

Høyesterettsdom:

Corporate finance-tjenester og merverdiavgift

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Trond Larsen
Advokatfirmaet Schjødt DA



Advokat
Frode Heggdal Larsen
Advokatfirmaet Schjødt DA

Advokatfirmaet Schjødt representerte ABG Sundal Collier Holding og Norges Fondsmeglerforbund (partshjelper i saken). Trond Larsen og Frode Heggdal Larsen har skrevet boken «Finansielle tjenester og merverdiavgift».

Høyesterett avsa 22. desember 2009 dom i saken ABG Sundal Collier Holding ASA og Carnegie ASA mot Staten v/Skattedirektoratet. Dommen viser blant annet at utformingen av mandatavtaler er viktig. Oppdragsbeskrivelsen bør være presis og oppdragets vesentlige innhold må klart fremgå.

Saken gjaldt forståelsen av unntaket i merverdiavgiftsloven § 5 b nr. 4 bokstav e¹. Spørsmålet var om det var utført avgiftsunntatte «meglertjenester» ved fusjonen mellom Gjensidige NOR og DnB. I tillegg var det spørsmål om unntaket kom til anvendelse for tilsvarende tjenester ved Carnegies bistand til salg av samtlige aksjer i selskapene Carmeda AB og ErgoBluegarden AS.

Finansielle tjenester er unntatt fra den generelle merverdiavgiftsplikten. Dette betyr at det ikke skal beregnes merverdiavgift ved omsetning av slike tjenester. Unntaket er regulert i merverdiavgiftsloven § 5 b første ledd nr. 4. Av lovens bokstav e) fremgår: «[Finansielle tjenester, herunder] finansielle instrumenter og lignende og meglertjenester ved slik omsetning». Bokstav e) unntar således *meglertjenester* ved omsetning av finansielle instrumenter og lignende. Spørsmålet er hvor langt unntaket for meglertjenester strekker seg i relasjon til rådgivningsmandater i corporate finance-oppgaver.²

Ordlyden kan ved første øyekast oppfattes som vid, særlig på grunn av bruken av ordet «herunder». Den nærmere rekkevidden av unntaket må imidlertid ses i sammenheng med det korresponderende unntaket i EU-retten.³ Hensynet til harmonisering med EUs regelverk er sentralt som lovgrunn og i forarbeidene pekes det på at en «ensidig norsk avgiftsplikt [vil] kunne føre til en uakseptabel konkurransesituasjon for norske aktører».⁴

Avgiftsmyndighetene, herunder Klagenemnda for merverdiavgift, har tolket unntaket snevrere enn det lovforarbeider og andre relevante kilder skulle tilsi, noe som fremgår av gjennomgangen nedenfor.

Forkastet statens snevre fortolkning av unntaket

Høyesterett tok først stilling til statens prinsipale anførsel om at unntaket bare gjelder for fondsmegling i mer snevre forstand. Staten hevdet at det ikke var naturlig å se corporate finance-tjenester ytt i forbindelse med fusjoner eller ved kjøp / salg av selskaper som avgiftsunntatte meglertjenester. Høyesterett viser imidlertid til at lovbestemmelsens ordlyd ikke gir noe holdepunkt for en slik innskrenkende fortolkning, og at det ville ha vært nærliggende å avklare dette spørsmål i lovteksten om det var tanken å unnta viktige transaksjonsformer. Høyesterett uttaler om dette blant annet:

«(41) Lovbestemmelsens ordlyd gir ikke noe holdepunkt for en innskrenkende fortolkning. Det ville ha vært nærliggende å avklare spørsmålet i lovteksten om det var tanken å unnta viktige transaksjonsformer. Det kan i denne sammenheng vises til den uttrykkelige regulering av en beslektet problemstilling i dagjeldende lov om eiendomsmevling av 16. juni 1989 § 1–1 nr. 4.

(42) En innskrenkende tolking ville dessuten reise vanskelige avgrensningsspørsmål, som for eksempel hvordan et samlet salg skulle vurderes når det er flere kjøpere eller selgere. Det kunne også være spørsmål om også å la den innskrenkende tolking omfatte ulike flertall av aksjene i et selskap.

(43) Jeg finner det på denne bakgrunn ikke påkrevd å gå inn på enkelthetene i det partene har anført om praksis innen EU-området. Det er tilstrekkelig å konkludere at det ikke kan sees etablert en innskrenkende fortolkning i tråd med det staten gjør gjeldende.

1 Ny merverdiavgiftslov trådte i kraft 1.1.2010. Bestemmelsen finnes nå i § 3–6 litra e og omtales senere i artikkelen.

2 Når det gjelder begrepet «rådgivningsmandater» og «rådgivningstjenester», er dette blant flere begreper som benyttes i corporate finance-oppgaver.

3 Utover lovforarbeidene og Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 15. juni 2001 foreligger det begrenset med norske rettskilder av nevneverdig betydning. Unntaket i § 5 b første ledd nr. 4 bokstav e) er ikke avgrenset ved forskrift. Departementet har vist til at de avgrensningsspørsmål som måtte oppstå må løses konkret i det enkelte tilfelle, ut fra alminnelige rettskildeprinsipper, hvor det må ses hen til det tilsvarende unntaket for finansielle tjenester i EU, Rådets direktiv 2006/112/EF (merverdiavgiftsdirektivet) artikkel 135, og praksiseringen av dette i EU, særlig i Sverige og Danmark.

4 Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) s. 124.

(44) Det er da ikke noe grunnlag for å fravike det resultat som følger av ordlyden i merverdiavgiftsloven § 5 b nr. 4 bokstav e), og statens prinsipale anførsel kan ikke føre frem.»

EU-retten en vesentlig rettskilde

Unntaket for meglingstjenester i merverdiavgiftsloven er utformet etter det tilsvarende unntaket i EU-retten.

Høyesterett viser til at etablert praksis ved EU-domstolen, som utgangspunkt, anses som en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av unntaket. Deretter viser Høyesterett til praksisen EU-domstolen har etablert med hensyn til avgrensingen av hva som skal til for at en tredjemann anses som megler i relasjon til bestemmelsen. Den grunnleggende avgjørelsen i EU-retten er CSC Financial Services-dommen⁵. Det vises også til at EU-domstolen har gitt sin tilslutning til dette i Volker Ludwig-dommen⁶, hvorefter det uttales:

«(49) Dette hovedsynspunkt gir domstolen sin tilslutning til i sak C-453/05 - Volker Ludwig 21. juni 2007 premiss 28. Den sammenfatning som her er gjort, er i god overensstemmelse med den forståelse av meglerbegrepet som i norsk rett ellers særlig er utviklet i relasjon til eiendomsmegling, og det kan etter mitt syn legges til grunn at den gjengitte sammenfatning også er dekkende ved anvendelsen av merverdiavgiftsloven § 5 b nr. 4 bokstav e).»

Hovedytelsen avgjør avgiftsplikten

Høyesterett viser til at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, og at den vurderingen som må foretas, prinsipielt sett ikke vil skille seg fra den vurdering som ble gjort i Rt-2008-1638 (som gjaldt eiendomsmegling), selv om vektleggingen av de ulike elementer vil bli en annen ved vurdering av avgiftspliktens utstrekning enn ved fastsettelsen av hva som vil være eiendomsmegling. Høyesterett viser til at ved den konkrete anvendelsen av Volker Ludwig-dommens generelle sammenfatning av hva som kan anses som meglerstjenester, vil klargjøringen av mellommannsbegrepet, som på andre områder er utviklet i norsk rett, kunne være av betydning.

Høyesterett viser til vurderingene som er gjort i Volker Ludwig-dommen, avsnitt 17 og 18 og legger til grunn at dette også vil

være dekkende for norsk rett. Deretter uttales i avsnitt 55:

«(55) [] Det avgjørende er hvilke elementer som særlig karakteriserer den aktuelle transaksjon. Formålet vil klart ha 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 fra oppdragsgivers side er hovedsiktet målet med tjenestene fra den enkelte tjenesteyter isolert sett.»

Fusjonsmandatene⁷ – avgiftsplikt

Høyesterett viser til at saken reiser en problemstilling som ikke kan sees å være tatt stilling til, verken i norsk rett eller innen EU-området, nemlig om det «at oppdragstakeren skal kommunisere med oppdragsgiverens egne aksjonærer med sikte på at disse skal stille seg positive til en transaksjon som foreslås av selskapets styre,» kan anses som en meglerstjeneste.

I forhold til meglerfunksjoner viser Høyesterett til at ABG Sundal Collier hadde en lite selvstendig rolle og at selskapet verken deltok i forhandlingene med den annen part, eller hadde annen direkte kontakt med denne. Det som særpreget oppdraget var rådgivning og forhandlingsbistand til Gjensidige NOR. Høyesterett viser også til at kontakt med oppdragsgivers egne aksjonærer ikke alene kunne være tilstrekkelig til at ABG Sundal Collier skulle anses å ha opptrådt som megler. Høyesterett konkluderer derfor med at meglerunntaket ikke kom til anvendelse.

Salgsmandatene⁸ – unntatt fra avgift

I vurderingen knyttet til Carnegies salgsmandater viser Høyesterett til avtalen, og at rådgivningselementet ikke var sentralt ved disse oppdragene. I mandatbrevene beskrives primært en standardisert og nødvendig prosess for avhendelse av bedriftene. Det vises også til at det ikke ville være mulig for Carnegie å opptre som mellommann ved salget, uten først å erverve en grunnleggende forståelse av den bedrift som skal selges. Et slikt forberedende arbeid er sekundært og av underordnet karakter, som etter Volker Ludwig-dommen avgiftsmessig skal følge hovedytelsen. Høyesterett legger videre til grunn at et ordinært element i et salgsoppdrag er å gi

råd om blant annet hva som vil være en realistisk prisforventning og hva som vil være et hensiktsmessig tidspunkt for å legge bedriften ut for salg. Høyesterett konkluderer med at meglerstjenesten var hovedytelsen, og at det således ikke påløpte merverdiavgift av honoraret.

«Meglingstjenester» etter Høyesterettsdommen – eksempler

Som det fremgår foran, inneholder merverdiavgiftsloven ingen definisjon av begrepet meglingstjenester. En alminnelig forståelse av meglingsbegrepet er å bringe parter i forbindelse med hverandre for å få gjennomført en forretning mellom dem – typisk ved kjøp og salg av verdipapirer. I Merverdiavgiftshåndboken uttales følgende om meglingsstjenester: «må ha som formål å endre det rettslige eller økonomiske forholdet mellom partene ved en verdipapirhandel, slik at rettigheter og forpliktelser oppstår, endres eller opphører». ⁹ Selv om dette er et forsøk på å trekke opp en grense, reiser det også mange spørsmål i relasjon til typiske corporate finance-oppdrag.

Avhengig av oppdragets art i det enkelte tilfellet, vil tjenestene kunne være omfattet av unntaket hvis de kan anses som meglingsstjenester, og ikke er rene rådgivningstjenester. Som det også fremgår av Høyesterettsdommen, vil i praksis mandatene ofte være sammensatte, og det består av et hovedoppdrag med ulike sekundærtjenester. Denne typen sekundærtjenester utgjør virkemidler og er en integrert del av den avgiftsunntatte hovedtjenesten. I andre tilfeller vil det være klart at tjenesten – enten som et avgrenset og første trinn i et større oppdrag eller som en inkorporert del av mandatet – vil være innledende rådgivning som ikke har elementer av meglingsstjenester. ¹⁰ Her vil det kunne være glidende overganger med mange variabler og det kan oppstå til dels vanskelige avgrensningsspørsmål.

Rådgivning vedrørende *emisjoner* vil typisk være omfattet av unntaket, da det utstedes aksjer i oppdragsgiver eller et tilknyttet selskap. Dette vil være tilfelle ved emisjoner både i børsnoterte og ikke noterte selskaper. Rådgivning ved en *børsnotering* vil imidlertid være mer sammensatt, i det

⁹ Utgitt av Skatteetaten, 5. utgave 2007, kapittel 5B.3.4.7.

¹⁰ I enkelte mandater vil det først bli inngått en regulær rådgivningsavtale som alene har til hensikt å regulere verdipapirforetakets transaksjonsstrategi og ulike innledende analyser for oppdragsgiver. Deretter vil det kunne bli aktuelt å inngå en ny avtale – enten med det samme verdipapirforetaket som part eller et nytt foretak – som regulerer implementeringsarbeidet.

⁵ C-235/00.

⁶ C-453/05.

⁷ Med fusjonsmandatene menes her Corporate finance-tjenester ytt i forbindelse med den planlagte fusjonen mellom Gjensidige NOR og DnB.

⁸ Med salgsmandatene menes her corporate finance-tjenester ytt i forbindelse med salg av 100 prosent av aksjene i selskapene Carmeda AB og Ergo Bluegarden AS.

slike oppdrag gjerne vil bestå av bistand knyttet til overordnet strategi, selskapets kapitalstruktur, nedslag av aksjer fra hovedaksjonærer, aksjeemisjon for å sikre ekspansjonskapital og oppfyllelse av spredningskrav, kontakt med Oslo Børs og utarbeidelse av introduksjonsprospekt. Denne typen corporate finance-oppdrag er omfattet av unntaket, med den begrunnelse at hovedtjenesten i et slikt tilfelle utgjør en blanding av nedslag og/eller aksjeemisjon.¹¹

Rådgivning knyttet til salg av hel eller deler av en virksomhet i form av *innmat-salg* er eksempel på en tjeneste som ikke er omfattet av unntaket, da oppdraget ikke gjelder et finansielt instrument. Rådgivning til et målselskap hvor oppdraget først og fremst relaterer seg til avgivelse av en *fairness opinion* til styret ved oppkjøp eller fusjon, vil heller ikke være omfattet av unntaket, da denne typen oppdrag ikke innehar et meglingsselement.

Dersom oppdraget er mer sammensatt, for eksempel knyttet til *forsvarsstrategier for målselskapet* i situasjoner hvor det også skal søkes oppnådd høyere pris i tilbudet, eller det å finne alternative tilbydere, vil noe annet kunne være tilfelle. Begrunnelsen for at unntaket her skulle komme til anvendelse, vil være at rådgiveren knytter seg mer direkte mot transaksjonen og det å påvirke begivenhetene for partene i oppkjøpet, eksempelvis gjennom aktiv deltakelse i forhandlinger. Tilsvarende vil gjelde i andre mer avgrensede *transaksjonsmandater*, for eksempel som ledd i forhandlinger på vegne av oppdragsgiver med en eller flere aksjonærer som leder frem til kjøp av strategiske aksjeposter som ikke utløser tilbudsplikt, og i de tilfeller hvor verdipapirforetaket bistår oppkjøper i et *offentlig tilbud* som har til hensikt å oppnå kontroll og som også vil utløse tilbudsplikt.

Ny merverdiavgiftslov

Fra og med 1. januar 2010 trådte ny merverdiavgiftslov i kraft. Loven erstatter lov av 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift. Den nye loven er i all hovedsak en teknisk revisjon. Dette innebærer at loven er omarbeidet og modernisert blant annet med hensyn til lovstruktur og lovspråk, men innholdet i merverdiavgiftsreglene er ikke endret.

Unntaket i merverdiavgiftsloven § 5 b første ledd nr. 4 er videreført i § 3–6 som lyder:

«§ 3–6 Finansielle tjenester

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

- omsetning av forsikringstjenester
- omsetning av finansieringstjenester, likevel ikke finansiell leasing
- utføring av betalingsoppdrag
- omsetning av gyldige betalingsmidler
- omsetning av finansielle instrumenter og lignende
- forvaltning av verdipapirfond
- forvaltning av investeringselskap»

Av forarbeidene, Ot.prp. nr. 76 (2008–2009) fremgår følgende i kapittel 13 «Merknader til de enkelte bestemmelser i lovforslaget»

«Til § 3–6 Finansielle tjenester

Unntaket for omsetning av finansielle tjenester i *første ledd første punktum* er en videreføring av merverdiavgiftsloven § 5 b første ledd nr. 4. Unntaket for formidling framgår av Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) Merverdiavgiftsreformen 2001, og foreslås lovfestet. *Annet punktum bokstav a til f* er en videreføring av merverdiavgiftsloven § 5 b første ledd nr. 4. []»

I den nye bestemmelsen benyttes ikke lenger begrepet *meglertjenester*. Dette er erstattet av *formidling*, jf. § 3–6 bokstav e).

Under hovedforhandlingen i Høyesterett hevdet statens prosessfullmektig, Regjeringsadvokaten, at begrepet meglertjenester måtte forstås som snevrere enn begrepet formidling. Dette spørsmålet ble imidlertid ikke drøftet nærmere av Høyesterett. For øvrig er det vår oppfatning at det ikke er holdepunkter for statens synspunkt i lovens forarbeider. Av det siterte ovenfor fremgår for øvrig av Finansdepartementets merknader at annet punktum bokstav a til f er en videreføring av merverdiavgiftsloven § 5 b første ledd nr. 4.

Oppsummering

Høyesterett viser til at etablert praksis ved EU-domstolen, som utgangspunkt, anses som en tungtveiende rettskilde ved tolkingen av unntaket. Det vises også til praksisen EU-domstolen har etablert med hensyn til avgrensingen av hva som skal til for at en tredjemann anses som megler.

Dersom staten hadde fått medhold i den anførte fortolkning av meglerunntaket, ville dette ført til en betydelig rettsulikhet mellom norsk rett og det tilsvarende unntaket i EU.

En konsekvens av dommen vil være at bistand ved fusjonsprosesser ikke uten videre vil være omfattet av unntaket i merverdiavgiftsloven. Det er imidlertid verdt å merke seg at Høyesterett åpner for at fusjonsoppdrag kan omfattes av unntaket, noe som etter vår oppfatning vil kunne foreligge dersom verdipapirforetaket faktisk deltar i fusjonsforhandlingene og ellers har en aktiv rolle i prosessen.

Dommen viser blant annet at utformingen av mandatavtalene er vesentlig. Oppdragsbeskrivelsen bør være presis og oppdragets vesentlige innhold må klart fremgå.



KURS10

Dette er kurset for deg som reviderer eller har tenkt å revidere kommuner!

Regnskap, revisjon og kontroll i kommunene

To-dagers introduksjonskurs i kommunalt rammeverk, kommuneregnskap, forvaltningsrevisjon m.m.

11.–12. mai 2010 på Gardermoen

revisorforeningen • no

¹¹ Jf. svensk förehandsbesked av 2. november 1999, Rättsfallsprotokoll 38/90, som gjaldt børsintroduksjon.