

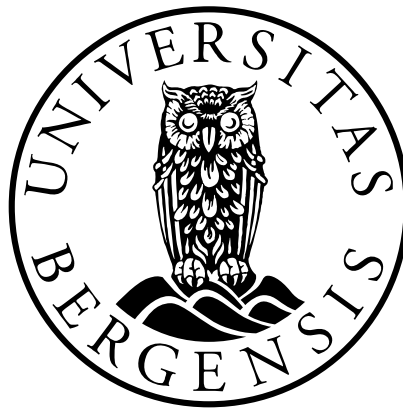
MERVERDIAVGIFT OG CORPORATE FINANCE

*Corporate finance- tjenester og
merverdiavgiftsunntaket for finansielle tjenester*

Kandidatnummer: 173877

Veileder: Hugo P. Matre

Antall ord: 13 758



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.12.2012

Innholdsfortegnelse

Forside	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning	4
2. Rettskilder	6
2.1. Rettsgrunnlag.....	6
2.2. Internasjonale kilder.....	7
3. Merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).....	9
3.1. Generelt om unntaket fra avgiftsplikt	9
3.2. Lovens vilkår	10
3.2.1. Omsetning	10
3.2.2. Finansielle instrumenter	11
3.2.3. Formidlingstjenester	12
4. Hovedytelseslæren.....	17
4.1. Verdipapirhandellovens tilknyttede tjenester	18
4.2. Tjenestens særtrekk	20
4.3. Oppdragsgivers hovedsiktemål	22
4.4. Andre momenter i vurderingen.....	23
4.5. Oppsummering	24
5. Salg av selskaper	25
5.1. Tjenesteyters fagkunnskap.....	25
5.2. Transaksjonens objektive karakter	28
6. Vederlag.....	32

6.1.	Suksessvederlag.....	32
6.2.	Fast vederlag.....	33
6.2.1.	Forskuddsbetaling ved åpent mandat.....	34
6.2.2.	Oppdraget endres	35
6.2.3.	Oppdraget avbrytes.....	36
7.	Oppsummering og konklusjon	38
8.	Kilder	41
8.1.	Norske kilder.....	41
8.2.	Svenske kilder	42
8.3.	Danske kilder	42
8.4.	EU- rettslige kilder	43

MERVERDIAVGIFT OG CORPORATE FINANCE

CORPORATE FINANCE- TJENESTER OG MERVERDIAVGIFTSUNNTAKET FOR FINANSIELLE TJENESTER

1. Innledning

Avhandlingen har til formål å analysere de elementer og kriterier som må være til stede for at finansielle tjenester kan unntas merverdiavgift. Analysen tar utgangspunkt i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) bokstav e¹ og særlig relevant rettspraksis fra norsk rett og EU- domstolen.

Avhandlingen avgrenses til å omfatte finansielle tjenester som gjelder formidling og omsetning av finansielle instrumenter. Her vil det være et særlig spørsmål hvordan håndtere avgiftsbelastningen ved corporate finance- ytelse som gjelder formidling og salg av selskaper, og om tjenestene skal belastes med merverdiavgift når omsetningen skjer ved overdragelse av aksjene i selskapet.

Hovedregelen i merverdiavgiftsloven er at det skal betales merverdiavgift til staten ved innenlands omsetning av varer og tjenester, jf. merverdiavgiftslovens § 3-1. Hvert avgiftssubjekt² har plikt til å oppkreve merverdiavgift i forbindelse med levering av varer og tjenester. Dette gjelder uavhengig av antall omsetningsledd. Merverdiavgiftssystemets formål er en nøytral avgiftsbelastning som ikke skal påvirke forbrukerens disposisjoner.³ Samtidig som avgift skal innbetales, har avgiftssubjektet fradragsrett for merverdiavgift påløpt for sine anskaffelser.⁴ Det fremgår imidlertid av merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) bokstav e) at omsetning og formidling av finansielle tjenester er unntatt merverdiavgiftsplikten. Det skal i så tilfelle ikke beregnes avgift ved slik omsetning, og den avgiftspliktige kan ikke fradragsføre tidligere innbetalt merverdiavgift. Avgiften vil dermed bli en nettoutgift for avgiftssubjektet som leverer unntatte finansielle tjenester og fører til en kumulasjon av avgift.

En finansiell tjeneste kan typisk utgjøre formidling og salg av aksjer, eller andre finansielle instrumenter. Ved salg av et selskap vil selger normalt ha behov for rådgivnings- og meglertjenester fra profesjonelle aktører, såkalt corporate finance- tjenester. *Corporate*

¹ Merverdiavgiftsloven av 19.juni 2009 nr 58.

² Merverdiavgiftslovens § 1-3 (1) d).

³ NOU 1990:11 kap. 5.2.

⁴ Merverdiavgiftslovens § 8-1(1).

finance blir i denne sammenhengen benyttet som et samlebegrep for finansiell rådgivning til en kunde om en eller flere transaksjoner av finansielle instrumenter, så som aksjer, obligasjoner og verdipapirfondsandeler m.v.⁵ Begrepet er ikke definert i lovgivningen og også innenfor teori og praksis blir begrepet brukt med ulikt innhold. Det er derfor tjenestens faktiske innhold som må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Noen eksempler på corporate finance- tjenester er bistand og rådgiving i forbindelse med aksjeemisjon, børsnotering, fusjoner og oppkjøp og andre endringer i kapitalstrukturen i et selskap.⁶ Bistanden kan bestå av blant annet administrasjon, analyse, teknisk bistand, rådgiving, utvikling og produksjon av presentasjonsmateriell og prospekt, verddivurderinger, due diligence og bistand ved forhandlinger.

Slike generelle rådgivningstjenester er som utgangspunkt avgiftspliktige. Dersom utøveren av corporate finance- tjenestene også formidler og selger aksjene i selskapet, kan det stilles spørsmål om tjenesten anses som aksjemegling som er omfattet av unntaket i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).

I avhandlingen er det flere forhold som må avklares. I avhandlingens kapittel 2 gjør jeg rede for de legislative hensynene som begrunner unntaket, samt det nasjonale og internasjonale rettskildet. I kapittel 3 vil jeg se nærmere på lovens vilkår for at en tjeneste utgjør formidling av finansielle instrumenter. Videre i kapittel 4 ser jeg på problematikken som oppstår når det er levert en corporate finance- ytelse, men hvor det er uklart om den knytter seg til unntatt formidling eller avgiftspliktig rådgivning. I slike tilfeller vil normalt hovedytelsen i oppdraget avgjøre avgiften. Dersom man kommer til at hovedytelsen i corporate finance- oppdraget er formidling av finansielle instrumenter er lovens vilkår tilsynelatende innfridd, og oppdraget er i sin helhet unntatt merverdiavgift. I kapittel 5 vil jeg se nærmere på corporate finance- ytelser utført ved salg av selskaper. I kapittel 6 ser jeg på avgiftshåndteringen av et oppdrag som i utgangspunktet gjelder salg av aksjene i et selskap, men som i siste time ender opp som et salg av selskapets eiendommer og driftsmidler. Vurderingstemaet blir om en endring i oppdraget også medfører at avgiftsplikten endrer seg.

⁵ Definisjonen er hentet fra hjemmesiden til Finansnæringens fellesorganisasjon www.fno.no.

⁶ Elverhøy Michelsen og Bonnevie Wollbæk, Corporate finance- tjenester og merverdiavgift, Regnskap og revisjon nr. 5/ 2009 s. 59.

2. Rettskilder

2.1. Rettsgrunnlag

Den primære rettskilden for merverdiavgiftsunntaket for formidling og omsetning av finansielle tjenester er merverdiavgiftsloven av 19. juni 2009 nr. 58 § 3-6 (1) e). Forarbeidene til merverdiavgiftsloven, Ot.prp.nr.76 (2008- 2009) og Innst.O.nr.120 (2008-2009) er relevante rettskilder.

I 2001 ble det innført en generell avgiftsplikt på tjenester gjennom merverdiavgiftsreformen. Før innføringen av reformen var de fleste tjenester unntatt merverdiavgift, også finansielle tjenester. Det oppstod dermed ikke mange avgrensingsproblemer. Merverdiavgiftsreformen medførte endring ved at tjenester som hovedregel ble avgiftpliktige. Samtidig spesifiserte reformen lovfestede unntak fra avgiftsplikten, blant annet for formidling og omsetning av finansielle tjenester. Reformen medførte at nye og kompliserte grensdragninger oppstod. Avgiftsreformen knyttet seg til merverdiavgiftsloven av 1969⁷. Forarbeidene til avgiftsreformen, NOU 1990:11 og Ot.prp.nr. 2 (2000-2001)⁸ utgjør dermed en viktig kilde for å kartlegge det nærmere innholdet av avgiftsunntaket. Ved utarbeidelsen av merverdiavgiftsunntaket for finansielle tjenester uttalte Departementet at reglernes omfang burde nærmere avgrenses i en forskrift.⁹ Forslag til forskrift ble laget, men aldri gjennomført.¹⁰ I stedet kom Finansdepartementet med en klargjørende tolkingsuttalelse om merverdiavgiftsunntaket for omsetning av finansielle tjenester.¹¹

Norsk rettspraksis, men også rettspraksis fra EU er særlig relevant ved tolkingen og forståelsen av regelverket.¹²

Skattedirektoratets uttalelser og bindende forhåndsuttalelser¹³ er ikke direkte bindene for andre enn myndighetene og partene selv, men ut ifra prinsippet om likebehandling vil de være retningsgivende for like tilfeller utenfor den konkrete sak. Tilsvarende gjelder for avgjørelsene fra Klagenemnda for merverdiavgift¹⁴ og uttalelser i

⁷ Lov om merverdiavgift av 19.06. 1969 nr. 66 (opphevet).

⁸ NOU 1990:11 inneholder Storvikuvalgets utredning om innføringen av generell merverdiavgift på omsetning av tjenester. Se også Ot.prp.nr.2 (2000-2001) og Innst.O.nr.24 (2000-2001) som i stor grad bygger på NOU 1990:11.

⁹ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 125.

¹⁰ Høringsdokument, notat nr. 3, 29.03.2001.

¹¹ Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 15. juni 2001. Heretter "tolkingsuttalelsen".

¹² Rt. 2009 s. 1632 premiss 34.

¹³ Merverdiavgiftslovens kap. 17 jf. forskrift av 14. juni 2005 nr 550.

¹⁴ Opprettet av Finansdepartementet 6. mars 1970 jf. merverdiavgiftslovens § 57 (se nå § 19-1).

Merverdiavgiftshåndboken.¹⁵ Denne typen fast og varig praksis blir også vektlagt av domstolene.

Unntakets anvendelsesområde må dermed fastsettes gjennom lovtolking i det konkrete tilfellet ut i fra alminnelige rettskildelæringsprinsipper.¹⁶

2.2. Internasjonale kilder

Merverdiavgiftslovgivningen i Norge er nasjonal og merverdiavgiftsreglene er ikke omfattet av EØS- avtalen. Norge er derfor i utgangspunktet ikke bundet av EU sine regler og avgjørelser på rettsområdet. Skatte- og avgiftsregler som strider mot de fire friheter, er imidlertid i henhold til vanlig rettskildelære i strid med EØS- retten.¹⁷

Reglene om merverdiavgiftsunntaket for finansielle tjenester står i en særstilling når det gjelder forholdet til EU- retten og annen lands rett. Ved innføringen av merverdiavgiftsreformen ble det presisert i forarbeidene at de fleste land det er naturlig for Norge å sammenligne seg med, allerede hadde innført tilsvarende regler om avgiftsunntak for omsetning av finansielle tjenester.¹⁸ Departementet la til grunn at det ved tolkingen av unntaket derfor ville være naturlig å se hen til hvordan tilsvarende regler ble behandlet i EU- retten.¹⁹ Det er av særlig interesse hvordan unntaket er avgrenset i Sverige og Danmark.²⁰ De rettslige og faktiske vurderingstemaene som legges til grunn ved bruk av unntaket er så like at retts- og forvaltningsavgjørelser, samt juridisk litteratur fra de to landene vil kunne ha argumentasjonsverdi ved forståelsen av det norske unntaket. Motvilje til å harmonisere regelsettet til andre lands rett, og da særlig EU, vil kunne medføre en diskriminering av handelsplasser og aktører og føre til en uholdbar konkurransesituasjon.²¹

Innen EU- retten er merverdiavgiftsunntaket for finansielle tjenester nedfelt i EUs merverdiavgiftsdirektiv 2006/112/EF²² artikkel 135. I dommen om Sparekassernes Datacenter (SDC- saken)²³ er det lagt til grunn man skal søke å hindre at unntakets anvendelsesområde blir utvidet. Direktivets ordlyd skal derfor "fortolkes innskrenkende, da

¹⁵ Merverdiavgiftshåndboken er utarbeidd av Skattedirektoratet og har til hensikt å gi en oversikt over gjeldende rett, særlig med vekt på myndighetenes praksis slik den er tolket av Skattedirektoratet.

¹⁶ Tolkingssuttalelsen punkt 1.

¹⁷ Rt. 2007 s. 140A (Debito).

¹⁸ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 124.

¹⁹ Tolkingssuttalelsen punkt 1.

²⁰ Tolkingssuttalelsen punkt 1.

²¹ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) kap 7.1.3.5.

²² Heretter kalt merverdiavgiftsdirektivet. Direktivet avløser tidligere 6. avgiftsdirektiv 77/388/EF.

²³ C-2/95 premiss 20. SDC- saken gjaldt spørsmålet om tjenesteytelser som ble levert av underleverandører til finansinstitusjoner og deres kunder var fritatt for merverdiavgift.

de er unntagelser fra det almindelige princip, hvorefter omsætningsavgift opkræves af enhver tjenesteydelse, der udføres mod vederlag af en avgiftspliktig person.”

Dommer og prejudisielle avgjørelser fra EU- domstolen er i utgangspunktet ikke direkte bindende for Norge, men har rettslig relevans i form av sin argumentasjonsverdi.²⁴ Høyesterett uttalte i Rt. 2009 s. 1632, som gjaldt unntaket for formidling av finansielle tjenester i merverdiavgiftslovens § 5 b nr. 4 bokstav e) (nå § 3-6 (1) e)), at det er ”rettspraksis ved 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 tolkingsprinsipper som EU- domstolen har etablert.”²⁵

Forholdet til EU- retten medfører at rettskildebildet blir mer komplisert og omfattende for finansielle tjenester, enn på andre områder innen merverdiavgiftsretten.

²⁴ Gjems- Onstad, *Lærebok i merverdiavgift*, 2005, s. 40.

²⁵ Rt. 2009 s 1632 premiss 34.

3. Merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e)

3.1. Generelt om unntaket fra avgiftsplikt

Det fremgår av merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e) at formidling og omsetning av finansielle tjenester er unntatt fra merverdiavgift. Bestemmelsen utgjør dermed et unntak fra hovedreglen i § 1-3 (1) om at det skal betales merverdiavgift av enhver tjeneste.

I utgangspunktet ønsket man at *finansielle tjenester* skulle være omfattet av den generelle avgiftsplikten for tjenester, for å sikre et bredest mulig avgiftsgrunnlag og stabile inntekter til staten.²⁶ Unntaksregelen i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e) og den tilsvarende bestemmelsen i merverdiavgiftsdirektivet artikkel 135,²⁷ ble imidlertid innført på bakgrunn av de praktiske vanskelighetene med å fastsette et korrekt avgiftsgrunnlag.²⁸ Store deler av verdiene som skapes innen finanssektoren fremkommer ikke direkte av formidlerens honorarer, men ligger skjult i rentemarginer og netto renteinntekter.²⁹ Rentemarginene utgjør også en garanti for risiko, som ikke er avgiftsbelagt.³⁰

Merverdiavgiftssystemet bygger som nevnt på en generell avgiftsplikt, det er dermed unntakene som må begrunnes.³¹ For å hindre utvanning av unntaket skal bestemmelsen tolkes strengt.³² Det betyr som utgangspunkt at det kun er de finansielle transaksjoner som eksplisitt er nevnt i noven, som er unntatt merverdiavgift. For å sikre enkel og korrekt anvendelse av unntaksreglen skal det derfor, bortsett fra i unntakstilfelle, legges vekt på transaksjonens objektive karakter.³³ Det vil si at det er arten av den leverte tjenesten som danner grunnlaget for merverdiavgiften og ikke hvem som er leverandør eller mottaker av tjenesten.³⁴

Det er et bærende prinsipp innen merverdiavgiftssystemet at like ytelser skal underlegges den samme avgiftsmessige behandling, uavhengig av hvem som er formidler eller mottaker av ytelsen.³⁵ Unntaket må dermed avgrenses mot tjenester av mer generell administrativ, økonomisk og juridisk art. Slike tjenester vil som utgangspunkt være avgiftspliktige.³⁶ Ved innføringen av unntaket ble det påpekt at såkalt delt virksomhet kunne skape

²⁶ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 21, jf. NOU 1990: 11 kap. 5.8.3.

²⁷ Rådsdirektiv 2006/112/EF artikkel 135 (1) f).

²⁸ NOU 1990:11 s. 66.

²⁹ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 123.

³⁰ C-235/00 premiss 21.

³¹ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) kap. 7.2.4.5.

³² C- 453/05 jf. C-348/87 og C-2/95

³³ Anders Strandet Jepsen, *Moms og aktiviteter i forbindelse med værdipapirer*, 2010 s. 294 med videre henvisninger.

³⁴ Strandet Jepsen, 2010, s. 291 jf. C-2/95 premiss 32 og 58.

³⁵ NOU 1990:11 kap. 5.8.2.

³⁶ Tolkinguttaletsen punkt 2.

avgrensingsproblemer. Imidlertid ble det vektlagt at de fleste land det er naturlig for Norge å sammenligne seg med, allerede hadde innført tilsvarende unntak, og av hensyn til konkurransenøytralitet ble unntaket også innført i Norge.³⁷

Unntaket ses prinsipielt på som uheldig ettersom det skapes betydelige verdier innen finanssektoren som nå er unntatt. Det pågår for tiden et arbeid internasjonalt om å innføre en avgift på omsetning og formidling av finansielle tjenester.³⁸ Corporate finance- ytelser vil ofte bestå av en kombinasjon av avgiftspliktige og unntatte tjenester. Sondringen mellom unntatte formidlingstjenester og andre avgiftspliktige tjenester medfører vanskelige grensedragninger.³⁹

3.2. Lovens vilkår

Merverdiavgiftsloven § 3-6 første ledd bokstav e) legger til grunn at "Omsetning og formidling av finansielle tjenester er unntatt fra loven" (...) "herunder (...) omsetning av finansielle instrumenter og lignende".

I det følgende skal det redegjøres nærmere for bestemmelsens vilkår.

3.2.1. Omsetning

Begrepet "omsetning" i merverdiavgiftsloven er definert som levering av varer og tjenester mot vederlag i § 1-3 (1) a). Som vederlag regnes enhver godtgjørelse av økonomisk verdi, eksempelvis varer eller tjenester. Også bytte er ansett som omsetning.⁴⁰ Formidling er ikke omsetning, men en tjeneste som kan omsettes. Det må fremgå av lovens ordlyd dersom formidling av en unntatt tjeneste skal omfattes av avgiftsunntaket.⁴¹

Begrepet må ses i relasjon til de brukt i EU- direktivets artikkel 135 (1) f) som sier det er "*transaksjoner*" i forbindelse med verdipapirer som gir grunnlag for avgiftsunntagelse. Begrepet er redegjort for i CSC- dommen og må forstås som "transaksjoner, hvorved rettigheter og forpligtelser for parterne i forbindelse med verdipapirer kan opstå, ændres eller ophøre."⁴² Videre uttales det at handel med verdipapirer innebærer "disposisjoner, som ændrer det retlige og økonomiske forhold mellem parterne, svarende til, hva der indtræder i

³⁷ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) kap. 7.2.5.5.

³⁸ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) kap. 7.2.5.3.

³⁹ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) kap 7.1.3.2.

⁴⁰ Ot.prp.nr.76 (2008-2009) kap. 6.7.1.

⁴¹ Ot.prp.nr.76 (2008-2009) kap. 6.7.4.

⁴² C-235/00 premiss 33.

forbindelse med en overførsel eller en betaling".⁴³ Det er lagt til grunn av Finansdepartementet at tilsvarende forståelse må legges til grunn for merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).⁴⁴

Strandet Jepsen på sin side hevder det ikke er en nødvendig betingelse for avgiftsunntagelse at transaksjonen må medføre endringer i partenes rettigheter og plikter. Han hevder at visse ytelser, som ikke utgjør forvaring eller forvaltning også kan være unntatt merverdiavgift etter merverdiavgiftsdirektivet artikkel 135 (1) bokstav f).⁴⁵ *Strandet Jepsen* støtter sin argumentasjon på artikkelens ordlyd som eksplisitt nevner forvaring og forvaltning som avgiftspliktige tjenester. Sammenholdt med artikkelens historikk, artikkelens oppbygning, EU- kommisjonens uttalelser og EU- rettspraksis argumenterer han for at "ydelse, der er *forbundet med værdipapirtransaksjoner*" omfattes av avgiftsunntaket uavhengig av om de endrer det faktiske og rettslige forholdet mellom partene.⁴⁶ Spørsmålet er omdiskutert i juridisk litteratur og er ikke avklart av EU- domstolen, man må derfor bygge vurderingen på de retningslinjer som er utarbeidet gjennom rettspraksis.

Det er sjelden problematisk å konstatere om det har skjedd en overføring av en tjeneste mot vederlag, og om det var finansielle instrumenter som ble overført.⁴⁷ I Rt. 2009 s. 1632 premiss 38 konstatere Høyesterett at siden salget av to selskaper, Carmeda og Ergo Bluegarden, skjedde ved overføring av aksjer mot vederlag, var det ikke tvilsomt at *selve salget* måtte anses som omsetning av finansielle instrumenter. Høyesterett kommenterte også at *aksjetransaksjonene* ved fusjonen mellom Gjensidige Nor og DnB Holding også måtte anses som omsetning av finansielle instrumenter og dermed i seg selv var unntatt merverdiavgift.

3.2.2. Finansielle instrumenter

Det er videre et vilkår i avgiftsunntaket at omsetningen gjelder "finansielle instrumenter og lignende". Merverdiavgiftsloven definerer ikke selv begrepet "finansielle instrumenter". Det fremgår imidlertid av forarbeidene at finansielle instrumenter i utgangspunktet er sammenfallende med tilsvarende begrep i verdipapirhandelloven (1997) § 1-2 (2).⁴⁸ I 2007

⁴³ C-235/00 premiss 28 med henvisning til premiss 73 i C-2/95.

⁴⁴ Tolkinguttalelsen punkt 4.

⁴⁵ *Strandet Jepsen*, 2010, s. 311.

⁴⁶ *Strandet Jepsen*, 2010, s. 332.

⁴⁷ Men se Rt. 2006 s. 364 (Ifi OY Fotolabo Club) hvor det ble vurdert om et utenlandsk selskaps virksomhet med fremkalling og kopiering av film i utlandet, men hvor markedsføringen skjedde overfor norske forbrukere, var å anse som å drive avgiftspliktig virksomhet.

⁴⁸ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 194.

ble det innført ny verdipapirhandellov,⁴⁹ som implementerte direktivet 2004/39/EF, MiFID. Loven er i stor grad en videreføring av gjeldende rett og det tidligere investeringstjenestedirektivet.⁵⁰ Begrepet "finansielle instrumenter" blir nå definert i lovens § 2-1 (1) og omfatter blant annet "omsettelige verdipapirer" som kan omsettes på kapitalmarkedet, herunder "aksjer og andre verdipapirer som kan sidestilles med aksjer, samt depotbevis for slike".⁵¹ Normalt skjer omsetningen ved hjelp av finansinstitusjon, men i enkeltstående tilfelle kan også andre, for eksempel advokater, forestå omsetningen.⁵² Det er lagt til grunn i tolkingsuttalelsen kapittel 2.5 at det ikke er krav om at instrumentet kan omsettes eller blir omsatt i organiserte markeder som for eksempel Oslo Børs.

Hva som inngår i begrepet "og lignende" vil ikke bli diskutert i denne fremstillingen, men det synes klart at forarbeidene henvisning til verdipapirhandelloven ikke søker å gi en uttømmende oppregning, men tar høyde for eventuelle nye tjenestetyper.⁵³ Dette støttes av at ordlyden i merverdiavgiftsloven § 3-6 (1) e) gjelder verdipapirer "og lignende", noe som tilsier at bestemmelsen har et videre anvendelsesområde enn definisjonen i verdipapirhandellovens § 2-2.⁵⁴ Forarbeidene kommenterer for øvrig ikke nærmere hva de legger i begrepet. Det kan likevel nevnes som eksempel at omsetning av selskapsandeler og overdragelse av fordringer trolig er omfattet,⁵⁵ men ikke varerepresentativer og utslippskvoter.⁵⁶

3.2.3. Formidlingstjenester

Det er et vilkår for at et corporate finance- oppdrag skal være unntatt merverdiavgift, at oppdraget gjelder "formidling" av finansielle tjenester, jf. merverdiavgiftslovens § 3-6 (1). Bestemmelsens bokstav e) legger til grunn at "omsetning av finansielle instrumenter og lignende" er omfattet av avgiftsunntaket, men i bokstav e) nevnes ikke formidling. Det kan da reises spørsmål om unntaket for formidling også omfatter omsetning av finansielle instrumenter og lignende.

Ved innføringen av det nye merverdiavgiftssystemet i 2001 ble det diskutert om formidling, eller megling, av finansielle tjenester skulle være omfattet av unntaket. Lovgiver var i

⁴⁹ Lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75 (heretter verdipapirhandelloven). Merverdiavgiftsreglenes forhold til verdipapirhandelloven blir diskutert nærmere i kap. 4.1.1.

⁵⁰ Ot.prp.nr.34 (2006-2007), kap. 4.5. Direktiv 93/22 EØF Investeringstjenester på verdipapiriområdet (ISD).

⁵¹ Verdipapirhandelloven § 2-1 (2).

⁵² Claus Bohn Jespersen, *Intermediation of Insurance and Financial Services in European VAT*, 2011, s. 157 med videre henvisninger.

⁵³ Tolkingsuttalelsen punkt 2.5.

⁵⁴ Larsen og Larsen, *Finansielle tjenester og merverdiavgift*, 2004, s. 34

⁵⁵ Merverdiavgiftshåndboken kap. 3-6.8.

⁵⁶ Finansdepartementets brev av 15. februar 2005.

utgangspunktet skeptisk til å utvide anvendelsesområdet for unntaket. Ettersom det forelå et beregningsgrunnlag for merverdiavgift gjennom gebyrer og kurtasjer, kunne det tale for å avgiftsbelegge formidlingstjenester. Departementet støttet seg imidlertid til Storvikutvalgets argumentasjon om at "for en del av disse tjenestene var en så nær sammenheng mellom hovedtelsene som ble foreslått unntatt at det talte for et unntak også for meglertjenestene".⁵⁷ Formidlingstjenester var også unntatt i andre land. Ved å harmonisere det norske regelverket med utenlandsk rett søkte man å unngå konkurransevriding, og dermed hindre at en større del av verdipapirhandelen ble flyttet til utlandet. At unntaket også omfatter formidlingstjenester knyttet til hovedtjenestene hindrer unødvendige avgrensingsproblemer for meglerforetakene i forhold til de ulike formene for egenhandel.⁵⁸ Merverdiavgiftsunntaket omfatter dermed også *formidling* av finansielle instrumenter, jf. merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).⁵⁹

I det følgende skal det gjøres rede for vilkårene for hva som utgjør *formidling* av finansielle tjenester.

Merverdiavgiftsloven definerer ikke selv hva som ligger i ordlyden "formidling". Dagens merverdiavgiftslov § 3-6 (1) e) er en videreføring av bestemmelsen i § 5 b (1) nr. 4 i merverdiavgiftsloven av 1969 hvor begrepet "meglingstjenester" ble benyttet. Tidligere uttalelser om begrepet vil derfor være av interesse.

I forarbeidene til merverdiavgiftsreformen fra 2001 er det lagt til grunn at megling av finansielle instrumenter beskrives av definisjonen "investeringstjenester" i verdipapirhandellovens (nå) § 2-1 (1). Investeringstjenester omfatter blant annet mottak og formidling av ordre på vegne av investor i forbindelse med for eksempel aksjer, opsjoner og terminer,⁶⁰ og sammenfaller derfor ofte med de typiske corporate finance- tjenestene. Begrepet *formidling* blir derimot ikke nærmere definert i verdipapirhandelloven.⁶¹ De konkrete vilkårene for at tjenester utført i et corporate finance- oppdrag skal anses som *formidlingstjenester*, i relasjon til merverdiavgiftsunntaket, må derfor finnes i etablert praksis. Her vil både praksis og teori fra EU, og særlig Sverige og Danmark være av interesse.⁶²

I Rt. 2009 s. 1632 vurderte Høyesterett med utgangspunkt i EU-rettslige kilder hva som omfattes av formidlingsbegrepet i relasjon til avgiftsunntaket. Saken for Høyesterett gjaldt forståelsen av unntaket for omsetning og megling av finansielle tjenester i den gamle

⁵⁷ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 123- 124.

⁵⁸ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 124.

⁵⁹ Tolkinguttalelsen punkt 3.

⁶⁰ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 123.

⁶¹ Forholdet mellom verdipapirhandelloven og konsesjonsplikt i relasjon til merverdiavgiftsretten drøftes under kap. 4.1.1.

⁶² Tolkinguttalelsen punkt 4.

merverdiavgiftsloven § 5b (1) nr. 4 (nå § 3-6 (1) e)). Det ble stilt spørsmål om to rådgivningsselskaper, ABG Sundal Collier og Carnegie ASA, hadde utført unntatte meglingstjenester ved en fusjon mellom Gjensidige NOR og DnB. Det var også spørsmål om Carnegies bistand ved salg av aksjene i to heleide datterselskap var en meglingstjeneste som ble omfattet av unntaket.

Høyesterett avfeide Statens anførsel om at begrepet "formidling" i relasjon til den gamle bestemmelsen skulle tolkes innskrenkende til bare å omfatte tradisjonell fondsmegling og emisjoner. Høyesterett vurderte lovens ordlyd, uttalelser i forarbeidene, og svensk forvaltningspraksis og konkluderte med en innskrenkning i det allerede snevre unntaket måtte vært avklart i lovteksten. Det var dermed ikke grunnlag for en innskrenkende fortolkning av "formidling."⁶³

Når det gjaldt formidlingsbegrepet uttalte Høyesterett at det ikke er tilstrekkelig at det er ytt tjenester som etter sin art kunne utgjort en del av et megleroppdrag, men at det må vurderes om de tjenestene som er utført "etter sin art og omfang isolert sett er tilstrekkelige til at vedkommende må anses som megler".⁶⁴ I vurderingen så Høyesterett hen til hvordan problemstillingen har blitt løst i forhold til eiendomsmeglerloven og henviste til kommentarutgaven av *Lilleholt*.⁶⁵ *Lilleholt* uttaler at "dersom oppdraget etter ei totalvurdering ikkje har preg av mellommannsverksemd, er det ikkje eit meklaroppdrag sjølv om oppdragstakaren skal utføre ei eller fleire av dei oppgåvene som også inngår i eit typisk meklaroppdrag."⁶⁶ Man må dermed ta stilling til hva som utgjør mellommannsvirksomhet. I denne vurderingen la Høyesterett til grunn at etablert praksis ved EU- domstolen som utgangspunkt vil være en tungtveiende rettskilde.⁶⁷

Høyesterett uttalte videre i premiss 49 at den rettsoppfatning som er lagt til grunn av EU- domstolen i sakene C-235/00 og C-453/05 er i god overensstemmelse med meglerbegrepet i norsk rett som ellers er utviklet i relasjon til eiendomsmegling, og at den gjengitte sammenfatning også er dekkende for anvendelsen av merverdiavgiftsloven (nå) § 3-6 (1) e).

I den grunnleggende avgjørelsen fra EU- domstolen C-235/00 (*CSC Financial Services*) ble det fastsatt hva som inngår i et typisk megleroppdrag. Begrepet formidling i merverdiavgiftsdirektivet tilsvarer uttrykket "forhandlinger" i det nå opphevede sjette direktivet (77/388/EF). Begrepet formidling er ikke definert i merverdiavgiftsdirektivets artikkel 135 (1) f)⁶⁸ eller andre steder i direktivet. I dommen ble det lagt til grunn at begrepet

⁶³ Rt. 2009 s. 1632 premiss 39-43.

⁶⁴ Rt. 2009 s. 1632 premiss 46.

⁶⁵ Rettsdata.no, Lilleholt om Eiendomsmeglerloven, § 1-1 note 2, punkt 6.

⁶⁶ Rt. 2009 s. 1632 premiss 47.

⁶⁷ Rt. 2009 s. 1632 premiss 48.

⁶⁸ Direktiv 2006/112/EF

”forhandlinger” tar sikte på en virksomhet som utøves av en mellommann overfor en kontraktspart, mot vederlag. Mellommannen opptreter som uavhengig part i en kontrakt om et finansielt produkt. Ytelsene kan blant annet bestå i å gi opplysning om når det er mulighet for å inngå kontrakt, ta kontakt med den annen part, og i oppdragsgivers navn og for hans regning føre forhandlinger om den nærmere fastleggelsen av de gjensidige ytelser. Det avgjørende med megleroppdraget er at mellommannsvirksomheten har ”til formål at træffe de nødvendige foranstaltninger for, at de to parter inngår en kontrakt, uden at formidleren har en selvstændig interesse i kontraktens indhold.”⁶⁹

I avgjørelsen C-453/05 (*Volker Ludwig*) gav EU- domstolen sin støtte til uttalelsene fra CSC- dommen. Spørsmålet i saken var om rådgiveren Volker Ludwig hadde drevet låneformidling når han ga råd til kunder og, ved behov, satte de i kontakt med en låneinstitusjon slik at kontrakt kunne inngås. EU- domstolen uttalte at begrepet forhandlinger ikke forutsetter at forhandleren tar direkte kontakt med begge avtalepartene. Selv om klausulene i låneavtalen allerede var fastsatt av låneinstitusjonen, var det ikke til hinder for at Volker Ludwig hadde levert en formidlingsytelse, forutsatt at han ikke bare tok seg av de faktiske operasjoner i forbindelse med kontrakten. Domstolen henviste til CSC- dommen og begrunnet det med at formidlingsvirksomhet kan begrense seg til å gi en part i avtalen opplysning om når det er mulig å inngå en slik kontrakt.⁷⁰ Men tjenesten må etter en helhetsvurdering fremstå som en avgrenset enhet som oppfyller funksjoner som er spesifikke og vesentlige for formidlingstjenester,⁷¹ nemlig at den selvstendige formidler bringer partene sammen og gjør det som skal til for at kontrakt kan inngås.

Det kan imidlertid se ut som Skattedirektoratet har lagt til grunn andre vilkår for at formidlings- tjenester når det i 2002 uttalte at slike mellommannstjenester kun vil omfattes av avgiftsunntaket ”dersom tjenesten innebærer at rettigheter og forpliktelser for partene oppstår, endres eller opphører. Rådgivningstjenester og tjenesteytelser av administrativ karakter, som i seg selv ikke endrer det rettlige eller økonomiske forholdet mellom partene i forbindelse med en verdipapirhandel, vil være avgiftspliktige.”⁷²

Det finnes grunner til å stille spørsmål ved departementets uttalelse når de sier det er et vilkår at formidlingen må endre det rettslige og økonomiske forholdet mellom partene. Dersom uttalelsen skal forstås ordrett, vil det medføre at formidling bare kan skje dersom partene kommer til enighet og avtalen faktisk blir inngått. Uttalelsen finner man i CSC- dommen, men den knytter seg til begrepet tilsvarende ”omsetning” og ikke forhandlinger. *Omsetningen* av det finansielle instrumentet vil riktignok medføre at rettigheter og plikter

⁶⁹ C-235/00 premiss 37-40. Min kursivering.

⁷⁰ C-453/05 premiss 39. Se også Oskar Henkow, *Financial Activities in European VAT*, 2008, s. 129-130.

⁷¹ C-453/05 premiss 36.

⁷² Skattedirektoratet, *Merverdiavgift og corporate finance- tjenester*, Revisjon og Regnskap nr. 2/2002.

oppstår, endres eller opphører, men dette er ikke et vilkår for *formidlingen* i seg selv. En mellommann skal bringe partene sammen slik at det er *grunnlag* for at en kontrakt kan inngås. Det kan være mange grunner til at partene i siste runde ikke blir enige, men det kan ikke påvirke den jobben som megleren allerede har gjort; han har brakt partene sammen og dermed *muliggjort* at en potensiell avtale kommer i stand.⁷³ Dommene fra EU kan ikke forstås som at formidlingen faktisk må føre til avtaleinngåelse. Skattedirektoratets uttalelse må trolig ses på som en upresis gjengivelse av CSC- dommen og vilkårene slik de er utarbeidet gjennom rettspraksis må legges til grunn.

I tillegg til at formidlingen må ha ført partene sammen, viser førstvoterende i Sundal Collier til at det tradisjonelt sett er oppstilt et *selvstendighetskrav* for megleren.⁷⁴ Spørsmålet videre blir hva som ligger i dette kravet.

Av EU- domstolens praksis fremgår det at formidlingen må skje "uden at formidleren har en selvstendig interesse i kontraktens indhold".⁷⁵ Kravet knytter seg til at megleren skal være selvstendig i den forstand at han ikke har tilknytning til oppdragsgiveren gjennom et ansettelsesforhold eller annen tilknytning. Videre er det et vilkår at megleren skal yte selvstendige tjenester.

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2009 s 1632 kan tjene som eksempel. Høyesterett vurderte om Sundal Collier og Carnegie hadde den tilstrekkelige selvstendighet i fusjonsoppdraget mellom DNB og Gjensidige Nor. Førstvoterende gikk gjennom partenes skriftlige mandatavtaler og kom frem til at både Sundal Collier og Carnegie hadde kommet inn i fusjonsprosessen på et stadium hvor det allerede var klart hvem som skulle fusjonere og de kunne dermed ikke anses for å ha brakt partene sammen. Forhandlinger med oppdragsgivers egne aksjonærer endret ikke dette. Sundal Collier og Carnegie hadde med andre ord ikke tilstrekkelig selvstendighet i oppdraget med å finne kjøpere og bringe de sammen for kontraktsinngåelse. Rådgivningselementet, og ikke meglingstjenesten var dominerende for oppdraget.

Høyesterett kom til motsatt resultat for Carnegies bistand ved salg av to selskaper. Carnegie var inkludert i prosjektet helt fra starten. De fant potensielle kjøpere og forhandlet med dem og hadde etter førstvoterendes mening "en helt annen selvstendig rolle" enn ved fusjonsbistanden. Carnegies oppdrag vil bli beskrevet nærmere i kapittelet om sammensatte ytelser.

⁷³ Dette fremheves også i C- 235/00 premiss 39. Se også Bohn Jespersen, 2011, s. 278 flg.

⁷⁴ Sjur Brækhus, *Meglerens rettslige stilling*, 1946 s. 6- 9.

⁷⁵ C-235/00 og C-453/05, begge premiss 39.

Det foreligger kort oppsummert formidling av ytelser der formidleren har brakt partene sammen slik at avtale kan inngås, forutsatt at formidleren er tilstrekkelig uavhengig fra oppdragsgiver og utfører selvstendige oppgaver.

4. Hovedytelseslæren

Merverdiavgiftssystemet kjennetegnes av at det er et transaksjonsorientert betalingssystem og bygger på et generelt prinsipp om at ytelser skal ha selvstendig avgiftsgrunnlag.⁷⁶ Som en konsekvens av dette skal hver transaksjon som utgangspunkt ilegges merverdiavgift hver for seg. Det er derfor avgjørende for en korrekt avgiftshåndtering at det foretas en utsondring av de ulike ytelsene. Merverdiavgiftsunntaket for omsetning og formidling av finansielle tjenester er begrenset til å gjelde en kvalifisert art av tjenester.⁷⁷ Det må derfor avgrenses mot tjenester som ikke er knyttet til en *finansiell formidlingstjeneste*, for eksempel generell rådgivning og ytelser av ren juridisk, økonomisk eller administrativ art.⁷⁸

Corporate finance- tjenester ved salg av selskaper vil normalt inneholde elementer av tilknyttede tjenester om isolert sett er avgiftspliktige, som for eksempel verdsettelse, utarbeidelse av prospekter, finne kjøpere, gjennomføre forhandlinger og skrive kontrakter. Det grunnleggende utgangspunktet er at flere leverte ytelser skal *deles opp* dersom de enkelte delleveranser kan anses som selvstendige hovedytelser. I motsatt fall skal de enkelte delleveransene *samles* dersom én av ytelsene utgjør en separat hovedytelse, mens de andre bare er sekundære leveranser.⁷⁹ Det skal ikke skje en samling eller deling av ytelser som endrer merverdiavgiftssystemets karakter og sammenheng.⁸⁰ De ulike ytelsene i corporate finance- oppdraget kan være så tett knyttet sammen at de må anses som ett sammensatt oppdrag. Ytes de tilknyttede tjenestene *naturlig* sammen med en finansiell tjeneste, *direkte knyttet til den finansielle hovedtjenesten og mindre vesentlig* enn denne, vil de tilknyttede tjenestene avgiftsmislig behandles som hovedytelsen.⁸¹ Godtgjørelsen vil da i sin helhet være avgiftspliktig eller unntatt avgiftsplikt.⁸²

I et corporate finance- oppdrag knyttet til selskapsoverdragelse må man dermed ta stilling til om tjenestene som knytter seg til formidling av aksjer utgjør hovedytelsen i oppdraget, eller om hovedytelsen knytter seg til rådgivnings- og markedsføringstjenester som det skal

⁷⁶ Ot.prp.nr.2 (2000-2001) s. 125. Se også Strandet Jepsen, 2010, s. 166 og Gjems- Onstad, *Praktisk merverdiavgiftsrett*, 2012, s. 222.

⁷⁷ Merverdiavgiftshåndboken § 3-6.2.

⁷⁸ Tolkinguttalelsen punkt 3.

⁷⁹ Ramsdahl Jensen, 2007 kap. 2.

⁸⁰ 6. avgiftsdirektiv artikkel 2 (1).

⁸¹ Skattedirektoratets brev av 21. november 2001 til fylkesskattekontorene.

⁸² Skattedirektoratets melding SKD 3/10, 26. mars 2010.

betales avgift av. Gjennom rettspraksis fra Norge og EU har det blitt utsondret kriterier for å avgjøre om det foreligger en eller flere ytelser. Dette skal ses nærmere på i det følgende. I kapittel 4.1.1. vil jeg se på om definisjoner i verdipapirhandelloven kan danne et vurderingsgrunnlag. Deretter vil jeg se på de vilkår som er utarbeidet gjennom EU-domstolens rettspraksis om at man så se på hva som karakteriserer den aktuelle transaksjon, (kapittel 4.1.2.) og at det i denne vurderingen er relevant hva som fra oppdragsgivers side var formålet med oppdraget (kapittel 4.1.3). I kapittel 4.1.4 ser jeg på om det foreligger andre momenter som kan tillegges vekt i vurderingen av hva som utgjør hovedytelsen i et oppdrag. Det presiseres at i avhandlingen vil det ikke ses nærmere på om tjenester levert av underleverandører sammen med hovedytelsen utgjør en sammensatt yttelse.

4.1. Verdipapirhandellovens tilknyttede tjenester

Merverdiavgiftsloven gir ikke føringer når det gjelder spørsmålet om hvordan man skal håndtere en tjeneste som er sammensatt av flere ytelser med ulike avgiftskrav. Det er imidlertid uttalt i forarbeidene at for verdipapirforetak vil avgrensningen ”i stor grad være sammenfallende” med definisjonen av ”tilknyttede tjenester” i verdipapirhandellovens § 8-1, mens tjenester definert som ”investeringstjenester” i samme lovs § 1-2 er omfattet av unntaket.⁸³ Tilknyttede tjenester er tjenester som blant annet gjelder oppbevaring og forvaltning av finansielle instrumenter og rådgiving med hensyn til foretaks kapitalstruktur. Dette er tjenester som etter Finanstilsynets mening ikke vil ha direkte tilknytning til den finansielle hovedtjenesten og vil dermed ikke omfattes av avgiftsunntaket.⁸⁴

Henvisningene i merverdiavgiftslovens forarbeider knytter seg til den gamle verdipapirhandelloven og man kan stille spørsmål ved om disse henvisningene også er aktuelle for den nye loven som ble innført i 2007. Bestemmelsen om investeringstjenester er videreført i § 2-1 (1), men med den endring at blant annet ”investeringsrådgiving”⁸⁵ også er omfattet. Med investeringsrådgiving menes personlig anbefaling til kunde, på kundens eller verdipapirforetakets initiativ, om en eller flere transaksjoner i forbindelse med bestemte finansielle instrumenter. Endringen har utvidet lovens virkeområde ved at investeringsrådgiving har gått fra å være en tilknyttet tjeneste til å bli en konsesjonspliktig tjeneste underlagt detaljerte regler.⁸⁶ Dette reiser spørsmålet om endringen påvirker håndteringen av de merverdiavgiftsrettslige reglene, og om det nå stilles krav til at meglere som formidler aksjer må ha konsesjon for at tjenesten kan omfattes av avgiftsunntaket i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).

⁸³ Tolkingssuttalelsen pkt. 4.

⁸⁴ Tolkingssuttalelsen pkt. 4.

⁸⁵ Verdipapirhandelloven § 2-4 (1).

⁸⁶ Ot.prp.nr. 34 (2006-2007) s. 12 og kap. 4.5.

Konsesjonsplikt vil for eksempel innebære at en advokat som bistår en klient med å overføre aksjene i en liten familiebedrift til neste generasjon, ikke er omfattet av avgiftsunntaket for formidling og omsetning av finansielle tjenester. Hensynet om at merverdiavgiften er en transaksjonsartet avgift hvor tjenesten eller varens art er avgjørende for avgiftsplikten, og ikke hvem som er formidler eller kjøper, taler *mot* en slik forståelse av reglene. Dette synspunktet finner også støtte i EU- domstolens avgjørelse om Sparkasserens Datacentral.⁸⁷ Domstolen uttaler at når det gjelder spørsmålet om hvilken rettslig form leverandøren eller mottakeren av den finansielle tjenesten har, er de "personelle omstændigheter" ikke relevante i forhold til avgiftsunntaket.⁸⁸ EU- domstolen oppsummerer at bestemmelsen skal tolkes slik at den ikke er betinget av at transaksjonene utføres av en bestemt form for virksomhet, av en bestemt form for juridisk person, eller helt eller delvis på en bestemt måte, det være seg elektronisk eller manuelt.⁸⁹ Prinsippet om avgiftsnøytralitet er til hinder for at det avgiftsmessig sett skilles mellom ellers like ytelser, uavhengig av om de er lovlige etter nasjonal rett.⁹⁰ I Card Protection Plan- dommen, som gjaldt formidling av forsikring, la EU- domstolen til grunn at direktivbestemmelsen ikke kunne tolkes innskrenkende til kun å gjelde levering av ytelser dersom leverandøren hadde tillatelse etter nasjonal lovgivning.⁹¹ Avgjørelsen tilsier at om tjenesteleverandøren har konsesjon, ikke har betydning for om en tjeneste omfattes av avgiftsunntaket i merverdiavgiftslovens § 3-6(1) e).

Henvisningen til verdipapirhandeloven synes i første rekke å være gjort av praktiske hensyn, ettersom verdipapirhandeloven allerede inneholdt en bestemmelse med relevant innhold også for merverdiavgift. Likevel ble forholdet til merverdiavgiftsloven ikke diskutert i forarbeidene til den nye verdipapirhandeloven. Det kan da vanskelig argumenteres med at man skal fravike det grunnleggende prinsippet om at tjenestens *art* er avgjørende, og ikke hvem som er leverandør eller mottaker av tjenesten, særlig når verdipapirhandeloven har til formål å regulere helt andre forhold enn merverdiavgiftsloven.⁹² Det kan dermed ikke kreves at formidlere av finansielle tjenester som driver investeringsrådgivning, må ha konsesjon for å omfattes av merverdiavgiftsunntaket i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).

Det kan også bemerkes at den norske måten med å henvise til verdipapirlovgivningen ikke finner motstykke i andre lands rett. I Sverige skal det foretas en "hovudsaklighets bedömning" av sammensatte oppdrag hvor det skjer en aksjeoverdragelse. Av tolkingsuttalelsen fremgår det at man må "legge stor vekt på praktiseringen og utviklingen

⁸⁷ C-2/95

⁸⁸ C-2/95 premiss 25.

⁸⁹ C-2/95 premiss 38.

⁹⁰ C-349/96 Card Protection Plan (heretter CPP) premiss 35.

⁹¹ C-349/96 premiss 36.

⁹² Larsen, 2004, s. 61.

av tilsvarende fritak i Sverige og Danmark".⁹³ Det kan dermed være grunn til å være skeptisk til at den norske rettsoppfatningen skal avvike fra den svenske på dette området.⁹⁴

Usikkerheten rundt forståelsen, og rekkevidden av de norske kildene tilsier at man ikke kan legge henvisningen til verdipapirhandeloven og dens definisjon ubetinget til grunn, men at det må foretas en konkret helhetsvurdering for å avgjøre om tjenesten er omfattet av merverdiavgiftsunntaket i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).

4.2. Tjenestens særtrekk

I den sentrale EU- dommen *Card Protection Plan (C-349/96)* tok domstolen blant annet stilling til hva som karakteriserer hovedytelsen i et sammensatt oppdrag. Tvisten gjaldt formidling av forsikring utført av en underleverandør og selve faktum har derfor ikke direkte overføringsverdi til formidling av finansielle instrumenter, men de generelle uttalelsene er likevel relevante. EU- domstolen uttalte at det må undersøkes hva som "særlig karakteriserer den pågående transaksjon"⁹⁵ med sikte på om ytelsen for en vanlig forbruker fremstår som flere uavhengige tjenester, eller én enkelt tjeneste. Det foreligger en enkelt tjeneste dersom et eller flere elementer anses å utgjøre hovedytelsen og ett eller flere elementer må anses for tilknyttede, eller sekundære ytelser, som avgiftsmessig skal følge hovedytelsen.⁹⁶ I de danske avgiftsmyndighetenes kommentar til rettsforliket ble det uttalt at for at ytelsene skal anses unntatt fra avgiftsplikt, må de være særskilte, spesifikke og vesentlige for de unntatte transaksjoner.⁹⁷ For formidlingstjenester vil det være å bringe potensielle parter sammen slik at kontrakt kan inngås. Kunden skal som nevnt i denne sammenheng forstås som en gjennomsnittsfbruker, selv om partene er profesjonelle.⁹⁸

I *Volker Ludwig- dommen (C-453/05)* ble vilkårene fra CCP- dommen stadfestet. Volker Ludwig var en selvstendig finansiell rådgiver, som drev en virksomhet hvor han analyserte den finansielle situasjonen til kunder han selv kontaktet, samt formidlet lån til disse på vegne av Deutsche Vermögensberatung AG (heretter DVAG). Lånekontrakten ble inngått mellom kundene og DVAG. Spørsmålet for EU- domstolen var om det var låneformidlingen eller rådgivningen som måtte anses for hovedytelsen. Domstolen la til grunn at formidlingsvirksomheten, som blant annet bestod i å gi en part i avtalen opplysning om når det kunne være mulighet for å inngå en slik kontrakt, og oppta kontakt med den annen part og føre forhandlinger (for oppdragsgivers navn og regning) er unntatt ettersom disse

⁹³ Tolkinguttalelsen pkt. 4.

⁹⁴ Larsen, 2004 s. 61.

⁹⁵ C-349/96 premiss 29.

⁹⁶ SKD 3/10 pkt. 2.1.

⁹⁷ Tolkinguttalelsen pkt. 4.

⁹⁸ C-349/96, premiss 29.

tjenestene hadde til formål å treffe de nødvendige foranstaltninger for at avtale kunne inngås.⁹⁹

EU- domstolen la videre vekt på at Volker Ludwig bare fikk betalt dersom Ludwigs arbeid faktisk førte til at det ble inngått låneavtale mellom kundene og DVAG. Det tilsa at låneformidlingen, og ikke rådgivningen var hovedytelsen. Argumentet ble støttet av at rådgivningen forgikk tidlig i prosessen og bestod i å hjelpe den potensielle lånekunden velge mellom ulike finansielle produkt som passet kundens behov.¹⁰⁰ Rådgivningen var dermed bare et middel for kunden til å utnytte låneformidlingen på best mulig måte. Hvor mye vekt man skal legge på hvordan tjenesteyter får betalt for tjenestene i hovedytelsesvurderingen blir diskutert nærmere under kapittel 7.

Når Høyesterett skulle ta stilling til spørsmålet om avgiftsbehandlingen av flere tilknyttede tjenester i et corporate finance- oppdrag i *Sundal Collier og Carnegie- dommen (Rt. 2009 s. 1632)*, tok førstvoterende utgangspunkt i CCP- dommen og Volker Ludwig- dommene og uttalte at sammenfatningen av vilkårene i Volker Ludwig- dommen også er dekkene for norsk rett. Høyesterett vurderte om Carnegies bistand ved salg av aksjene i de to selskapene Carmeda AB og Ergo Bluegarden for Norsk Hydro ASA og Posten Norge utgjorde en formidlingstjeneste som var omfattet av avgiftsunntaket. Carnegies oppgaver for de to selskapene var tilnærmet like og Carnegie arbeidet selvstendig med å presentere selskapene i markedet for å finne kjøpere. Arbeidet ledet til en mer ordinær meglingsprosess med budrunder.¹⁰¹ Mer presist bestod oppgavene i å kartlegge potensielle kjøpere og utarbeide budinstrukser samt en beskrivelse av virksomheten. Carnegie påbegynte også verdivurdering av virksomheten og oppbygningen av selskapsdokumentasjon. Ved forhandlingene om endelig kontrakt var Carnegie en del av forhandlingsteamet og bidro med forhandlingsstrategi/- taktikk og hadde rollen som ordførende.

Førstvoterende uttalte for Carnegies vedkommende i salgsprosessen med de to datterselskapene at "[i] mandatbrevene beskrives primært en standardisert og nødvendig prosess for avhendelse av bedriftene. Det ville i praksis ikke være mulig for Carnegie å opptre som mellommann ved salget med den rolle som er beskrevet, uten først å erverve en grunnleggende forståelse av den bedrift som skal selges. Dette forberedende arbeid er nettopp av en slik sekundær og underordnet karakter, som etter Volker Ludwig-dommen avgiftsmessig skal følge hovedytelsen. Det må videre legges til grunn at et ordinært element i et salgsoppdrag som dette nettopp er å rådgi blant annet om hva som vil være en realistisk prisforventning og hva som vil være et hensiktsmessig tidspunkt for å legge bedriften ut for

⁹⁹ C-453/05 premiss 28 og 29.

¹⁰⁰ Contra (LB-2008-184780) Grieg Invest- saken hvor det ble poengtert av Lagmannsretten at rådgivningen ikke bare skjedde innledningsvis, men også underveis i avtaleperioden, som normalt løp i to år.

¹⁰¹ Rt. 2009 s. 1632 premiss 82.

salg.”¹⁰² Høyesterett konkluderte med at Carnegies bistand ved salg av de to datterselskapene som resulterte i salg av aksjene var å anse som formidling av finansielle instrumenter som var unntatt merverdiavgift.

4.3. Oppdragsgivers hovedsiktemål

I Rt. 2009 s. 1632 utdypet Høyesterett vilkåret utarbeidet i EU- retten om at man i hovedytelsesvurderingen må se på hva som særlig karakteriserer den aktuelle transaksjon. ”Formålet vil ha klart betydning i denne sammenheng, men jeg finner grunn til å understreke at det ikke er tale om å vurdere målet for prosjektet som sådant, men *hva som for oppdragsgivers side er hovedsiktemålet med tjenestene fra den enkelte tjenesteyter isolert sett.*”¹⁰³ Ved vurderingen av om det er levert en sekundær ytelse som følger hovedytelsen, skal en ytelse anses for sekundær ”når den *ikke for kunderne udgør et mål i sig selv, men et middel til at udnytte tjenesteyderens hovedydelse på de bedst mulige betingelser*”.¹⁰⁴

Når Høyesterett påpeker at det er hovedsiktemålet til oppdragsgiver som definerer hovedytelsen, tilsier det at Høyesterett har lagt til grunn en mer subjektiv vurdering enn hva som fremkommer av EU- rettspraksis. Volker Ludwig- dommen synes på sin side å legge til grunn at det skal foretas en objektiv vurdering av hva en vanlig forbruker mener er hovedytelsen. Dersom oppdragsgivers subjektive formål i seg selv skal være avgjørende står man i fare for at formålet tilpasses det resultatet oppdragsgiver ønsker å oppnå, normalt at corporate finance- tjenesten skal være unntatt merverdiavgift. Men uttalelsene over kan ikke forstås på denne måten. Det støttes av Høyesteretts videre vurdering.

For å vurdere hva som var oppdragsgivers hovedsiktemål tok Høyesterett utgangspunkt i de skriftlige mandatavtalene inngått mellom partene. Mandatavtalene ble ansett som viktige i bevisvurderingen på bakgrunn av det veletablerte prinsipp om vektleggingen av de begivenhetsnære bevis, jf. Rt-1996-821.¹⁰⁵ Førstvoterende uttalte at de skriftelige avtaler må være utgangspunktet, sammenholdt med hva som fremstår som mest nærliggende i henhold til ”vanlig praksis i bransjen” og ”omstendighetene i den konkrete sak”, samt ”den faktiske situasjonen da [oppdraget] ble gitt”.¹⁰⁶

¹⁰² Rt. 2009 s. 1632 premiss 90.

¹⁰³ Rt. 2009 s. 1632 premiss 55. Min kursivering.

¹⁰⁴ C-349/96 premiss 30.

¹⁰⁵ Andrevoterende dissenterte blant annet på dette punktet. Dommer Skoghøy uttrykte skepsis til at Høyesterett overprøvde den umiddelbare bevisførselen som ble gjort for tingretten og lagmannsretten. Se Rt. 2009 s. 1632 premiss 96-99.

¹⁰⁶ Rt 2009. s 1632 premiss 57 og 63. Men det kan diskuteres om Høyesterett er helt konsekvent når de sier det skal legges vekt på de begivenhetsnære bevis, og fortrinnsvis skriftlig materiale. I Rt. 2000 s. 402 (Vest Kontorutvikling) så Høyesterett bort fra det som stod skrevet på fakturaen. Se kap 7.2.

Førstvoterende foretok en grundig gjennomgang av mandatavtalene når han skulle vurdere Carnegies og Sundal Colliers rolle i fusjonsprosessen. Han fremhevet at både Carnegie og Sundal Collier hadde kommt inn i saken på et tidspunkt da det allerede var klart hvilke to selskaper som skulle fusjonere, men det forelå usikkerhet om bytteforholdet. Sundal Collier var riktignok i kontakt med DnB- rådgivere, men hadde ikke mandat til å reforhandle. Sundal Collier var i hovedsak valgt på grunn av dets legitimitet i markedet og tidligere samarbeid med DnB og skulle bidra med å overbevise aksjonærene om at det var finansielt gunstig for dem å gjennomføre en fusjon. For Carnegies vedkommende forelå det ingen skriftlig mandatavtale, men Høyesterett vurderte den konkrete saken og kom til at Carnegies tjenester var tilsvarende de levert av Sundal Collier. Høyesterett anerkjente at tjenestene levert av investeringsforetakene kunne ha en viss karakter av meglingstjenester,¹⁰⁷ men kom til at de ikke var tilstrekkelig konkrete og hadde en så ubetydelig rolle at de ikke kunne anses som til å anses omfattet av aksjemeglingen. Det som særlig karakteriserer en formidlingstjeneste er å bringe to parter sammen for mulig avtaleinngåelse, ikke overbevisning av egne aksjonærer. Formidling var derfor ikke oppdragsgivernes hovedsiktemål. Samtidig hadde oppdragsgiverne en egeninteresse i rådgivningstjenestene.

4.4. Andre momenter i vurderingen

I vurderingen av om det er levert en eller flere ytelser kan det være en faktor om leverandøren har valgt å fakturere en samlet pris, eller spesifisert vederlaget for de enkelte delleveransene.¹⁰⁸ Dersom de ulike delene i oppdraget har blitt priset hver for seg kan det være et argument for at ytelsene skal avgiftslegges separat.

Hvor stor del av den samlede prisen delleveransen utgjør kan også være en indikasjon på om den anses som en selvstendig tjeneste eller er en tilknyttet tjeneste som skal følge avgiften til hovedytelsen.¹⁰⁹ Riktignok kan det være et moment om oppdragsgiver har mulighet til å velge bare en delleveranse. En slik valgmulighet tilsier at det ikke er et nødvendig middel for å nyttegjøre seg av tjenesten.

En enstemmig Høyesterett har i *Rt. 2004 s. 2000* imidlertid lagt til grunn at det faktisk at ytelser bestående av rådgivning og produksjon av en publikasjon var priset særskilt på fakturaene, ikke kunne ha betydning i den sammenheng. Høyesterett konstaterte at de redaksjonelle tjenestene rådgivningsselskapet hadde utført i forbindelse med publikasjonene var en helt nødvendig og integrert del av det produktet kundene hadde bestilt. Det var i

¹⁰⁷ Rt. 2009 s. 1632, premiss 74. Se også Bohn Jespersen, 2011, s. 363.

¹⁰⁸ Se C- 349/96 (Card Protection Plan) pkt. 31 og Rt. 2004 s. 2000 (Geelmuyden. Kiese) og LB-2008-184780 (Grieg Invest).

¹⁰⁹ Ramsdahl Jensen, 2007, s. 953.

saken heller ikke tilstrekkelig at rådgivningen hadde en selvstendig verdi når den omsattes særskilt.¹¹⁰

Ved vurderingen av hvilken ytelse i et corporate finance- oppdrag som utgjør hovedytelsen kunne man tenke seg at antall arbeidstimer som er lagt i de ulike ytelsene eller det utbetalte vederlaget som var avgjørende. Skattedirektoratet¹¹¹ har imidlertid vist til den svenske skatterettsnämndens uttalelse av 2. november 1999, hvor det vises til at selv omfattende ytelser som knytter seg til fremstilling og distribusjon av prospekt, verdifastsettelse og markedsføring av aksjer, kundebearbeiding osv kan anses for å være av underordnet betydning dersom de i det vesentlige kun fremsto som et middel for oppdragstakeren for å løse sitt oppdrag på best mulig måte. Ytelsene ble dermed ansett som mindre vesentlige og underordnet hovedytelsen som var salg av aksjer.

4.5. Oppsummering

Ved levering av et oppdrag som inneholder flere ytelser med isolert sett ulikt avgiftskrav, danner *hovedytelsen* i oppdraget grunnlaget for avgiftsplikten. I hovedytelsesvurderingen må man foreta en helhetsvurdering ut i fra en vanlig forbrukers forståelse, hvor man ser på hva som særlig karakteriserer den aktuelle transaksjonen. Ved formidling vil det være å bringe partene sammen slik at avtale om et finansielt instrument kan inngås, uten at formidleren selv har interesse i kontraktens innhold. Dersom den avgiftspliktige rådgivningstjenesten ikke er et mål for oppdragsgiver i seg selv, men bare et middel for å utnytte formidlingen på best mulig måte utgjør den en tilknyttet tjeneste. Forutsatt at den tilknyttede tjenesten er mindre vesentlig enn hovedtjenesten kan den avgiftsmessig sett likestilles med den unntatte hovedytelsen, er hele oppdraget unntatt merverdiavgift etter merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e).

¹¹⁰ Rt. 2004 s. 2000, Geelmyuden.Kiese, premiss 39 og 40.

¹¹¹ Skattedirektoratet, *Merverdiavgift og corporate finance tjenester*, Revisjon og regnskap nr. 2/2002.

5. Salg av selskaper

I foregående kapittel har jeg foretatt en generell gjennomgang av vilkårene som må være innfridd, for at en finansiell tjeneste kan anses omfattet av merverdiavgiftunntaket. I kapittel 5.1 ser jeg nærmere på hvordan man klassifiserer den tjenesten som formidles i corporate finance- oppdrag ved omsetning av selskaper. Noe repetisjon fra den generelle gjennomgangen vil forekomme, men dette er nødvendig ettersom lovens vilkår også må være innfridd for denne type corporate finance- oppdrag. I kapittel 5.2. analyserer jeg nye avgjørelser fra myndigheter og utenlandske domstoler, som er avsagt etter Sundal Collier-dommen fra 2009. Avgjørelsene gjelder spørsmålet om den unntatte meglingstjeneste knytter seg til finansielle instrumenter eller omsetning av fast eiendom. Avgjørelsene antas å medføre en klargjøring av dagens rettsoppfatning.

Salg av et selskap kan gjennomføres ved å overdra driftsmidler og omløpsmidler, den såkalte innmaten, eller overdra aksjene i selskapet. Innmatsoverdragelse kan omfatte et helt selskap, deler av et selskap eller de enkelte eiendeler, som maskiner, varer eller eiendommer. Innmaten i et selskap er å anse som "varer" i merverdiavgiftslovens § 1-3 (1) b), og formidling av innmat skal derfor som utgangspunkt ilegges avgift etter hovedregelen i merverdiavgiftslovens § 3-1 (1). Aksjer på sin side ligger i kjernen av "finansielle instrumenter". Ved salg av aksjer i et selskap er salget av *selve aksjene* isolert sett å anse som "omsetning av finansielle instrumenter" og er dermed unntatt avgift.

Avgjørende for at en formidlingstjeneste skal være unntatt merverdiavgift er at en eller flere hovedtransaksjoner finner sted. Med det menes at det for finansielle tjenester må skje en overføring av finansielle instrumenter mot vederlag. Utfordringen er hvordan man skal klassifisere salget av et selskap, hvor en fast eiendom utgjør hele selskapets verdi. Det kan argumenteres for at selv om aksjene i selskapet selges, så er det i *realiteten* en fast eiendom som overføres. På den andre siden kan salget vurderes slik at uavhengig av hva som utgjør selskapets verdi, er det aksjer som til slutt omsettes.

5.1. Tjenesteyters fagkunnskap

Det uttales i Merverdiavgiftshåndboken (2012) at overdragelse av verdipapirer som gir rettigheter i fast eiendom er avgiftspliktig, slik som for eksempel salg av aksjeleiligheter. Megling ved salg av aksjer er imidlertid generelt unntatt. Ved "salg av aksjer i et eiendomsselskap må det derfor *vurderes konkret* om tjenesten anses for å gjelde

overdragelse av aksjene eller eiendommen(e). Det vil bl.a. ha betydning om den som yter tjenesten skal bidra med sin fagkunnskap/kompetanse innen omsetning av fast eiendom.”¹¹²

Håndboken viser til en dansk dom som illustrasjon. I dommen fra Vestre Landret¹¹³ (2002) var spørsmålet om en eiendomsmeglers forberedelse og gjennomføring av salg av aksjene i et selskap, hvor eneste verdi var en fast eiendom, var å anse som unntatt aksjemegling eller avgiftspliktig eiendomsmegling. Salget resulterte i overføring av aksjene og retten sa seg enig i at det hadde blitt utført meglingstjenester. Villkårene i loven for avgiftsunntaket var da tilsynelatende innfridd. Likevel la retten vekt på at tjenesteyteren var leid inn på grunn av hans spesielle kunnskaper om eiendomssalg, mens oppdragsgiver selv måtte anses å ha særkunnskap om aksjesalg. Landretten uttalte at ”Det må antages, at Jyske Bank selv er sagkyndig med hensyn til salg av aktier, og at banken søgte bistand hos sagsøgeren, der er ejendomsmæglervirksomhed, fordi sagsøgeren skulle bidrage med sagkundsab vedrørende handel med fast ejendom.” Landretten konkluderte med at de leverte tjenester måtte anses som eiendomsmeglingstjenester, og merverdiavgift skulle ilegges for hele meglerhonoraret.

I Finansdepartementets tolkingsuttalelse punkt 4 fremheves det at ved den nærmere grensedragningen må det ”legges stor vekt på praktiseringen og utviklingen” av tilsvarende unntak i Sverige og Danmark. Merverdiavgiftshåndbokens henvisning til denne dommen tilsier at norske skattemyndigheter anser avgjørelsen som relevant for den norske rettstilstanden.

I en dom fra den svenske Regjeringsretten fra 2006¹¹⁴ ble det gjort tilsvarende bedømming som i den danske dommen. Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om et corporate finance- oppdrag ved salg av unoterte selskap utgjorde unntatte formidlingstjenester. Tjenestene bestod i analyse og verdivurdering av selskaper, markedsbearbeiding, bearbeiding av interessenter, formidling, samt forhandlinger og avtaleinngåelser. Oppdragene var normalt formulerte som *åpne mandat*, det vil si at det var åpent fra oppdragsgivers side om salget skulle resultere i salg av aksjene eller innmaten. Skatterettsnämnden, som behandlet saken først, la til grunn at unntaket etter tidligere praksis kommer til anvendelse ved handel eller formidling av aksjer i tilfeller der den hovedsaklige delen av oppdraget består av å finne kjøpere til *et stort antall* aksjer. Selskapene ble normal solgt hele og hadde en begrenset omsetning (200 mill svenske kr). Skatterettsnämnden konkluderte med at oppdragstakers tjenester var av rådgivende karakter. Nämnden la vekt på at det først var veldig sent i prosessen at valget om aksjesalg ble tatt, og på det tidspunktet gjenstod bare mindre ytelser, som opprettelse av avtale og endelig slutføring av forhandlingene. Regjeringsrätten, som dømte i klagesaken, sa

¹¹² Merverdiavgiftshåndboken kap 3.6.8. Se også kap. 3-6.13.

¹¹³ SKM2002.676.VRL

¹¹⁴ RÅ 2006 not. 188. Dom i mål nr 5778-09, Kammarrätten i Stockholm, s. 3 ff. Länsrätten i Stockholms dom, mål nr. 13137-08.

seg enig i skatterettsnämndens bedømmelse av saken og mente av de ytelser utført av oppdragstaker skulle anses å ha *en annen karakter* enn rent finansielle. Nämnden argumenterte med at ved salg av et ikke- børsregistrert selskap vil rådgivningen og det forberedende arbeidet være dominerende. Motsatt vil gjelde ved markedsintroduksjon eller lignede der en dominerende del av oppraget består i å finne kjøpere til et stort antall aksjer. Det faktum at tjenestene resulterte i overførsel av alle aksjene i selskapet, skulle ikke spille noen rolle ved bedømmelsen av tjenesten. Et oppdrag med å finne kjøpere til et selskap, var dermed å anse som et avgiftspliktig konsulentoppdrag, selv om oppdraget var formulert og gjennomført som et aksjesalg.¹¹⁵

I dommen *RÅ 2010 not. 91* behandlet den svenske regjeringsretten en overklaget forhåndsbeskjed avsagt av Skatterettsnämnden. Saken gjaldt spørsmål om et private equity-selskap som driver med oppkjøp av selskaper for så å omstrukturere og selge de, skulle betale merverdiavgift av meglingstjenestene de benyttet seg av under dette arbeidet. Ved salget av selskapene ble det leid inn tjenester fra en utenlandsk investeringsbank med dokumentert erfaring i å gjennomføre store og omfattende transaksjoner. Nämnden uttalte at ved en slik vurdering bør man særlig se på hva slags tjenester som etterspørres i tilknytning til salget. Relevante faktorer her vil være karakteren av selskapet som aksjesalget gjelder og selgers egen kompetanse. Corporate finance- tjenestene gjaldt formidling av en stor aksjepost. Selskapenes samlede omsetning var på ca 45 milliarder svenske kroner, noe som talte for at det var gjennomført en mer tradisjonell formidling av aksjer. Videre argumenterte nämnden med at oppdragsgiveren selv kunne antas å ha den kunnskapen og kompetansen til å avgjøre *om, når og på hvilke betingelser* et salg skulle foretas. Investeringsbanken på sin side var valgt blant annet på grunn av dens vel utbygde kontaktnett. Nämnden kom derfor til at oppdragstaker ikke var leid inn med rådgivningshensikter, men fordi de skulle hjelpe til med å finne en kjøper. Det skulle dermed ikke betales avgift for disse tjenestene. Regjeringsretten sluttet seg til Nämndens standpunkt.

Ved salg av selskaper har det i teori og praksis vært diskutert om det skal sondres mellom salg av samtlige, eller deler av aksjene i et selskap. *Larsen* hevder at ved salg av aksjene i et *ikke- børsnotert* selskap, må det foretas en konkret vurdering av om det er aksjene eller eiendommen som selges.¹¹⁶ Det bygger trolig på at når aksjene i et ikke- børsnotert selskap selges, har det ikke den samme preg av "omsettelighet" som når man selger aksjer over børs, som klart er unntatt merverdiavgift. I Rå 2010 poengterte Skatterettsnämnden at porteføljeselskapet som skulle selges hadde en omsettelig karakter fordi aksjene skulle selges til mange kjøpere, i likehet med mer tradisjonelt aksjesalg.

¹¹⁵ Skatteverkets ställningstaganden 02.10.2007 (Opphevet).

¹¹⁶ Larsen, 2004, s. 45.

Skattedirektoratet har uttalt at meglertjenester ved salg av 100% av aksjene i et selskap må likestilles med virksomhetsoverdragelse, som er en avgiftspliktig konsulenttjeneste.¹¹⁷ Denne forståelsen har møtt skepsis innen juridisk teori. Salg av aksjer omfattes av ordlyden av avgiftsunntaket, uavhengig av antall aksjer som omsettes. Det skulle således ikke være av betydning om alle eller noen av aksjene i et selskap omsettes.¹¹⁸

Riktignok vil salg av alle aksjene i et selskap i realiteten medføre overføring av alle selskapets verdier til ny eier, noe som taler for at salget kan anses som et avgiftspliktig eiendomssalg. Men når det gjelder salg av et selskap som har en fast eiendom som eneste verdi, vil ikke salget av aksjene medføre at eiendommen får ny eier. Eiendomsselskapet vil fremdeles stå om eier av den faste eiendommen, mens eier av eiendomsselskapet endres. Salget utløser ikke dokumentavgift til staten og det vil ikke tinglyses i grunnboka.

I Sverige ble det gitt ut en ny Ställningstagande i 2012 som går imot direktoratets forståelse. Der uttales at "det har ingen betydelse om oppdraget består av att förmedla alla eller en del av aktierna i ett företag. Antal aktier som förmedlas påverkar inte tjänstens karaktär."

Praksis fra Sverige understreker at det skal ses hen til hva som faktisk omsettes og ikke tjenestens underliggende verdi eller tjenesteyters fagkunnskap.

I det følgende skal det ses nærmere på *ny rettspraksis* som gjelder spørsmålet om det er partenes kompetanse som skal være avgjørende for å kategorisere et corporate finance-opppdrag som en avgiftsunntatt meglingstjeneste.

5.2. Transaksjonens objektive karakter

I enkelte tilfeller kan det forekomme at et corporate finance- oppdrag som gjelder salg av aksjer i et selskap, endrer seg underveis i prosessen til å gjelde salg av innmaten i selskapet. Problemet blir om man skal behandle hele tjenesten som et avgiftspliktig innmatssalg, eller om hele eller deler av vederlaget skal behandles som unntatt fra merverdiavgift, på bakgrunn av at hovedsiktemålet for oppdragsgiver var å gjennomføre en unntatt transaksjon av aksjer.¹¹⁹

Tjenestene i et corporate finance- oppdrag knyttet til salg og formidling av enten fast eiendom eller aksjer, vil i stor grad være sammenfallende. For begge tilfeller skal tjenesteyter normalt utarbeide prospekt, rådgi, finne kjøpere, forhandle kontrakter osv. Det kan hevdes at en tjeneste skal være avgiftsfri selv om det i tolvte time blir besluttet at det

¹¹⁷ Skattedirektoratets brev av 30. januar 2002.

¹¹⁸ Larsen, 2004, s. 42.

¹¹⁹ BFU/12. Avgitt 25. juni 2012.

skal foretas et innmatsalg i stedet for et aksjesalg av selskapet. For dette standpunkt kan det anføres at megleren normalt vil ha utført størsteparten av meglingstjenestene på det tidspunkt innmatsalg besluttes. Megleren vil allerede ha funnet kjøper, forhandlet og fastsatt pris. De oppgaver som gjenstår, som for eksempel kontraktsinngåelse, vil normalt være små.¹²⁰

Det kan da fremstå som tilfeldig at man ved et åpent mandat plutselig endrer tjenestens avgiftsmessige status bare fordi det som i siste instans blir avhendt er fast eiendom og ikke aksjer, særlig når *innholdet* i ytelsene er like. Prinsippet om konkurransenøytralitet skal i følge Storvikutvalget tolkes slik at "like ytelser skal underlegges den samme avgiftsmessige behandlingen"¹²¹ og en endring av avgiftsplikten i siste liten vil kunne virke styrende på hvilke disposisjoner partene velger å foreta, noe som strider mot de grunnleggende hensynene bak avgiftsreformen.

Det kan argumenteres for at dersom oppdragsgivers formål med transaksjonen er avgjørende for avgiftsspørsmålet, vil endring av oppdraget ikke spille noen rolle, og oppdraget skal avgiftsbelegges i henhold til formålet. Dette reiser åpenbare problemer. Skulle formålet til oppdragsgiver legges til grunn ville man kunne støte på situasjonen hvor han avtaler seg bort fra en merverdiavgiftsplikt, ved å påberope seg at formålet var aksjesalg. Det ville i så tilfelle stride mot prinsippet om en bredest mulig avgiftsplattform.

Skattedirektoratet avsa i juni 2012 en *bindende forhåndsuttalelse*¹²² som gjaldt avklaringen av den avgiftsmessige stillingen av et oppdrag om aksjesalg endres til innmatsalg. Selskapet som ønsket forhåndsuttalelsen drev med bistand til bedrifter og eiere ved kjøp, salg, fusjon og omstrukturering av selskaper. Innsender hevdet av oppdragsgivers formål med å selge aksjene i selskapet, som var fastsatt i mandatavtalen, ubetinget måtte legges til grunn. Om prosessen skulle ende i andre transaksjoner enn salg av aksjer, for eksempel en innmatstransaksjon, kunne det ikke påvirke avgiftsplikten.

Skattedirektoratet uttalte at særlig ved avhending av et selskap vil man ofte ikke ta endelig stilling til hvilken underliggende transaksjonsform som skal gjennomføres, aksjesalg eller innmatsalg. Merverdiavgiften er i sin natur transaksjonsrelatert i den forstand at det er transaksjonens art og gjennomføring som er bestemmende for, om, og i tilfelle når avgiftsplikt oppstår. Dette tilsier at oppdragsgivers primære formål eller øvrige ønsker ikke kan danne grunnlaget for avgiftsplikten, men at det må ses hen til hvilken transaksjonsform formidlingsoppdraget faktisk resulterer i. Skattedirektoratet legger etter dette til grunn at oppdragsgivers primære ønske om at avhendingen skal skje i form av aksjer ikke kan være

¹²⁰ Larsen, 2004, s. 42.

¹²¹ Ot.prp.nr.2 (2000- 2001) kap. 7.1.3.2.

¹²² BFU 18/12.

avgjørende for avgiftsberegningen og hevder at denne forståelsen "fullt ut" er i samsvar med svensk merverdiavgiftsrett og viser til Skatteverkets Handledning för mervärdeskatt 2012.¹²³

I Skatteverkets Handledning (2012) uttales det på side 1168 at det er uten betydning om et formidlingsoppdrag er formulert som et åpent mandat, dvs. det kan resultere i enten en overdragelse av innmaten eller aksjene i selskapet. "Det är alltid vad som faktiskt överlåts som avgör om förmedlingstjänsten omfattas av undantaget från skatteplikt."¹²⁴

Handledningen viser til avgjørelsen fra Högste forvaltningsdomstolen (*HFD 2011 ref. 21*) som begrunnelse. Tjenesteyter var et eiendomsmeglerforetak som i denne saken solgte aksjene i et eiendomsselskap. Spørsmålet for retten var om tjenesteyter hadde formidlet en unntatt finansiell tjeneste. Skatterettsnämnden hadde i en tidligere instans, med henvisning til EU-retten, lagt til grunn at oppdraget måtte ha karakter av en finansiell tjeneste for å omfattes av unntaket. De leverte tjenester hadde derimot i det vesentlige samme innhold som ved salg av fast eiendom og tjenesten ble dermed ansett som avgiftspliktig. Högste forvaltningsdomstolen opphevet vedtaket og kommenterte at det manglet anledning til å se på leveransen som noe annet enn aksjeformidling. At selskapet i det øvrige egnert seg til å drive eiendomsformidling "påverkar inte den bedömningen eftersom frågan om skatteplikt eller undatag är oberoende av vem som tilhandahållar eller tar emot tjänsten."

Med andre ord skal et oppdrag om formidling av et selskap, som resulterer i overdragelse av aksjene i selskapet, alltid anses som formidling av aksjer og er dermed unntatt merverdiavgift. På bakgrunn av denne dommen endret skatteverket sin tidligere oppfatning om at formålet med å leie inn rådgiver med kunnskap om aksjesalg eller eiendomssalg var avgjørende for avgiftsplikten og uttalte at tidligere presedensdom¹²⁵ fra 2006 var utdatert. Skatteverket trakk så tilbake sin stallingstagande fra 2007 og publiserte et nytt i august 2011. Dette har blitt komplettert med en klargjøring i februar 2012.¹²⁶ Harmoniseringshensyn tilsier at avgrensningen av avgiftsunntaket for finansielle tjenester, slik det er blitt gjort i Sverige, også skal legges til grunn i norsk rett.

EU-domstolen har også i den senere tid tatt stilling til avgiftsunntaket for finansielle tjenester. EU-domstolen avsa juli 2012 dom¹²⁷ hvor spørsmålet var om avgiftsunntaket ved formidling av aksjer omfattet formidling av en fast eiendom som ble "pakket inn" som et aksjeselskap. DTZ Zadelhoff er et Hollandsk selskap som normalt utfører megling- og rådgivningsvirksomhet ved salg av fast eiendom. I den aktuelle saken hadde Zadelhoff utført tjenester for to selskaper, Fabege AB og Sienstra BV, med å finne kjøpere og formidle

¹²³ BFU 18/12.

¹²⁴ Skatteverkets Handledning för mervärdeskatt 2012 del II avsnitt 33.2.2.1 side 1168. (Skatteverket 2011-08-23, dnr 131 569884-11/111)

¹²⁵ RÅ 2006 not. 188. Se beskrivelse av dommen i kap. 5.1.

¹²⁶ Skatteverkets ställningstagande om företagsförmedling av 21. februar 2012

¹²⁷ C-259/11 DTZ Zadelhoff

aksjene i eiendomsselskaper de to eide. Spørsmålet for EU- domstolen var om de utførte tjenestene som ledet til at eiendomsselskapene ble solgt gjennom en overføring av aksjene i de aktuelle selskapene, var omfattet av avgiftsunntaket for formidling av finansielle tjenester. Domstolen konstaterte at det hadde skjedd en aksjeoverføring, og i dette henseende var det uten betydning at Sienstra opererte med et åpent mandat hvor det ikke var presisert om det var eiendommen eller aksjene som skulle overdras. Transaksjonens objektive karakter, altså aksjesalg, måtte med mindre det forelå et unntakstilfelle, dermed legges til grunn for avgiftsplikten siden det var aksjer som i siste ende faktisk ble overført. EU- domstolen la til grunn at bestemmelsen skal tolkes slik "at transaksjoner som de i hovedsagen omhandlede, som har til formål at overdrage aktier i de omhandlede selskaper, og som har ført til dette resultat, men som i sidste ende vedrører fast eiendom, der ejes af disse selskaper, og den (indirekte) overdragelse deraf, er omfattet av denne momsfrigivelse." ¹²⁸

Den nye rettspraksis fra EU, Högsta förvaltningsdomstolen og Regjeringsrätten i Sverige, samt den bindende forhåndsuttalelsen fra Skattedirektoratet kan tilsa at det har skjedd en presisering av rettsstillingen når det gjelder spørsmålet om hva som skal være vurderingsgrunnlaget for avgiftsunntaket når det gjelder salg av selskaper. Praksis fra EU og Sverige som utgangspunkt bare ha vekt i form av sin argumentasjonsverdi. Men ettersom Skattedirektoratet gjennom den bindende forhåndsuttalelsen uttrykkelig har henvist til svenske kilder og i tillegg anser at uttalelsen samsvarer med EU- retten, tilsier det at argumentasjonen har overføringsverdi til norsk rett og at tilsvarende rettsoppfatning skal legges til grunn. Kildene tilsier at det er den transaksjonen som faktisk har funnet sted, aksje- eller innmatsalg, og ikke avtalen mellom partene eller meglerens kunnskaper om aksjer eller eiendomsselskap som er avgjørende for avgiftsplikten.

¹²⁸ C-259/11 premiss 25.

6. Vederlag

Merverdiavgiften er transaksjonsorientert og det er ytelsens *art* som er avgjørende for avgiftsplikten og ikke hvem som er *tjenesteyter* eller *tjenestemottaker*.¹²⁹ I realiteten er det den faktiske varen eller tjenesten som utgjør det teoretiske beskatningsobjektet. Det er derfor leveransens *art* som er altoverveiende utgangspunkt for transaksjonens avgiftsmessige konsekvenser.¹³⁰ Ved beregningen av avgiftsgrunnlaget blir imidlertid normalt *vederlaget*, av avgiftstekniske og praktiske årsaker, lagt til grunn. I det følgende skal det ses på avgiftshåndteringen av de ulike formene for vederlag og eventuelle konsekvenser av at et oppdrag om salg av aksjer endrer seg til et innmatssalg eller avbrytes før avtale kommer i stand.

Når det gjelder den avgiftsmessige behandlingen av vederlag for finansielle formidlingstjenester, er det uttalt i tolkingsuttalelsen punkt 5.1. at det må legges vekt på den tilsvarende avgrensningen i Sverige og Danmark. Det henvises så det svenske Riksskatteverkets bindende forhåndsuttalelse av 2. november 1999.

6.1. Suksessvederlag

Det er vanlig praksis i bransjen at tjenesteyter mottar betaling i form av et såkalt suksesshonorar ("success fee"). Utbetaling av vederlaget er da betinget av at formidlingen fører til at avtale blir inngått. Det er en forutsetning for at en finansiell tjeneste skal være unntatt merverdiavgift at det har blitt gjennomført en "omsetning" av finansielle instrumenter.¹³¹ Avbrytes oppdraget før avtalen kommer i stand, har tjenesteyter ikke levert en tjeneste mot betaling, og omsetningsvilkåret er ikke innfridd. Megler mottar da ikke vederlag og skal da naturlig nok ikke beregne avgift for utførte rådgivningstjenester.¹³²

Det kan hevdes at dersom det er avtalt suksessvederlag vil det være et argument i hovedytelsesvurderingen at oppdragsgivers formål var å selge aksjene. Departementet har uttalt at det i forhold til unntaket for finansielle tjenester er uten betydning om vederlagt blir ytt i form av suksessvederlag. Departementet kommenterte ikke problematikken nærmere, men henviste bare til uttalelser i en bindende forhåndsuttalelse av det svenske Riksskatteverket av 2. november 1999.¹³³ Lagmannsretten bygde på Departementets uttalelser i saken om Sundal Collier og Carnegie. Investeringsrådgiverene hevdet for

¹²⁹ Strandet Jepsen, 2010, s. 290 flg., samt C-2/95- dommen premiss 38, samt 32 og 58.

¹³⁰ Ramsdahl Jensen, s. 951 og Strandet Jepsen, 2010 s. 291.

¹³¹ Riksskatteverkets bindende forhåndsuttalelse av 2. november 1999, henvist til i tolkingsuttalelsen pkt. 4.

¹³² Larsen, 2004, s. 56.

¹³³ Tolkingsuttalelsen punkt 5.1.

Lagmannsretten¹³⁴ at formålet med oppdraget var meglingstjenestene, ettersom de begge fikk betaling i form av "success fees" dersom fusjonen ble gjennomført og godkjent. Lagmannsretten konkluderte med at hvordan vederlaget beregnes ikke hadde avgjørende betydning for avgiftsspørsmålet. Et generelt success fee gir ikke noen direkte indikasjoner for hvilke elementer i oppdraget som er viktigst for oppdragsgiver for nå målet om en vellykket fusjon, men er et incitament til oppdragstaker om best mulig innsats.¹³⁵ Høyesterett sa seg enig i Lagmannsrettens vurdering. Etter Zadelhoff- dommen og Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse (2012) kan det konkluderes med at avgiften skal følge tjenestens art. Dersom det som overføres er aksjer (og de øvrige vilkårene er innfridd), skal vederlaget for tjenesten være unntatt merverdiavgift. Benevnelsen av vederlaget kan derfor ikke ha avgjørende betydning.

6.2. Fast vederlag

Suksessvederlag kombineres ofte med et fast vederlag. Fast vederlag utbetales normalt forskuddsvis eller underveis i oppdraget og skal kompensere oppdragstaker for kostnader ved arbeid som utføres før endelig kontrakt signeres. Fast vederlag betales ut uavhengig av om en endelig avtale inngås. Vederlaget utgjør dermed også en garanti for oppdragstaker for de tilfellene at endelig avtale ikke kommer i stand og suksessvederlaget ikke utbetales.¹³⁶

Hensett til svensk praksis, fremgår det av det svenske Skatteverkets ställningstagande (2012)¹³⁷ at *tjenestens karakter* skal anses for å være en formidlingstjeneste når det fremgår av avtalen at tjenestene skal *resultere i formidling* av selskapet ved overdragelse av aksjer eller innmat. Resulterer formidlingstjenesten i aksjeoverdragelse er den unntatt merverdiavgift.

I de tilfeller partene har regulert i avtalen om det er aksjer eller innmat som skal selges, og oppdraget gjennomføres i henhold til mandatet, oppstår det sjelden problemer. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av tjenestens karakter og hva som etterspørres av formidlerens kunde i hvert enkelt tilfelle. Transaksjonens karakter er avgjørende og det ilegges merverdiavgift avhengig av om formidlingen resulterer i overføring av aksjer eller innmat.

¹³⁴ Borgarting Lagmannsrett LB-2008-97733.

¹³⁵ Borgarting Lagmannsrett LB-2008-97733, behandlingen av Sundal Collier. Se også Michelsen og Wollebæk DLA Piper nr 5/2009, s. 3.

¹³⁶ Tolkinguttalelsen punkt 5.1.

¹³⁷ Skatteverkets ställningstagande om företagsförmedling av 21.02.2012, fråga 2.

6.2.1. Forskuddsbetaling ved åpent mandat

Mer problematisk kan det være når tjenesteyter har krav på et fast vederlag (forskuddsvis) og oppdraget er formulert som et åpent mandat, som kan resultere i enten en avgiftspliktig eller unntatt tjeneste. Avtalen mellom partene vil da ikke direkte gi svar på hva som er tjenestens karakter. Spørsmålet blir da om det skal faktureres merverdiavgift på det mottatte vederlag.

Man kan tenke seg at forskuddsbetalingen faktureres med merverdiavgift for så å rette den siden når man vet utfallet av corporate finance- tjenesten. Alternativt kan man fakturere uten avgift inntil det er fastlagt om avgift faktisk skal betales. Umiddelbart kan forslagene virke enkle å forholde seg til og lette å gjennomføre. Men et corporate finance- oppdrag ved salg av selskaper kan være omfattende og kan strekke seg over lang tid og flere innberetningsperioder.¹³⁸ Dersom forskuddsbetalingen ilegges merverdiavgift vil oppdragsgiver kunne kreve refundert inngående avgift fra staten, før det er avgjort om oppdraget resulterer i en avgiftsunntatt ytelse eller ikke. Det kan føre til en mer komplisert avgiftshåndtering for både de avgiftspliktige og avgiftsmyndighetene.

Det svenske skatteverket har i sin *ställningstagande (2012)*¹³⁹ uttalt at det ikke har noen betydning om et formidlingsoppdrag er formulert som et åpent mandat. Det er alltid hva som "slutligen överlåts" som avgjør om formidlingstjenesten omfattes av unntaket. Ved forskuddsbetaling med åpne mandat skal avgiftsspørsmålet avgjøres ut i fra de faktiske omstendighetene på *tidspunktet* forskuddet *mottas*. Det er det "sannolika" (sannsynlige) utfallet av ytelsen som skal være avgjørende for om avgift skal ilegges på forskuddsbetalingen. Er det sannsynlig at formidlingen ender med aksjesalg, skal utgående merverdiavgift ikke ilegges forskuddsbetalingen.¹⁴⁰

Er det på betalingstidspunktet ikke mulig å fastsette om oppdraget kommer til å resultere i en aksje- eller innmatoverdragelse, utløser forskuddsbetalingen ingen avgiftsplikt ettersom det "inte är et förskott för en viss bestämd tjänst."¹⁴¹

Viser det seg at det ble foretatt en feil vurdering av hva som ville bli det sannsynlige resultatet av meglingstjenesten, skal merverdiavgift ilegges det tidligere mottatte forskuddet og rettes for den innberetningsperioden tjenesten ble levert.¹⁴²

¹³⁸ I et svensk corporate finance- selskap ble et rådgivnings- og formidlingsoppdrag som gjaldt salg av et selskap med omsetning på ca 200 millioner kroner estimert til ca 280 timer, jf. Skatterättsnämndens förhandsbeskjed av 1. juni 2012

¹³⁹ Skatteverkets ställningstagande om företagsförmedling av 21. 02. 2012, fråga 3 (Förskott vid öppna avtal). Heretter Ställningstagande (2012).

¹⁴⁰ Det kan stilles spørsmål om prinsippet om de begivenhetsnære bevis skal legges til grunn når det sannsynlige formålet skal finnes. SKM 2002 VLR s. 3 jf. Vest Kontorutvikling (Rt. 2000 s. 402).

¹⁴¹ Ställningstagande (2012), fråga 3.

6.2.2. Oppdraget endres

Det kan også tenkes at det oppstår problemer ved åpne mandat når oppdraget endrer seg i tolvte time og man ender opp med å selge innmaten istedenfor aksjene. Problemet blir da om hele eller deler av vederlaget skal behandles som unntatt fra avgift, på bakgrunn av at oppdragsgivers formål var å gjennomføre et unntatt aksjesalg.¹⁴³

Det kan argumenteres for at oppdraget, i alle fall frem til endring skjer, skal være unntatt avgift, mens arbeid utført etter endringen skal ilegges merverdiavgift. Man står da tilbake med et todelt vederlag. Imidlertid vil slike vederlag normalt ikke være timebasert, noe som vanskeliggjør en skjønnsmessig oppdeling.¹⁴⁴ En slik løsning kan føre til vanskelige fordelings spørsmål og fare for omgåelser.¹⁴⁵ Ved salg av et selskap skal megleren normalt foreta en verdivurdering, utarbeide prospekt, finne kjøpere og forhandle. Arbeidsoppgavene vil dermed i stor grad være like, uavhengig av om man selger aksjene eller innmaten. Hensynet til en avgiftsteknisk enkel håndtering, samt hensynet til konkurransenøytralitet taler derfor *mot* at det skal foretas en oppdeling av vederlaget før og etter endring skjer.

Ettersom innholdet i meglingstjenestene i det vesentlige vil være utført med tanke på overføring av finansielle instrumenter, har det vært hevdet at en endring til innmatsalg ikke bør medføre en avgiftsmessig endring og hele oppdraget bør være unntatt merverdiavgift.¹⁴⁶ Tilsvarende spørsmål ble vurdert i en forhåndsuttalelse avsagt 25. juni 2012¹⁴⁷.

Skattedirektoratet avviste klagers påstand på bakgrunn av at tjenestens art er avgjørende for avgiftsbehandlingen. Ved en endring fra aksjesalg til innmatsalg har det ikke skjedd en omsetning av finansielle instrumenter, og vilkårene i merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e) er ikke innfridd. De utførte tjenestene vil dermed anses som avgiftspliktige tjenester.

Situasjonen kan også være at formålet er å fusjonere selskap A og B, men man ender opp med å selge aksjene i A til B. Resultatet av tjenestens art tilsier at oppdraget skal behandles som et aksjesalg. Normalt vil det imidlertid ved et fusjonsoppdrag være gitt hvilke selskaper som skal fusjonere og rådgiveren vil ikke innfri formidlingsvilkåret med å bringe partene sammen. Oppdraget vil derfor normalt kategoriseres som et avgiftspliktig rådgivningsoppdrag. Dette må vurderes konkret i hver enkelt sak.¹⁴⁸

¹⁴² Ställningstagande (2012), fråga 3.

¹⁴³ Larsen, 2004, s. 42-43.

¹⁴⁴ Larsen, 2004, s. 42.

¹⁴⁵ BFU 18/12.

¹⁴⁶ Larsen, 2004, s. 46.

¹⁴⁷ BFU 18/12. Se klagers anførsel.

¹⁴⁸ KMVA- 2011- 6238a. Sammenlign Rt. 2009 s. 1632, premiss 74.

6.2.3. Oppdraget avbrytes

Under en salgsprosess kan det oppstå situasjoner som medfører at det ikke kommer i stand en avtale om overføring av aksjer eller innmat. Det kan være at man ikke finner kjøpere til selskapet, eller at partene ikke kan bli enige om pris. Problemstillingen blir da hvordan man skal avgiftsbehandle forskuddsbetalingen ved et åpent mandat hvor oppdraget avbrytes og det ikke skjer et salg av selskapet.¹⁴⁹

I tolkingsuttalelsen henvises det til den svenske forhåndsuttalelsen av 2. november 1999 fra Riksskatteverket. Forhåndsuttalelsen gjaldt salg og *formidling av aksjer* i forbindelse med en børsintroduksjon. Riksskatteverket la til grunn at hvor en avtale avbrytes og aksjemegling ikke finner sted medfører det ikke at den avgiftsrettslige karakteren på forskuddet endres. Beløpet som utbetales anses derfor som vederlag for unntatt formidling av aksjeomsetning, og skal ikke ilegges avgift.

I den bindende forhåndsuttalelse av 2012 sa Skattedirektoratets seg fullt ut enig i vurderingene gjort av svenske skattemyndigheter. Direktoratet presiserte at "[d]et utløser, riktig nok, ingen avgiftsplikt for en formidler som har *påtatt seg et unntatt formidlingsoppdrag*, at selve transaksjonen ikke blir gjennomført. (...) I den grad formidleren mottar vederlag i et slik tilfelle, anses likevel godtgjørelsen som vederlag for en unntatt formidlingstjeneste."

I praksis åpner det for at oppdragsgiver og oppdragstaker kan inngå to separate avtaler for det tilfellet at det oppstår en situasjon slik at selve handelen ikke kommer i stand. I den første avtalen fastsettes det at formålet med formidlingen er å overføre aksjer. Skulle det så oppstå en situasjon at man ikke kommer til enighet om aksjesalg, men at kjøper heller ønsker å overta innmaten, har partene nå muligheten til å trekke seg fra oppdraget. Forskuddsbetaling frem til avbruddstidspunktet vil da være unntatt merverdiavgift, ettersom formålet var unntatt aksjeformidling. Partene kan nå benytte avtale nummer to hvor formålet er å selge innmaten i selskapet. Honorarer utbetalt i forbindelse med avtale nummer to blir da ilagt avgift. Ved å foreta en slik differensiering kan partene sikre seg mot at en endring av oppdraget fra aksjesalg til innmatsalg medfører at det skal betales merverdiavgift på *hele* honoraret.

Problemet blir da hvordan avgiftshåndteringen løses dersom et *åpent mandat* regulerer forholdet. Man har da vanskeligere for å ta stilling til om formålet med corporate finance-tjenestene var å gjennomføre et unntatt aksjesalg eller avgiftspliktig innmatsalg, og dermed om det skal ilegges avgift eller ikke. I det svenske skatteverkets nye Ställningstagande fra 2012 uttales det at et oppdrag som avbrytes før endelig kontrakt inngås, skal ilegges merverdiavgift om ikke formidleren kan vise at "avsikten [hensikten] hela tiden varit att

¹⁴⁹ Tolkingsuttalelsen punkt 5.1.

förmedla aktierna” i selskapet.¹⁵⁰ Uttalelsen tilsier at tjenesteyteren har byrden med å bevise at han hadde til formål å formidle aksjene. Likebehandlingshensyn tilsier at man, tilsvarende det som gjelder for forskuddsbetaling ved åpne avtaler, skal legge til grunn hva som er det ”sannolika utfallet” av oppdraget og at det ikke opereres med en annen standard enn hva som var oppdragsgivers ”avsikt”. Også her vil det være naturlig å vektlegge de begivenhetsnære bevis.¹⁵¹ Men Ställningstagande presiserer ikke nærmere hva som ligger i denne vurderingen og løsningen fremstår som uklar.

Oppsummert vil et avtalt fast vederlag betales ut, uavhengig av om den endelige avtalen faktisk kommer i stand. Var det på avtaletidspunktet avklart at formålet med tjenesten var en unntatt formidlingstjeneste, vil avtalt honorar være unntatt merverdiavgift dersom avtalen avbrytes. Det har da likevel skjedd en ”omsetning” av en tjeneste og ”avgiftsbehandlingen av dette honoraret følger de samme prinsipper som avgiftsbehandlingen av honorarer hvor transaksjonen gjennomføres.”¹⁵² Ved åpne mandat avgiftsbelegges vederlaget ut i fra hva som hensikten med formidlingsavtalen.

¹⁵⁰ Ställningstagande (2012), Fråga 4.

¹⁵¹ Rt. 2000 s. 402 (Vest Kontorutvikling)

¹⁵² Larsen, 2004, s. 56.

7. Oppsummering og konklusjon

Avhandlingen viser at tjenestens art som utgangspunkt er avgjørende for fastsettelsen av avgiftsplikten. Et corporate finance- oppdrag som gjelder formidling av finansielle instrumenter er unntatt merverdiavgift etter merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e). Det er imidlertid en forutsetning at formidlingen leder til at det omsettes finansielle instrumenter, som aksjer. For at en tjeneste skal kunne anses som formidling er det et vilkår at formidleren er uavhengig fra oppdragsgiver og på en selvstendig måte bringer partene sammen slik at avtale kan inngås.

Corporate finance- oppdrag vil normalt bestå av ulike ytelser, hvor noen isolert sett er avgiftspliktige, mens andre er unntatt merverdiavgift. Ved slike sammensatte oppdrag er det et vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse, at det som karakteriserer hovedytelsen i oppdraget er en unntatt formidlingstjeneste og ikke en avgiftspliktig rådgivningstjeneste. Hovedytelsen utsondres ved å foreta en objektiv vurdering av oppdragsgivers formål, ut i fra en forbrukers ståsted, hvor det vil være arten av den leverte tjenesten. Som utgangspunkt er bare de ytelser som direkte er nevnt i bestemmelsen unntatt merverdiavgift. Men EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at også tilknyttede tjenester kan være omfattet av unntaket.

Corporate finance- oppdrag som gjelder salg av selskaper har tidligere vært vurdert dit hen at *oppdragets karakter* som sådan har vært avgjørende i hovedytelsesvurderingen. Dersom tjenesteyter har hatt kunnskaper om eiendomssalg har tjenesten også blitt avgiftspliktig, selv om aksjene i selskapet ble overført. Nasjonal og internasjonal praksis fra de siste par årene viser imidlertid at man har gått bort fra denne vurderingsmåten, og tjenestens art og hva som i siste ende blir overført er avgjørende for om unntaket kommer til anvendelse eller ikke.

Hovedytelseslæren vil etter min mening fremdeles være aktuell ved vurderingen av om corporate finance- oppdraget i hovedsak var en rådgivningstjeneste (som for Sundal Collier og Carnegie i fusjonssakene) eller om de er å anse som en finansiell tjeneste (som Carnegie ved salget av selskapene Carmeda AB og Ergo Bluegarden AS). Endringen ligger med andre ord i at ved et corporate finance- oppdrag som består i formidling, må det kort konstateres om det er fast eiendom eller aksjer som er overdratt. Dersom det er aksjer som til slutt er overdratt, vil hele oppdraget være unntatt merverdiavgift etter merverdiavgiftslovens § 3-6 (1) e). Den nye praksisen som er gjennomgått ovenfor tilsier at Merverdiavgiftshåndboken 2012, som legger til grunn at man må se på hvilken fagkunnskap tjenesteyteren skal bidra med, er utdatert.

I de tilfellene tjenesteyter har krav på *fast vederlag* før endelig kontrakt inngås, vil formålet med formidlingstjenesten være avgjørende for om forskuddsbetalingen skal ilegges merverdiavgift. I denne vurderingen er det naturlig å legge vekt på de begivenhetsnære bevis. Det vil imidlertid være tilfeller hvor man ikke kan fastsette hva formålet er, og det må da foretas en vurdering av rådgivning eller formidling av aksjer var det mest sannsynlig var formålet med tjenesten. Dersom det viser seg at oppdraget endres og man har foretatt feil vurdering av formålet, skal merverdiavgiften rettes for den innberetningsperioden utbetalingen skjedde.

I tilfeller hvor det foreligger en fast avtale om at det er aksjene som skal selges, men hvor oppdraget blir *avbrutt* før en salgsavtale kommer i stand, står man igjen med spørsmålet om hvordan en eventuelt fast betaling skal avgiftsbelegges. Som det fremgår av den svenske ställningstagande fra 2012 er det hva som faktisk omsettes som avgjør avgiftsspørsmålet og i tilfeller hvor oppdraget avbrytes er det hensikten med oppdraget som avgjør. Hva som er hensikten må da, som fremholdt i Sundal Collier, bygge på de begivenhetsnære bevis, altså avtalen. Når det fremgår klart av avtalen at hensikten var å selge aksjene vil forskuddsbetalingen blir sett på som en avgiftsunntatt ytelse. I slike tilfeller vil det være ekstra viktig for partene at tjenestens formål uttrykkes klart i avtalen, ettersom partene da kan trekkes seg fra en avtale med den konsekvens at forskuddsvederlaget er unntatt merverdiavgift.

Gjennomgangen ovenfor viser at *tjenestens art* som utgangspunkt er avgjørende for fastsettelsen av avgiftsplikten. Formidlingen må med andre ord knytte seg til overføring av verdipapirer, for at formidlingstjenestene skal være unntatt merverdiavgift. En så "streng" forståelse av avgiftsreglene kan virke urettferdig for virksomheter som driver med omsetning og formidling av verdipapirer. Særlig ettersom arbeidsoppgavene i stor grad være sammenfallende ved salg av selskaper, uavhengig av om man formidler aksjer eller innmat. Ved endring av et oppdrag knyttet til aksjesalg, selv om det skjer etter at det vesentlige arbeidet med formidlingen er gjennomført, vil det medføre at hele vederlaget som utgangspunkt skal ilegges merverdiavgift på 25%, noe som vil være en konkurranseulempet for den aktuelle tjenesteyter. Riktignok kan det være problematisk for partene å forutsi avgiftsplikten dersom de opererer med et åpent mandat og oppdraget endres underveis eller avbrytes. Imidlertid vil hensynet til konkurransenøytralitet tale for at *resultatet* av transaksjonen skal være avgjørende. I ettertid vil partene slippe vanskelige helhetsvurderinger og dersom man er klar på hva formålet med corporate finance- tjenesten er, vil det være lett for aktørene å planlegge sin avgiftsstatus. I realiteten vil partene normalt ha med klausuler som regulerer hvem som skal betale ved en eventuell etterligning. At resultatet av transaksjonen skal være avgjørende, kan derfor også finne støtte i avgiftstekniske hensyn.

Merverdiavgiftsretten er et rettsområde med lite rettspraksis og litteratur. Gjennomgangen i denne avhandlingen viser at det er et rettsområde som er i stadig endring. Den siste Høyesterettsavgjørelsen i merverdiavgiftssaker er fra 2009. Avhandlingen viser også at lovgiver har til hensikt å harmonisere de norske avgiftsreglene i forhold til utviklingen i EU og særlig i våre naboland Sverige og Danmark. Det har de siste årene blitt avsagt flere dommer i Sverige som har tydeliggjort vurderingsgrunnlaget for avgiftsunntaket for omsetning og formidling av finansielle tjenester. Det norske skattedirektoratet kom den 25.juni 2012 med en bindende forhåndsuttalelse hvor de legger seg på samme linje som de svenske dommene. EU- domstolen avsa 5. juli 2012 en avgjørelse hvor argumentasjonen og resultatet sammenfaller med de Svenske avgjørelsene. At de norske uttalelsene, svenske avgjørelsene og EUs nylige dom alle legger seg på samme linje, tilsier at man i Europa nå nærmer seg en enighet i forhold forståelsen av merverdiavgiftsunntaket for omsetning og formidling av finansielle tjenester.

Den viktigste presiseringen i alle de ovenfornevnte avgjørelser og uttalelser er at man skal se på aksjesalg som omsetning av finansielle instrumenter, uavhengig av den underliggende verdien og hva formålet var forutfor salget.

8. Kilder

8.1. Norske kilder

Lov og forskrift

Lov om merverdiavgift av 19. juni 2009 nr. 58
Lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75
Lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr. 66 (opphevet)
Forskrift nr. 550 av 14. juni 2005

Forarbeider

Ot.prp.nr.76 (2008-2009)
Ot.prp.nr.34 (2006-2007)
Ot.prp.nr.2 (2000-2001)
Innst.O.nr.24 (2000-2001)
NOU 1990:11

Rettspraksis

Rt. 2009 s. 1632, *Sundal Collier og Carnegie*
Rt. 2007 s. 140A, *Debito*
Rt. 2006 s. 364, *Ifi OY Fotolabo Club*
Rt. 2004 s. 2000, *Geelmyuden. Kiese*
Rt. 2000 s. 402, *Vest Kontorutvikling*
Borgarting Lagmannsrett LB-2008-97733, *ABG Sundal Collier*
Borgarting Lagmannsrett LB-2008-184780, *Grieg Invest*

Forvaltningsuttalelser

Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse av 25. juni 2012
Merverdiavgiftshåndboken 2012
Skattedirektoratets melding SKD/10 av 26. mars 2010
Finansdepartementets brev av 15. februar 2005
Skattedirektoratets brev av 30. januar 2002, *Merverdiavgift og corporate finance- tjenester*, publisert i Revisjon og Regnskap nr. 2/2002
Skattedirektoratets brev til fylkesskattekontorene av 21. november 2001
Finansdepartementets tolkingsuttalelse av 15. juni 2001
Høringsdokument, notat nr. 3, 29.03.2001
KMVA-2011-6238a

Juridisk teori

Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, 1946

Gjems- Onstad, Ole, med flere, *Praktisk merverdiavgiftsrett*, 2012

Gjems- Onstad, Ole og Kildal, Tor S., *Lærebok i merverdiavgift*, 2005

Larsen, Frode Heggdal og Larsen, Trond, *Finansielle tjenester og merverdiavgift*, 2004

Lilleholt, Kåre, *Kommentar til Eiendomsmeglerloven av 1989*, publisert på rettsdata.no

Michaelson, Bjørnar Elverhøy og Wollbæk, Marit Bonnevie, *Corporate finance- tjenester og merverdiavgift*, Regnskap og revisjon nr. 5/ 2009 s. 59

8.2. Svenske kilder**Rettspraksis**

HFD 2011 ref 21

RÅ 2010 not. 91 (Regjeringsrättens dom 2010-10-18 mål nr. 3063-10)

RÅ 2006 not. 188 (Kammarrätten mål nr.5778-09 og Länsrätten mål nr. 13137-08)

Forvaltningspraksis

Skatterättsnämndens förhandsbesked av 1. juni 2012

Skatteverkets ställningstagande om företagsförmedling av 21. februar 2012

Skatteverkets Handledning för märkeverdeskatt 2012 av 23. august 2011

Skatterkets ställningstaganden av 2. oktober 2007 (opphevet)

Riksskatteverkets bindende förhandsbesked av 2. november 1999

Juridisk teori

Henkow, Oskar, *Financial Activities in European VAT*, 2008

8.3. Danske kilder**Rettspraksis**

SKM2002.676.VRL, *Jyske Bank*

Juridisk teori

Hansen, Benny Hjortkær, *Moms på finansielle ydelser*, Tidsskrift for international skatteret, 2001, s. 328

Jensen, Dennis Ramsdahl, i SU:444, s. 951 flg. *Behandlingen af blandende transaktioner i det fælles europæiske moms-system*, 2007

Jepsen, Anders Strandet, *Moms og aktiviteter i forbindelse med værdipapirer*, 2010

Jespersen, Claus Bohn, *Intermediation of Insurance and Financial Services in European VAT*,

2011

8.4. EU- rettslige kilder

Avgjørelser fra EU- domstolen

C-259/11, DTZ Zadelhoff vof

C- 453/05, Volker Ludwig

C- 235/00, CSC Financial Services

C-349/96, Card Protection Plan (CPP)

C- 2/95, Sparekassernes Datacenter (SDC)

C- 348/87, Stichting Uitvoering Financiaie Acties

Direktiv

Direktiv 2006/112/EF

Direktiv 93/22/EØF Investeringstjenester på verdipapiriområdet (ISD)

Direktiv 77/388/EF (tidligere 6. avgiftsdirektiv)