasjonen av investeringsselskapet for å være omfattet av unntaket i § 3-6 g). Det påpekes også at selskapet ikke utfører noen av de administrative ytelsene som listes opp i Abbey National-dommen fra EU-domstolen.

Avslutningsvis anfører selskapet at momentene fra EU-domstolens praksis om at tjenester er omfattet av forvaltningsunntaket hvis de utgjør en særskilt enhet og er spesifikke og vesentlige for forvaltning av investeringsselskap, kun gjør seg gjeldende hvis det er tale om en underleverandørs tjenester til en hovedleveranse som er unntatt avgift. Siden selskapet her ikke er en underleverandør, legger de til grunn at GfBk-dommen ikke kan begrunne en klassifisering av rådgivningstjenestene som unntatte forvaltningstjenester.

Ved å innfortolke et krav om at et selskap må være underleverandør for at GfBK-dommens slutninger skal komme til anvendelse, bygger dermed selskapets argumentasjon i grove trekk på at administrativt ansvar er et vilkår for å omfattes av § 3-6 g). Siden selskapet ikke har administrativt ansvar i særlig grad, anser de ikke sine tjenester som unntatte forvaltningstjenester.

Vedtaket fortsetter med en gjennomgang av nåværende rettstilstand, en gjennomgang som i all hovedsak samsvarer med det som er gjennomgått i denne oppgavens kapittel 3, 4 og 5. Jeg finner det dermed ikke hensiktsmessig å referere ytterligere fra denne delen av vedtaket.

I vedtakets punkt 6 foretar Skatt øst en vurdering av selskapets tjenester. Innledningsvis slås det fast at selskapet yter arbeid i både forkant og etterkant av aktuelle investeringer, og at de også utfører arbeid i tilknytning til oppfølging av foretatte investeringer. Videre konkluderer Skatt øst med at selskapets investeringsrådgivningstjenester overfor investeringsselskapet skal avgiftsmessig skilles fra den rådgivningen selskapet gir overfor porteføljeselskapene (aktivt eierskap). Hovedytelseslæren kommer etter Skatt Østs syn ikke til anvendelse.⁶¹

Ved vurderingen av investeringsrådgivningstjenestene overfor investeringsselskapet viser Skatt øst til FINs fortolkningsuttalelse, og det uttales at «tjenester knyttet til reell kapitalforvaltning hvor vesentlige deler av oppfølgingsarbeidet foregår i forvaltningsselskapet vil falle inn under unntaket for finansielle tjenester». Det konkluderes deretter med at selskapet har det helhetlige og løpende ansvaret for forvaltningen av investeringsfondene, noe som begrunnes i at selskapet har ansvar fra oppstart til avslutning («vugge til grav»-perspektiv) av fondene. Tjenestene blir dermed, i tråd med momentene fra GfBk-dommen,

⁶¹ For nærmere om dette, se denne oppgavens kapittel 6.

ansett å samlet sett være en helhet som er spesifikke og essensielle for forvaltningen av investeringsfondene.

Det er vanskelig å se noe annet enn at Skatt øst konkluderer riktig angående spørsmålet om investeringsrådgivningstjenestene overfor investeringsselskapet kan være unntatt forvaltning. Som den tidligere gjennomgangen av GfBk-dommen viser, finnes det ingen rettskildemessig støtte for selskapets syn om at dommens premisser kun kan legges til grunn der det er tale om ytelse fra underleverandør til hovedleverandør. En slik tolkning vil stride mot begrunnelsen som er lagt til grunn i dommen, nemlig hensynet til nøytralitet. Dommen fremhever at selskap som utkontraherer til underleverandør ikke skal stilles forskjellig fra det selskap som selv utfører investeringsrådgivningsdelen av forvaltning. Skulle selskapet blitt hørt med sin anførsel, ville man sett bort fra dette hensynet kun fordi det i den aktuelle saken ikke gagnet selskapet rent avgiftsmessig.

At selskapet selv har spesifisert tjenestene som rådgivning (og ikke forvaltning), vil naturligvis ikke kunne vektlegges i vurderingen. Skulle et slikt moment få gjennomslagskraft hadde man risikert at det som i praksis er samme (forvaltnings)tjeneste blir spesifisert med forskjellige navn ut fra om tjenestene leveres i Norge eller eksporteres, slik at selskap kan levere unntatte forvaltningstjenester i Norge, og fritatte rådgivningstjenester til utlandet.

5 Avgiftsmessig bedømmelse av sammensatte ytelser

5.1 Sammensatte ytelser

I avgiftsretten brukes begrepet «sammensatt ytelser» i de tilfeller hvor to eller flere tjenester med ulik avgiftsstatus leveres med en slik sammenheng at det avgiftsmessig må anses som én ytelse.⁶² Hva gjelder området for finansielle tjenester kan dette skje der det ytes en samlet levering av flere enkelttjenester, hvor en tjeneste isolert sett er en unntatt tjeneste etter mval. § 3-6, mens en annen tjeneste isolert sett ikke omfattes av unntaket. I forlengelsen av dette oppstår en toleddet avgiftsrettslig problemstilling. For det første må det tas stilling til om de ulike tjenestene skal følge utgangspunktet om separat behandling, eller om den samlede leveringen skal anses som én sammensatt ytelse. For det andre blir spørsmålet om den samlede leveringen skal ilegges eller unntas avgift.

Sistnevnte problemstilling kan ikke løses alene ut fra mval. §§ 4-1 og 4-2. Disse bestemmelsene setter ikke opp vilkår for når en sammensatt levering bestående av flere enkelttjenester avgiftsmessig skal anses som én ytelse. Vilkårene for når en sammensatt ytelse foreligger, samt hvilken avgiftsstatus den sammensatte ytelsen skal få, er utviklet gjennom rettspraksis. Grovt sett kan de norske domstolenes bedømmelse deles opp i to ulike metoder; «nødvendig og integrert»-læren og hovedytelseslæren. Rekkevidden av de to metodene kan neppe anses å være avklart, og det kan problematiseres om de to metodene er forenelige eller ikke. Som nevnt under punkt 1.1.4 er det ikke rom for en slik drøftelse i denne oppgaven, og jeg vil kun presentere de ulike metodene så langt det er nødvendig for å fastslå gjeldende rett for bedømmelse av sammensatte finansielle tjenester.

5.2 «Nødvendig og integrert»-læren

«Nødvendig og integrert»-læren har sitt utspring i Rt. 2004 s. 2000 (Geelmuyden.Kiese). Saksforholdet omhandlet rådgivningsselskapet Geelmuyden.Kiese (GK), som hadde tatt på seg oppgaven med utarbeiding og trykking av årsberetninger og andre publikasjoner for sine

⁶² Begrepsbruken kommer bl.a. til uttrykk i Sundal/Carnegie-dommen (avsnitt 53) hvor Høyesterett bruker begrepet «sammensatt oppdrag».

kunder i forbindelse med rådgivningsoppdrag. Spørsmålet var om GK kun skulle beregne merverdiavgift på den del av vederlaget som knyttet seg til selv trykkingen av publikasjonen (som var en avgiftspliktig vare), og ikke for arbeidet med årsberetningen (som da var en avgiftsunntatt tjeneste).

Førstvoterende formulerer i avsnitt 30 den overordnede problemstillingen:

«Spørsmålet er om den sammenheng det her er mellom rådgivningen og det ferdige produktet - de trykte publikasjonene - medfører at det skal beregnes utgående merverdiavgift også av den delen av vederlaget som gjelder rådgivningen».

Vurderingen for Høyesterett var altså om tjenestenes innbyrdes sammenheng medførte at utgangspunktet om separat bedømmelse av hver tjeneste måtte fravikes.

I avsnitt 40 påpeker retten at siden GK har påtatt seg ansvaret for å publisere en trykt publikasjon, kan ikke de ulike elementene i tjenesten ansett å være omsatt som selvstendige ytelser. Høyesterett uttaler at «[d]et er ikke naturlig å betrakte rådgivningstjenestene som et avtalt tillegg til den tekniske produksjonen av publikasjonene. De redaksjonelle tjenester var en helt nødvendig og integrert del av det produkt som kundene hadde bestilt».

Dommen illustrerer hvordan de i utgangspunktet avgiftsunntatte rådgivningstjenestene smittes av avgiftsplikt som følge av at de var nødvendige og integrerte for trykkingen av det endelige produktet – de avgiftspliktige publikasjonene. Høyesterett foretar en vurdering basert på den objektive sammenhengen mellom ytelsene, og finner at denne er så tett at tjenestene ikke skal avgiftsbehandles separat. At tjenestene er spesifisert separat på fakturaene fra GK blir ikke funnet viktig nok for å opprettholde utgangspunktet om individuelle behandling.

Høyesterett følger opp standpunktet fra Geelmuyden Kiese-dommen i Rt. 2012 s. 1547 (NCL). Faktum dreide seg her om det norske advokatfirmaet Norwegian Claims Link (NCL), som ved advokatbistand til utenlandske klienter kun beregnet merverdiavgift på den delen av arbeidet som knyttet seg til prosesskritt i Norge. Det juridiske forarbeidet ble av advokatfirmaet ansett som en unntatt fjernleverbar tjeneste, og følgelig fakturert uten merverdiavgift. Et enstemmig Høyesterett kom til at all bistanden fra NCL skulle faktureres med merverdiavgift.

I avsnitt 35 uttaler førstvoterende, i tråd med vurderingsmomentet i Geelmuyden Kiese-dommen, at: «[v]ed vurderingen tar jeg utgangspunkt i hva som mest naturlig kan anses som selve *omsetningsobjektet* i saken - hvilken tjeneste som er omsatt». Videre fremheves det i avsnitt 36 at det juridiske forarbeidet i saken er «ytelser som naturlig inngår som del av slike [prosess]oppdrag, og som det er nærliggende å se på som nødvendige og integrerte deler av tjenesten».

Selv om det i denne saken var tale om to likeartede tjenester som dannet én ytelse, mens det i Geelmuyden Kiese-dommen var tale om to forskjellige tjenester som resulterte i én vare, opprettholder Høyesterett en vurdering som tar utgangspunkt i omsetningsobjektet.

Høyesterett virker i disse dommene å gi forenkling- og kontrollhensyn en sentral rolle i bedømmelsen av ytelsene. Ved å ta utgangspunkt i den sammensatte ytelsenes siste element – i disse tilfellene den avgiftspliktige varen/tjenesten – for deretter å vurdere om elementene som leder frem til den avgiftspliktige er så integrerte at de må underlegges samme avgift, legger Høyesterett til grunn en metode som lettere vil kunne gi «enten/eller»-resultat. Man får på denne måten et klart utgangspunkt for vurderingen i ytelsenes endelige element, før man basert på en objektiv tilknytning vurderer om de andre elementene skal gis samme avgiftsstatus eller ikke.

«Nødvendig og integrert»-læren kan ut fra hensynet til forutberegnelighet være fordelaktig, da avgiftssubjektene kan forholde seg til vare-/tjenesterekkenes sluttprodukt ved avgiftsbedømmelsen. Likevel ser man at en slik løsning i hovedsak er anvendelig ved sammensatte ytelser som resulterer i *ett* omsetningsobjekt, da omsetningsobjektet danner utgangspunktet for vurderingen av sammenhengen mellom tjenestene. I tilfeller av sammensatte ytelser som ikke resulterer i ett omsetningsobjekt vil det derimot være vanskeligere å legge denne metoden til grunn. Ofte vil de ulike elementene i sammensatte ytelser ytes fortløpende og parallelt, og det kan være vanskelig å fastlegge hva som står igjen som omsetningsobjektet. Dette vil også være typisk for sammensatte ytelser ved omsetning av finansielle tjenester, og også ved forvaltning av investeringsselskap. Dette kan være noe av grunnen til at sammensatte finansielle ytelser har vært underlagt en annen metode ved den avgiftsmessige bedømmelsen.

5.2 Hovedytelseslæren

5.2.1 Hovedytelseslæren som en del av norsk rett

Høyesterett anvendte hovedytelseslæren for første gang i Sundal/Carnegie-dommen. Saken omhandlet i grove trekk to verdipapirforetak som solgte «corporate finance»-tjenester; en samlet levering bestående av både megler- og rådgivningstjenester. Meglertjenester var da unntatt merverdiavgift, mens rådgivningstjenestene var avgiftspliktige. Første halvdel av dommen er knyttet til spørsmål om hvilke deler av tjenestene som skulle anses som unntatte meglertjenester.⁶³ Et annet spørsmål for retten var om hele «corporate finance»-tjenesten avgiftsmessig skulle anses som én sammensatt ytelse.

I avsnitt 53 uttaler Høyesterett:

«[Det må] først vurderes om det er grunnlag for å si at det er utført to selvstendige oppdrag, eller om de ulike tjenestene er slik knyttet sammen at det hele må sees som ett sammensatt oppdrag. Når en står overfor et sammensatt oppdrag, vil godtgjørelsen i sin helhet enten være avgiftspliktig eller avgiftsfri».

Høyesterett viser her hvordan en tilstrekkelig tilknytning mellom de ulike tjenestene kan medføre én samlet avgiftsbehandling.

Høyesterett henviser i avsnitt 55 til EU-domstolens avgjørelse i Volker Ludwig-dommen, premiss 17 og 18, og de legger til grunn at norsk rett skal følge de samme retningslinjer som oppstilt i EU-domstolens praksis ved avgiftsbedømmelsen av sammensatte ytelser. Det avgjørende vurderingsmomentet «er hvilke elementer som særlig karakteriserer den aktuelle transaksjonen». Høyesterett uttaler at «[f]ormålet klart vil ha betydning i denne sammenheng», men det understrekes videre at «det ikke er tale om å vurdere målet for prosjektet som sådant, men hva som fra oppdragsgivers side er hovedsiktemålet med tjenestene fra den enkelte tjenesteyter isolert sett».

I selve subsumsjonen tar Høyesterett utgangspunkt i (mandat)avtalen mellom partene for å fastslå hva som er hovedsiktemålet med tjenestene.⁶⁴ Det uttales at avtalen ikke kan leses isolert, men at den «må vurderes ut fra den faktiske situasjonen da ABG Sundal Collier ble

⁶³ Se kapittel 3.1.

⁶⁴ Avsnitt 57 flg..

gitt oppdraget».⁶⁵ Vurderingen av hva som er hovedsiktemålet baseres seg dermed på en helhetsvurdering av hva partene la til grunn ved avtaleinngåelsen. Høyesterett vurderer for ABG Sundal Colliers tilfelle at «den aktivitet som naturlig ville vært omfattet av et ordinært megleroppdrag, er så vidt ubetydelig at ABG Sundal Collier ikke kan sies å ha opptrådt som megler».⁶⁶ Siden meglerelementet av ytelsen da får en underordnet rolle sammenlignet med rådgivningselementet, gjør hovedytelseslæren at tjenesten blir avgiftspliktig i sin helhet som en sammensatt ytelse.

Samme synspunkt blir lagt til grunn hva gjelder Carnegies tjenester overfor Gjensidige (som var avtalepart også for ABG Sundal Collier), hvor Høyesterett uttaler at det «ikke under noen omstendighet [er] grunnlag for å se meglertjenesten som hovedytelsen ved oppdraget».⁶⁷

Hva gjelder Carnegies tjenester overfor Norsk Hydro, tar Høyesterett også her utgangspunkt i mandatavtalen mellom partene. Etter en vurdering av avtalen og omstendighetene rundt den, uttaler førstvoterende at det forberedende rådgivningselementet er av en «sekundær og underordnet karakter, som etter Volker Ludwig-dommen avgiftsmessig skal følge hovedytelsen».⁶⁸ Høyesterett konkluderer derfor med at tjenesten samlet sett fremstår som et megleroppdrag.⁶⁹

Sundal/Carnegie-dommen bekrefter at EU-domstolens praksis for bedømmelsen av sammensatte ytelser har direkte relevans også for norsk merverdiavgiftsrett. Etter dommen er det klart at hovedytelseslæren er metoden som skal anvendes på området for finansielle tjenester. Høyesterett legger til grunn samme utgangspunkt som EU-domstolen, og i subsumsjonen vurderer Høyesterett det konkrete saksforholdet opp mot vurderingsmomenter utledet av EU-domstolen. Det må derfor ses hen til praksis fra EU-domstolen for mer konkretiserte retningslinjer og vurderingsmomenter.

5.2.2 Retningslinjer og vurderingsmoment fra EU-domstolen

5.2.2.1 C-349/96 (Card Protection Plan)

⁶⁵ Avsnitt 63.

⁶⁶ Avsnitt 65.

⁶⁷ Avsnitt 74.

⁶⁸ Avsnitt 90.

⁶⁹ Avsnitt 91.

Card Protection Plan-dommen omhandlet firmaet CPP som solgte én tjenestepakke bestående av både forsikrings- og kortregistreringstjenester. Forsikringstjenestene var en finansiell tjeneste unntatt merverdiavgift, mens kortregistreringsytelsene var avgiftspliktig. Et av spørsmålene for EU-domstolen var om en slik samlet tjenestepakke avgiftsmessig skulle anses som flere ytelser eller en sammensatt ytelse.

I premiss 29 viser retten til de grunnleggende utgangspunktene om at en hver levering av tjenester i utgangspunktet skal anses som «en uafhængig og selvstændig levering», men at «leveringen af en ydelse, der i økonomisk henseende er en enkelt ydelse ikke kunstigt må opdeles for ikke at ændre momssystemets sammenhæng».

Utsagnet viser at en individuell vurdering av hver enkelt levering også er hovedregelen på EU-rettens område. Hovedregelen nyanseres imidlertid av at det ikke skal foretas kunstig oppsplitting av ytelser. Retten gir deretter et utgangspunkt for vurderingen av om den samlede leveringen skal splittes opp eller ikke:

«[Det må] undersøges, hvad der særligt karakteriserer den pågældende transaktion, og herigennem afgøres, om den afgiftspligtige person til forbrugeren, forstået som en gennemsnitsforbruger, leverer flere uafhængige hovedydelser eller en enkelt ydelse».⁷⁰

Etter dette er utgangspunktet for vurderingen hva som særlig karakteriseres leveringen, og om den leverte tjenesten, sett fra en gjennomsnittsforsbrukers ståsted, er en levering av flere hovedytelser eller en enkelt ytelse.

I premiss 30 definerer retten vilkårene for når en tjeneste bestående av flere ulike elementer avgiftsmessig skal ses som én levering. En sammensatt levering foreligger dersom et eller flere elementer kan anses å være «hovedleveringen», mens andre elementer kan anses som «sekundære ydelser, der er avgiftsmæssigt stillet som hovedydelsen». Avgjørende for om noe skal anses som en sekundær ytelse er om ytelsen «ikke for kunderne udgør et mål i sig selv, men et middel til at udnytte tjenesteyderens hovedydelse på de bedst mulige betingelser».

EU-domstolen legger her til grunn en toleddet vurdering. Det må først vurderes hvilken del av ytelsen som er kundens formål ved kjøp av tjenesten, før man deretter vurderer om støtteytelsen(e) utelukkende fremmer hovedytelsen, eller om støtteytelsen(e) har et

⁷⁰ Premiss 29.

selvstendig formål for kunden. Vurderingsmomentenes utforming medfører at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Retten uttaler videre at det ikke kan ha avgjørende betydning at den som yter tjenestene kun fakturerer én pris, men at et samlet vederlag kan være et argument for at kunden oppfatter leveringen som en ytelse.⁷¹ At vederlagets utforming ikke kan være avgjørende har sin begrunnelse i omgåelseshensyn, da en slik løsning ville gitt muligheter for avgiftsmessig tilpasning fra avgiftssubjektene.

5.2.2.2 C-41/04 (Levob)

Synspunktene i CPP-dommen er fulgt opp i Levob-dommen. Saken omhandlet det nederlandske firmaet Levob som kjøpte en basis-software av et amerikansk firma (FDP) i USA. Etter avtalen skulle FDP tilpasse softwaren for Levob slik at den kunne brukes i Nederland, og de skulle også installere softwaren og gi Levobs ansatte tilstrekkelig opplæring i programmet. I sin momsoppgave la Levob til grunn at de kun skulle betale avgift for den delen av vederlaget som knyttet seg til installeringen og tilpasningen av softwaren, og ikke for den delen av vederlaget som knyttet seg til kjøpet av softwaren i USA. Myndighetene anså på sin side hele ytelsen – fra kjøp av basis-softwaren til tilpasning og installering - som én avgiftsunntatt tjeneste. Et av spørsmålene for EU-domstolen var om de ulike elementene i et slikt oppdrag skulle ses som én sammensatt ytelse, og hvis ja; om ytelsen var en avgiftspliktig tjeneste.

Retten foretar i premiss 19-21 en gjennomgang av momentene fra CPP-dommen.⁷² I premiss 22 uttaler retten:

«[D]et forholder sig på samme måde, når to eller flere omstændigheder eller handlinger, som en afgiftspliktig person leverer til forbrugeren, forstået som en gennemsnitsforbruger, er så nært forbundet, at de objektivt set udgør en enkel udelelig ydelse, som det ville være kunstigt at opdele».

Retten markerer her hvordan to ytelsers innbyrdes sammenheng er avgjørende for om de vil være kunstig å opdele i to enkeltstående ytelser. En sammensatt ytelse vil foreligge hvis

⁷¹ Premiss 31.

⁷² Slik beskrevet i kapittel 5.2.2.1.

tjenestene fra forbrukerens ståsted, forstått som en gjennomsnittsforbruker, er så nært forbundet at de objektivt sett fremstår som én udelelig ytelse.

I den konkrete vurderingen kommer retten i premiss 24 til at ytelsen fra FDP til Levob «har til formål, at en avgiftspliktig person leverer en forbruger en anvendelig software, der specifikt er tilpasset denne forbrugers behov». Retten understreker her at formålet med ytelsen for kjøperen, objektivt sett, er å motta en tilpasset software. Siden dette er formålet, konkluderer retten med at vil skje en kunstig oppsplitting hvis man anser kjøpet av en basis-software, som isolert sett ikke er anvendelig for kjøperen, som en enkeltstående ytelse.

Retten følger deretter opp CPP-dommen i det den legger til grunn at leverandørens splitting av vederlag (i henholdsvis salg av software/tilpasning/installasjon) ikke er avgjørende for avgiftsspørsmålet. Dette fordi oppdelingen av vederlaget ikke vil ha «nogen indvirkning på den objektivt set nære forbindelse» mellom leveringen av softwaren og installasjonen.⁷³

Etter dette blir hele tjenesten ansett som én sammensatt ytelse.⁷⁴ I vurderingen av om denne ytelsen skal anses som en momspliktig tjeneste, legger retten til grunn at det dominerende elementet i tjenesten er tilpasningen og installasjonen av softwaren, da det er disse tjenestene som gjør ytelsen brukelig for kunden.⁷⁵ Konklusjonen blir dermed at hele den sammensatte ytelsen er en avgiftspliktig tjeneste.⁷⁶

Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger en sammensatt ytelse er noe annerledes i Levob-dommen enn i CPP-dommen, da retten i Levob-dommen vurderer om den samlede leveringen fremstår «udelelig». I CPP-dommen var det avgjørende hva som særlig karakteriserte leveringen, og om den leverte tjenesten, sett fra en gjennomsnittsforbrukers ståsted, var en levering av flere hovedytelser eller en enkelt ytelse. Det var således ikke et vilkår at de forskjellige ytelsene for forbrukeren fremsto som udelelige. Etter premiss 22 i Levob-dommen synes det likevel klart at retten ikke ønsker å endre utgangspunktet for vurderingen av når en sammensatt ytelse foreligger, men at «udelelig» som vurderingstema er et alternativt utgangspunkt for vurderingen.⁷⁷

⁷³ Premiss 25.

⁷⁴ Premiss 26.

⁷⁵ Premiss 27-29.

⁷⁶ Premiss 30.

⁷⁷ Se ordlyden «[d]et forholder sig på samme måde», ved henvisning til utgangspunktene i CPP-dommen.

Etter Levob-dommen er det derfor klart at det foreligger en sammensatt ytelse der samlet leverte tjenester fremstår udelelige. Momentene i CPP-dommen viser likevel at dette ikke er et absolutt vilkår, i alle fall ikke der vurderingen av den samlede leveringen knytter seg til om leveringen er en sammensatt finansiell tjeneste. Dette synspunktet underbygges etter min mening ytterligere av EU-domstolens avgjørelse i C-453/05.

5.2.2.3 C-453/05 (Volker Ludwig)

Momentene fra CPP-dommen blir fulgt opp av EU-domstolen i Volker Ludwig-dommen. Faktum knyttet seg til en samlet levering bestående av både avgiftspliktig rådgivning og en avgiftsunntatt finansielle tjeneste: formidling av lån. Et av spørsmålene for retten var om tjenesten avgiftsmessig skulle anses som én levering.

Retten viser i premiss 17 og 18 til momentene fra CPP-dommen om hva som skal til for at noe må anses som en sammensatt ytelse. Retten konkluderer deretter med at formidlingen av lånetjenestene fremstår som hovedformålet for forbrukeren, mens den avgiftspliktige rådgivningen kun er sekundærtelser som i seg selv ikke utgjør et mål for kunden. Sekundærtelsen må dermed følge avgiftsstatusen til hovedytelsen.⁷⁸

I Volker Ludwig-dommen blir det ikke vist til Levob-dommen, og vurderingsmomentet om at ytelsen for forbrukeren fremstår «udelelig». Dette underbygger at vilkåret om at tjenestene er udelelige ikke er et vilkår når man vurderer om en samlet levering skal anses som én sammensatt finansiell tjeneste. Det avgjørende må være om den samlede leveringen for gjennomsnittsfbrukeren fremstår som en levering av flere hovedytelser, eller som én hovedytelse med tilhørende sekundærtelser.

5.2.2.4 Norsk underrettspraksis

Hovedytelseslæren er, i tillegg til i Sundal-Carnegie-dommen, senere blitt fulgt opp i norsk underrettspraksis. I LB-2008-184780 (Grieg Investor AS)⁷⁹ var spørsmålet for lagmannsretten om en tjeneste bestående av både avgiftsfri ordreforidling og avgiftspliktig rådgivning skulle avgiftsbehandles under ett, og hvis ja; om den i sin helhet skulle være avgiftsbelagt eller fritatt.

⁷⁸ Premiss 19 og 20.

⁷⁹ Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2010-297-U.

Lagmannsretten fant at den tilbudte tjenesten i saken var naturlig å se som «én tjeneste (bestående av to elementer), ikke som to separate tjenester». Dette fordi det var en «så nær sammenheng mellom de to elementene». Å splitte tjenesten for avgiftsbehandlingen ble ansett som «lite hensiktsmessig, ut fra hensynet til å kunne forvalte avgiftssystemet på en praktikabel måte (avgiftstekniske/rettstekniske hensyn)». Lagmannsretten fant at praktiske hensyn talte for «å se på hvilket element som kan betegnes som *hovedytelsen*».

I vurderingen av hva som var hovedytelsen tok retten utgangspunkt i hva kunden «primært [var] ute etter». Dette ble ansett å være tilbyderens rådgivning, og ikke den tekniske gjennomføringen av de konkrete transaksjonene (ordreformidlingen). Konklusjonen ble dermed at leveringen av tjenesten ble ansett som avgiftspliktig i sin helhet.

Synspunktet er fulgt opp i LB-2011-179629 (Regus)⁸⁰, som omhandlet utleie av «grunnpakker» inneholdende kontorlokaler og fellesareal og rett til å benytte en rekke tilleggstjenester. Lagmannsretten kom til at utleien i sin helhet skulle anses som én avgiftsunntatt ytelse – utleie av fast eiendom.

I sin vurdering viser Lagmannsretten innledningsvis til EU-retten, og særlig CPP-dommen, for å forankre sin bruk av hovedytelseslæren. Retten tar deretter utgangspunkt i en «objektivisert vurdering» av hva som er «hovedinteressen» for kunden ved kjøp av en sammensatt ytelse. Det objektive elementet i vurderingen er tilsynelatende mer fremtredende enn hva som var tilfellet i Sundal/Carnegie-dommen, hvor Høyesterett tok utgangspunkt i «hva som fra oppdragsgivers side er hovedsiktemålet med tjenestene fra den enkelte tjenesteyter isolert sett».⁸¹

Selv om ordlyden i en domsslutning ikke skal tolkes like inngående som i en lovbestemmelse, kan det virke som om Lagmannsretten strekker det objektive momentet i vurderingen noe lengre enn hva EU-domstolen har lagt opp til. Denne tilnærmingen kan tolkes som et ønske om å sammenfatte «nødvendig og integrert»-læren fra Geelmuyden.Kiese- og NCL-dommen med EU-rettens hovedytelseslære.⁸²

⁸⁰ Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2013-1467-U.

⁸¹ Avsnitt 55.

⁸² I tråd med kapittel 1.1.4 vil dette ikke drøftes ytterligere.

Som tidligere vist må imidlertid Sundal/Carnegie-dommen ses på som en bekreftelse av at hovedytelseslæren, slik den er utviklet gjennom EU-rettens praksis, gjelder på området for finansielle tjenester.⁸³

⁸³ Avsnitt 55.

6 Hovedytelseslæren og mval. § 3-6 g)

6.1 Når kan hovedytelseslæren komme til anvendelse?

Vurderingskriteriene etter hovedytelseslæren kan i teorien åpne for en rekke sekundærtelser som avgiftsmessig skal bedømmes som hovedytelsen, da det skal tas utgangspunkt i hva som er kundens hovedformål ved anskaffelsen av tjenesten. Et investeringsselskap som anskaffer seg en forvaltningstjeneste kan dermed, så fremt hovedytelseslæren kommer til anvendelse, motta en rekke sekundære ytelser under samme avgiftsunntak. Sett i lys av det grunnleggende hensynet om streng fortolkning av unntaksregler, må det derfor vurderes kritisk i hvilken grad hovedytelseslæren kan brukes ved anvendelse av § 3-6 g.

Ved vurderingen av hva som er “forvaltning” etter § 3-6 g må det i mange tilfeller foretas en form for helhetsvurdering. Tjenestene må da vurderes samlet, og etter dette være karakteristisk for «forvaltning av investeringsselskap».⁸⁴ Det at det i mange tilfeller må foretas en slik samlet helhetsvurdering, gjør at det kan være vanskelig å skille ut tjenester som i sin natur er «forvaltning». I et hovedytelsesperspektiv kan det dermed være vanskelig å skille ut den enkeltstående tjenesten som eventuelt utgjør kundens hovedformål.

På bakgrunn av det som er gjort rede for i kapittel 4.3 må det likevel kunne legges til grunn at flere tjenesteoppdrag er «forvaltning av investeringsselskap», jf. bl.a. EU-domstolens praksis⁸⁵, Finansdepartementets fortolkningsuttalelse og Skattedirektoratets fellesskriv. For å understreke poenget mitt vil jeg vise til et tenkt scenario:⁸⁶

Investeringselskap A inngår en avtale med forvaltningsselskap B om at B skal forvalte As selskapsportefølje. Forvaltningsoppdraget består i at B skal vurdere gevinst og risiko ved ulike salg og kjøp av aksjer og verdipapir. Det administrative arbeidet både i forkant, underveis og etter investeringen skal utføres av B. I dette ligger det at B skal utarbeide strategier og markedsanalyser, gi utredninger om mulige målselskaper, innhente rapporter fra porteføljeselskapene, samt løpende underrette investorene om utviklingen. B gis fullmakt

⁸⁴ Se kapittel 4.3.

⁸⁵ Se særlig opplistingen i Abbey National-dommen.

⁸⁶ Med konkrete forvaltningstjenester hentet fra FINs fortolkningsuttalelse og SKDs fellesskriv.

både til kjøp og salg av eierandeler. B har dermed både det materielle og formelle ansvaret for alle investeringer, fra forberedelses- til salgsstadiet (vugge til grav-perspektiv).

Hvis dette oppdraget ytes slik det er avtalt, er det klart at det er inngått en avtale om at B overfor A skal yte «forvaltning av investeringsselskap». Selv om avtalen innebærer en rekke forskjellige oppgaver, hvor mange av dem ville vært avgiftspliktige hvis de var ytt isolert, er det klart at oppdraget beskrevet i avtalen *er* en unntatt forvaltningstjeneste etter § 3-6 g.⁸⁷

Problemstillingen som danner utgangspunktet for vurderingene som foretas i dette kapitlet vil dermed være som følger: Når en avtalt ytelse kan defineres som «forvaltning av investeringsselskap» - i hvilken grad kan tilleggstjenester som *ikke* defineres som forvaltning unntas i tråd med hovedytelseslæren?

At hovedytelseslæren i utgangspunktet kan anvendes i samsvar med unntakene i § 3-6 må sies å være udiskutabelt, jf. Høyesteretts uttalelser i Sundal/Carnegie-dommen. På mange måter vil man ved en vurdering av et § 3-6 g-tilfelle ha det samme utgangspunktet som i nevnte dom. I dommen var et av spørsmålene om avgiftspliktige rådgivningstjenester kunne unntas i form av å være sekundærytelser til finansielle meglingstjenester. På samme måte må derfor sekundærytelser til unntatt forvaltning kunne unntas merverdiavgift i tråd med hovedytelseslæren, så fremt de resterende vilkår for å anvende hovedytelseslæren foreligger.

Som vist er hovedytelseslæren et unntak fra hovedregelen om separat avgiftsrettslig bedømmelse av hver enkelt tjeneste. Unntaket er begrunnet i hensynet til at ytelser bestående av flere enkelttjenester ikke skal kunstig oppsplittes. At en splitting av tjenester fremstår som kunstig er dermed inngangsvilkåret for at hovedytelseslæren kommer til anvendelse. Vilkåret vil samtidig fungere som et ytterpunkt for lærens anvendelse, da alle tjenester som naturlig kan splittes fra en eventuell hovedytelse, ikke skal få samme avgiftsmessige behandling som hovedytelsen. På denne måten vil ett og samme hensyn både sette vilkår for når læren *kan* anvendes, og for når den *ikke* kan anvendes.

Om det fremstår kunstig å splitte de ulike tjenestene fra hverandre beror etter Sundal/Carnegie-dommen på hva som særlig karakteriserer leveringen av tjenester/varer, og

⁸⁷ Jf. ovenstående avsnitt og kapittel 4.

om leveringen, sett fra en gjennomsnittsforbrukers ståsted, er en levering av flere hovedytelser eller én enkelt ytelse.⁸⁸

Etter EU-domstolens praksis foreligger det én enkelt ytelse dersom et eller flere elementer kan anses å være hovedleveringen, mens andre elementer kan anses som sekundære ytelser. Avgjørende for om noe skal anses som en sekundær ytelse er om ytelsen for kunden ikke utgjør et mål i seg selv, men et middel til å utnytte tjenesteyterens hovedytelse på best mulig måte.⁸⁹

For å vurdere hovedytelseslærens anvendelighet ved § 3-6 g er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i tilfeller av tjenester som kan reise avgiftsmessige problemstillinger. Særlig er det i de tilfeller hvor den som forvalter investeringsselskapet også utøver «aktivt eierskap» det oppstår problemer i praksis, noe som også er kommentert Skattedirektoratets fellesskriv av 16. mai 2013.⁹⁰ Jeg vil derfor vurdere om denne tjenesten kan unntas i tråd med hovedytelseslæren. Avslutningsvis vil jeg også kort kommentere en annen tjeneste som er kommentert i SKDs fellesskriv: «due diligence».⁹¹

6.2 Typetilfeller

6.2.1 Aktivt eierskap

Aktivt eierskap vil ofte være en del av oppgavene en forvalter utfører for investeringsselskapet. Begrepet viser til (aksje)eierens involvering i porteføljeselskapets ledelse. Den mest utbredte form for aktivt lederskap er å involvere seg i styret til selskapet hvor man har foretatt en investering. For en forvalter vil det innebære aktiv påvirkning av styreledelsen i porteføljeselskapene til investeringsselskapet. Målet er naturligvis å øke porteføljeselskapenes lønnsomhet, og dermed øke investeringsselskapets mulighet for avkastning.

Skattedirektoratet uttaler i punkt 5 i fellesskrivet at «aktiv involvering, som primært knytter seg til arbeid «på innsiden» av enkeltelskaper og ikke investeringsselskapet og dets portefølje, kan etter vårt syn ikke i seg selv anses som «forvaltning av investeringsselskap».

⁸⁸ Se kapittel 5.2.1.

⁸⁹ Se kapittel 5.2.2.

⁹⁰ Punkt 5.

⁹¹ Punkt 6.

Etter dette legger SKD til grunn at «aktører som utelukkende utfører slike og lignende gjøremål for investeringsselskapet som utgangspunkt driver aktivitet utenfor unntaket i mval § 3-6 bokstav g». Utføring av aktivt eierskap i seg selv blir dermed ikke ansett som tilstrekkelig til å karakteriseres som «forvaltning av investeringsselskap».

På en side kan det argumenteres for at aktivt eierskap oppfyller vilkåret. Et selskap som tar på seg å involvere seg på eiersiden vil indirekte drive en forvaltning av porteføljeselskapene, da aktiviteten bidrar til å øke verdien av porteføljen. En slik vid forståelse av forvaltningsbegrepet ville likevel harmonert dårlig med det grunnleggende hensyn om streng fortolkning av unntaksregler, og de kriterier som er oppstilt for at tjenester anses som unntatt forvaltning (se kapittel 4). Det er derfor god grunn til å gi SKD rett i at aktører som utelukkende driver aktivt eierskap for investeringsselskapet i seg selv ikke driver unntatt forvaltning.

Vurderingen blir imidlertid vanskeligere når aktivt eierskap utføres som et tillegg til et forvaltningsoppdrag. Man kan her ta utgangspunkt i den tenkte avtalen i punkt 6.1, og til denne avtalen legge til at forvalter B skal drive aktivt eierskap i porteføljeselskapene til investeringsselskap A. Det legges til grunn at det aktive eierskapet utgjør klart mindre enn halvparten, eksempelvis en fjerdedel,⁹² av forvalterselskapets totale arbeidsoppdrag.

Hva gjelder slike tilfeller uttaler SKD i fellesskrivet at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. SKD finner det vanskelig å gi generelle retningslinjer, da de enkelte avtaleforhold vil variere.⁹³ Det fremheves at det må skje en helhetsvurdering:

«[D]et [må] bl.a. legges vekt på i hvilken utstrekning den aktuelle aktør har en overordnet rolle knyttet til selve porteføljen og/eller investeringsselskapet og hva som kan sies å være det dominerende i avtaleforholdet. Utfallet kan bli at aktiviteten anses unntatt eller MVA-pliktig i sin helhet, eller at den anses delvis unntatt».

Med SKDs henvisning til «hva som kan sies å være det dominerende i avtaleforholdet» antas det at SKD åpner for at hovedytelseslæren kan anvendes. Uavhengig av SKDs underliggende

⁹² Dette vil naturligvis kunne variere fra avtale til avtale, og det er nok en viss uenighet mellom Skatteetaten og forvalterbransjen hva gjelder fordelingen av arbeidstid mellom forvaltning og aktivt eierskap. Det klare premisset anses likevel nødvendig for eksempelets skyld.

⁹³ Noe som har sammenheng med det jeg omtaler i fotnote 61.

mening med utsagnet, er det som tidligere vist rettskildemessig grunnlag for at hovedytelseslæren kan komme til anvendelse.

Ved vurderingen av om aktivt eierskap kan unntas avgift etter hovedytelseslæren tar jeg derfor utgangspunkt i den tenkte avtalen. Etter avtalen er det klart at B vil ha en overordnet rolle knyttet til selve porteføljen og investeringsselskapet. Det vil også være liten tvil om at selve forvaltningen, holdt opp mot med det aktive eierskapet, vil utgjøre det dominerende elementet i avtaleforholdet. Gitt at ytelsen fra B skal anses som et sammensatt oppdrag, vil forvaltningstjenesten være hovedytelsen.

Avgjørende for om hovedytelseslæren kan anvendes slik at også tjenestene knyttet til aktivt eierskap unntas merverdiavgift, er dermed om aktivt eierskap-tjenestene og forvaltningstjenestene naturlig kan splittes fra hverandre i avgiftsbehandlingen, eller om de må ses som én sammensatt ytelse. Spørsmålet blir da om aktivt eierskap-tjenestene for investeringsselskap A ikke utgjør et mål i seg selv, men kun et middel til å utnytte Bs forvaltning av investeringsselskapet på best mulig måte.

I vedtaket gjort rede for i slutten av kapittel 4.3.5, drev det selskapet som ble ansett å drive forvaltning også med aktivt eierskap.⁹⁴ Skatt øst karakteriserer det aktive eierskapet som avgiftspliktig konsulent- og rådgivningsvirksomhet. I neste avsnitt uttaler Skatt øst følgende:

«Skattekontoret vil peke på at selv om tjenestene faktureres under ett til investeringsfondene, er det forskjellige mottakere av tjenestene.

Forvaltningstjenestene gjennomføres ovenfor investeringsfondene, men konsulent- og rådgivningstjenestene gjennomføres ovenfor de selskapene fondene har investert i.

Formålet med tjenestene er forskjellige. Tjenestene ovenfor investeringsfondene går på forvaltning av fondene som sådan, mens tjenestene ovenfor selskapene fondene har investert i, gjelder arbeid i tilknytning til videreutvikling av disse. Skattekontoret vil vise til (...) Sunndal Collier/Carniege-saken, spesielt avsnitt 55 (...). Skattekontoret finner ikke grunnlag for å vurdere tjenestene som [selskapet] utfører som én tjeneste som må vurderes under ett i forhold til avgiftsplikt. (...) Tjenestene må vurderes hver for seg i forhold til merverdiavgiftslovens regler».

⁹⁴ Se pkt. 6 i vedtaket.

Skatt øst fremhever her at forskjellige tjenestemottakere gjør at hovedytelseslæren ikke kan anvendes på et tilfelle hvor forvalter også driver aktivt eierskap. Etter Skatt østs syn medfører de forskjellige tjenestemottakerne for henholdsvis forvaltningen og det aktive eierskapet at elementene naturlig kan splittes opp, og at det dermed ikke foreligger en sammensatt ytelse. Siden aktivt eierskap-handlingene alltid vil rette seg mot porteføljeselskapene, vil Skatt Østs begrunnelse for at hovedytelseslæren ikke kommer til anvendelse gjøre seg gjeldende ved alle tilfeller hvor forvalteren også driver aktivt eierskap.⁹⁵ At det kun er investeringsselskapet som faktureres for begge tjenester mener Skatt øst ikke endrer forholdet.

Synet om at samlet fakturering i seg selv ikke kan være avgjørende for om det foreligger en sammensatt ytelse er i tråd med gjeldende rett på området.⁹⁶ Det er likevel grunn til å se nærmere på Skatt østs begrunnelse for at hovedytelseslæren ikke kan anvendes. Det sentrale i begrunnelsen er at forvaltningen og det aktive eierskapet ytes overfor forskjellige mottakere, og at det dermed er to forskjellige formål med tjenestene. Etter min mening er denne begrunnelsen en forenkling av virkeligheten.

Selv om aktivt eierskap naturligvis er til fordel for porteføljeselskapene, er det grunnleggende formålet bak eierskapet å øke verdien på selskapene, og følgelig verdien på investeringsselskapets portefølje. Aktivt eierskap vil dermed kunne være en sterkt medvirkende faktor for å heve kvaliteten på selve forvaltningstjenesten. Det må derfor i alle tilfeller kunne legges til grunn at det aktive eierskapet har et *delt* formål.

Det er åpenbart at det aktive eierskapet for A kun har verdi så lenge det skjer i ledd av Bs forvaltning av investeringsselskapet. Overfor A vil det aktive eierskapet fra B være et middel for å fremme den forvaltningstjeneste A har betalt for. Selv om aktivt eierskap naturligvis vil ha et selvstendig formål for hvert enkelt porteføljeselskap (i form av positiv selskapsutvikling), vil det ikke være et *selvstendig* formål med det aktive eierskapet for den betalende kunden – investeringsselskap A.⁹⁷ I så henseende er det ikke uten relevans at det er kun investeringsselskapet som faktureres for den samlede ytelsen. Dette underbygger nemlig i hvem sin grunnleggende interesse det aktive eierskapet utføres: investeringsselskapet.

⁹⁵ Det kan dermed tilsynelatende virke som om Skatt Øst i vedtaket avskjærer den muligheten for bruk av hovedytelseslæren som SKD åpner for i sitt fellesskriv.

⁹⁶ Se kapittel 5.

⁹⁷ Unntak fra dette kan tenkes der aksjonærer i investeringsselskap også har interesser direkte i porteføljeselskapene. Slike situasjoner er likevel tilsynelatende sjeldne i praksis, og vil kunne by på selskapsrettslige identifikasjonsspørsmål som denne oppgaven ikke gir rom for å drøfte.

Det vises i denne anledning til avsnitt 55 i Sundal/Carnegie-dommen (som også Skatt øst henviser til i sitt vedtak), hvor Høyesterett uttaler at man må vurdere «hva som fra oppdragsgivers (min understreking) side er hovedsiktemålet med tjenestene fra den enkelte tjenesteyter isolert sett». Ved forvaltningsavtaler lik den tenkte avtalen er det klart at forvaltningen er hovedsiktemålet for investeringsselskapet med tjenesten fra forvaltningsselskapet, ikke det aktive eierskapet. Fra kunde As ståsted vil dermed en splitting av disse tjenestene kunne fremstå kunstig.

I Sundal/Carnegie-dommen, avsnitt 90, uttaler Høyesterett (i vurderingen av Carnegies oppdrag overfor Hydro) at Carnegies rådgivningstjenester er forberedende arbeid «av en slik sekundær og underordnet karakter, som etter Volker Ludwig-dommen avgiftsmessig skal følge hovedytelsen». Rådgivningstjenestene har en underordnet og sekundær karakter sammenlignet med meglertjenestene, da de kun anses utført for «å erverve en grunnleggende forståelse av den bedrift som skal selges».

Aktivt eierskap vil ikke i samme grad være tjenester som kun utøves som en nødvendighet for å drive forvaltning. Det aktive eierskap vil heller være noe som gjøres for å øke kvaliteten på forvaltningen. At det aktive eierskapet dermed heller fremstår som «overskuddstjenester», kan tale for at tjenestene utgjør et mål i seg selv for investeringsselskapet.

Videre er det klart at aktivt eierskap er en av faktorene som skiller investering gjennom investeringsselskap fra direktehandel på børs og investering i verdipapirfond. Følgelig kan det argumenteres med at forvalteres hyppige bruk av aktivt eierskap er et selvstendig mål for investeringsselskapet, da dette kan være en av grunnene til at aksjonærene i investeringsselskapet har valgt akkurat denne investeringsformen.

Hadde bruk av aktivt eierskap vært det eneste som skilte forvaltningsoppdraget ved forvaltning av investeringsselskap sammenlignet med forvaltning av investeringsfond, kunne man ansett det aktive eierskapet som så fremtredende i seg selv at det utgjør et selvstendig formål for investeringsselskap. Imidlertid er det også klare formelle skiller mellom det å organisere investeringene gjennom investeringsselskap og verdipapirfond, hvorav det viktigste kanskje er at førstnevnte er for en lukket investorkrets. Å organisere seg som investeringsselskap vil dermed ha flere formål enn akkurat det an man ved forvaltningen mottar aktivt eierskap-tjenester.

Videre mener jeg at uansett bakgrunn for valg investeringsorganisering, må vurderingen av om aktivt eierskap-tjenestene utgjør et formål i seg selv ta utgangspunkt i det tidspunktet forvaltningsoppdraget avtales. I denne sammenheng vil det at aktivt eierskap forekommer hyppig ved forvaltning av investeringsselskap kunne tale for at disse tjenestene har en sekundær karakter. Økt andel av forvaltere som tilbyr aktivt eierskap vil medføre at bransjen i større grad anser aktivt eierskap som nødvendig forutsetning for god forvaltning. Da vil det fortsatt være forvaltningen av investeringsselskapet som er hovedformålet med kjøpet, samtidig som det aktive eierskapet er en forventet, men sekundær, ytelse som har til hensikt å gjøre forvaltningstjenesten bedre.

Da det som tidligere nevnt er forvaltningselementet som er hele grunnlaget for at det aktive eierskapet finner sted, og det for det gjennomsnittlige investeringsselskapet kun vil være den økte sjansen for avkastning som gir grunn for å avtale at forvalteren utøver aktivt eierskap, må aktivt eierskap i gitte tilfeller kunne anses som sekundærytelser uten et formål i seg selv.

Etter en helhetsvurdering er jeg dermed, under noe tvil, av den oppfatning at tjenester knyttet til aktivt eierskap i tilfeller som i det tenkte scenarioet i kapittel 6.1, må kunne unntas merverdiavgift etter mval. § 3-6 g) i tråd med hovedytelseslæren.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at hensynet til en streng fortolkning av unntaksregler etter min mening ikke kan «blokkere» for en anvendelse av hovedytelseslæren. Dette hensynet blir tilstrekkelig ivaretatt ved en streng tolkning av selve vilkåret «forvaltning». Hensynet kan dermed ikke brukes som et utslagsgivende motargument ved vurderingen av om sekundærytelser skal kunne unntas etter hovedytelseslæren. Som tidligere nevnt vil vurderingen av om ytelsene har en tilstrekkelig nær sammenheng i seg selv regulere hvilke tjenester som bør tillates unntatt etter læren eller ikke.

6.2.2 Due diligence

Due diligence kan i korte trekk beskrives som en grundig gjennomgang av finansielle, juridiske og lignende forhold ved et selskap. En slik gjennomgang gjennomføres som regel av en part før man inngår avtaler med selskapet man undersøker.

Som ved aktivt eierskap uttaler SKD at tjenesteyter som kun yter due diligence til investeringsselskapet vil utøve avgiftspliktig aktivitet. Dette fordi due diligence i seg selv

ikke er spesifikt for forvaltning av investeringselskap. Også her er det, basert på de vilkår som foreligger for at noe skal være «forvaltning», god grunn til å gi SKD rett i sin tolkning.

SKD understreker imidlertid at der «due diligence ytelsene må anses levert sammen med forvaltningsoppgaver må det foretas en konkret vurdering». På samme måte som ved aktiv eierskap vil ikke SKD gi noen generelle grenser, da avtaleforholdene også her vil variere. SKD uttaler at det «må foretas en konkret vurdering, hvor det bl.a. legges vekt på i hvilken utstrekning den aktuelle aktør også har en overordnet rolle knyttet til porteføljen og/eller investeringselskapet og hva som kan sies å være det dominerende».

Av uttalelsen ser man SKD åpner for samme vurdering som ved aktivt eierskap, og som vist er det rettskildemessig grunnlag for at hovedytelseslæren skal kunne komme til anvendelse også her.

Innledningsvis bør det likevel bemerkes at due diligence er en tjeneste som er nært beslektet med element som av SKD anses som forvaltningstjenester. Aktiviteter som «utredning av mulige målselskaper»⁹⁸ vil inneholde mange av de samme elementene som due diligence. Det legges imidlertid til grunn at det er en artsforskjell mellom en slik utredning og due diligence-tjenester.

Due diligence vil, innbakt i en avtale som skissert i kapittel 6.1, i større grad enn aktivt eierskap klart fremstå som en sekundærtelse for investeringselskapet. En slik gjennomgang av juridiske og finansielle forhold ved mulige porteføljeselskap vil heller fremstå som et hjelpemiddel for forvalter B til å utføre sitt oppdrag på en god måte. En slik gjennomgang har dermed, i motsetning til aktivt eierskap, ingen selvstendig betydning heller for porteføljeselskapet. For investeringselskapet har gjennomgangen en betydning som er klart underordnet hovedformålet med kjøp av tjenesten: forvaltning. Due diligence-tjenester vil i sammenheng med forvaltningstjenesten dermed ha en sekundær og underordnet karakter.

De argumenter som er vist til i punkt 6.1.1 for at aktivt eierskap skal kunne unntas merverdiavgift i tråd med hovedytelseslæren, gjør seg som vist bare ytterligere gjeldende der due diligence leveres sammen med forvaltningstjenesten. Samtidig vil ingen av motargumentene i aktivt eierskap-drøftelsen gjøre seg særlig gjeldende. Due diligence-tjenester som leveres sammen med forvaltningstjenester bør dermed som utgangspunkt kunne unntas merverdiavgift etter mval. § 3-6 g) i tråd med hovedytelseslæren.

⁹⁸ Fellesskrivet punkt 2.

Litteraturliste

Litteratur

Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, 6. utgave, Oslo 2012

Ole Gjems-Onstad, Merverdiavgiften i et nøtteskall, 9. utgave, Oslo 2014

Skatteetaten, MVA-håndboken 2015, 11.utgave

Lover, forskrifter og direktiv

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnloven)

Lov 19. juni 1997 nr. 79 (*verdipapirhandelloven 1997*) [opphevet]

Lov 19. juni 2009 nr. 58 (merverdiavgiftsloven)

Lov 25. november 2011 nr. 44 (Verdipapirfondloven)

Lov 20. juni 2014 nr. 28 (AIF-loven)

Forskrift til merverdiavgiftsloven av 15.12.2009 (merverdiavgiftsforskriften)

EUs rådsdirektiv 2006/112/EF av 28. november 2006

Direktiv 2011/61/EU (AIFMD)

Forarbeider og offentlige dokumenter

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

Ot.prp. nr. 76 (2008-2009): Om lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)

NOU 1978:42 Verdipapirhandel

Innst. S. nr. 325 (2000-2001)

St.meld. nr. 38 (2000-2001)

Prop.1 S (2009-2010)

Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 15. juni 2001 om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester

Forvaltning av investeringsselskaper – Skattedirektoratets fellesskriv 16.5.2013

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2004 s. 2000 (Geelmuyden.Kiese)

Rt. 2009 s. 1632 (Sundal/Carnegie)

Rt. 2012 s. 1547 (NCL)

Rt. 2014 s. 486 (Polaris Media)

Lagmannsrett

Borgarting Lagmannsretts dom avsagt 19.10.2009, LB-2008-184780 (HR-2010-297-U).

Borgarting Lagmannsretts dom avsagt 8.4.2013, LB-2011-179629 (HR-2013-1467-U)

EU-domstolen

C-349/96 (Card Protection Plan)

C-169/04 (Abbey National)

C-41/04 (Levob)

C-453/05 (Volker Ludwig)

C-275/11 (GfBk)

C-363/05 (Claverhouse)

Avgiftspraksis fra forvaltningen

BFU 15/08

Vedtak fra Skatt øst datert 17.9.2014 vedrørende mval. § 3-6 g)⁹⁹

⁹⁹ Se fotnote 58.