

Telenor-dommen:

# Fradragsrett for transaksjons- og eierkostnader



Artikkelen er forfattet av:

Senioradvokat  
Bjørn Christian Lilletved  
Tøvsen  
Advokatfirmaet Thommessen

Denne artikkelen redegjør for Høyesteretts vurderinger i Telenor-saken, Finansdepartementets domskommentar, hvordan dommen bør forstås, og hvordan næringslivet kan innrette seg etter dommen.

## Innledning

Høyesterett avsa 8. juni 2015 dom i den såkalte Telenor-saken<sup>1</sup>. Dommen innebærer en uvanlig kortfattet vurdering av to spørsmål som har stor betydning for norsk næringsliv. Finansdepartementet har publisert en domskommentar som fremholder at Telenor-dommen gir anvisning på en nærmest generell avgrensning av fradragsretten mot kostnader knyttet til aksjetransaksjoner og aksjeeierskap. Dette vil kunne påføre avgiftspliktige næringsdrivende store avgiftskostnader i et system som er ment å virke nøytralt for statens avgiftsopprekvere. Telenor-dommen gjelder flere forhold, men særlig to av spørsmålene i saken er av generell betydning for

næringsdrivende som er registrert i Merverdiavgiftsregisteret:

- Har næringsdrivende fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til salg av selskaper ut av en fellesregistrering som ellers driver fullt ut avgiftspliktig virksomhet?
- Har næringsdrivende fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til ivaretagelse av eierskap i selskaper med tilknytning til aksjonærens egen avgiftspliktige virksomhet?

Høyesterett gir dessverre ingen utførlig, prinsipiell drøftelse av disse spørsmålene i Telenor-dommen, men konkluderer med at Telenor ikke hadde fradragsrett. Finansdepartementet har grepet muligheten og publisert en domskommentar<sup>2</sup> hvor det gis uttrykk for at konklusjonen på disse spørsmålene i Telenor-dommen må legges til grunn nærmest generelt. Departementets standpunkt er slik jeg ser det problematisk og innebærer en snevrere fradragsrett enn det som har vært lagt til grunn i forvaltningspraksis.

Premissene i Telenor-dommen er relativt korte og må forstås i lys av det rettslige utgangspunktet for sakens spørsmål. Det gis derfor først en overordnet redegjørelse for rettsstilstanden før Telenor-dommen.

## Rettslig utgangspunkt

Fradragsrett for merverdiavgift forutsetter at fire vilkår er oppfylt, jf. merverdiavgiftsloven<sup>3</sup> (mval.) § 8–1 og § 15–10. For det første må den som krever fradrag være registrert i Merverdiavgiftsregisteret (regist-

reringskravet). For det andre må avgiften knytte seg til en anskaffelse eller oppofrelse foretatt av avgiftssubjektet (tilordningskravet). For det tredje må anskaffelsen eller oppofrelsen være foretatt i tilknytning til avgiftssubjektets avgiftspliktige virksomhet (tilknytningskravet). I tillegg må avgiften være angitt i et salgsdokument stilet til avgiftssubjektet (legitimasjonskravet).

De aktuelle spørsmålet i Telenor-dommen gjelder forståelsen og anvendelsen av tilknytningskravet. De øvrige vilkårene for fradragsrett var oppfylt.

## Lovens ordlyd og forarbeider

Tilknytningskravet er i loven formulert som et vilkår om at anskaffelsen må være «til bruk i den registrerte virksomheten», jf. mval. § 8–1. En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd kan lede tanken hen mot et krav om faktisk bruk i den avgiftspliktige virksomheten. Dette har ikke vært lovgivers intensjon. Som påpekt av Høyesterett i den såkalte Sira Kvina-saken<sup>4</sup> fremgår det av forarbeidene at begrepet «bruk» i lovens ordlyd ikke kan tillegges nevneverdig vekt for lovforståelsen:

«I byrettens dom er det gjort rede for hvordan loven § 21 fikk sin endelige ordlyd. Mens det i det forslag som ble fremmet gjennom proposisjonen, tales om varer og tjenester til den avgiftspliktige virksomhet, og merknader til bestemmelsens nevnte anskaffelser som er «relevante for virksomheten» ble ordene «til bruk i» føyet inn i lovteksten under behandlingen i Finanskomiteen. Som byretten gjør rede for, og partene er enige om, var hensikten med endringen ikke å foreta noen ytterligere innskrenkning i fradragsretten enn

1 Rt. 2015 side 652 (Telenor ASA). Saken ble prosedert av advokat og partner Finn Backer-Grøndahl i Advokatfirmaet Thommessen for Telenor ASA.

2 Finansdepartementets brev av 1. september 2015 til Skattedirektoratet: «Merverdiavgift – klargjøring av enkelte spørsmål knyttet til fradragsrettens rekkevidde», publisert 24. september 2015 på skattestaten.no.

3 Lov av 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift.

4 Rt. 1985 side 93 (Sira Kvina Kraftselskap).

hva som måtte følge av det opprinnelige forslag.»

Statens anførsel i Sira Kvina-saken om at lovens uttrykk «til bruk i» oppstiller et krav om «produksjonsmessig sammenheng mellom anskaffelsene og den virksomheten som er avgiftsbelagt», og at de aktuelle anskaffelsene derfor må være «til direkte faktisk bruk i virksomheten» for at fradragsrett skal foreligge, ble på dette grunnlaget avvist av Høyesterett. I denne sammenheng fremgår det av dommen at:

«Departementet har ment at det avgjørende må være om de varer og tjenester det gjelder, er til direkte faktisk bruk i virksomheten. Etter min oppfatning medfører et slikt standpunkt at det trekkes en for snever grense om fradragsretten. Tolkingen følger ikke av lovens ordlyd og harmonerer dårlig med forarbeidene. Det vesentlige i lovbestemmelsen er, slik jeg ser det, uttrykket virksomhet, ikke ordene «til bruk i.»»

Det følger altså av forarbeidene at lovgiver ikke har hatt til hensikt å oppstille noen begrensning i fradragsretten utover at den aktuelle anskaffelsen eller oppførelsen må være foretatt til den avgiftspliktige virksomheten. Forarbeidene oppstiller kun én reservasjon: «*Retten til fradrag har som forutsetning at den inngående avgift knytter seg til anskaffelser som er relevante for den [avgiftspliktige] virksomhet ...*».<sup>5</sup> Den aktuelle anskaffelsen eller oppførelsen må altså være foretatt til den avgiftspliktige virksomheten og være relevant for den avgiftspliktige virksomheten.

Et viktig poeng, som også påpekes av Høyesterett, er at tilknytningskravet stiller krav om en sammenheng mellom den aktuelle anskaffelsen eller oppførelsen på den ene siden og den avgiftspliktige virksomheten på den annen. En snevrere tilnærming ville vært å oppstille et krav om sammenheng mellom anskaffelsen eller oppførelsen og en avgiftspliktig leveranse/omsetning av en vare eller tjeneste. Tilknytningskravet er altså ikke transaksjonsbasert, men virksomhetsrelatert. Dette følger direkte av lovens ordlyd. Prinsipielt sett innebærer dette at vilkåret for fradragsrett kan være oppfylt selv om anskaffelsen eller oppførelsen knytter seg til omsetning som er unntatt fra merverdiavgiftsloven, forutsatt at omsetningen skjer som ledd i/en del av den ellers fullt ut avgiftspliktige virksomheten. Det blir i så fall et spørsmål om

det kun foreligger forholdsmessig fradragsrett, jf. mval. § 8–2. Hvis derimot omsetningen skjer utenfor den avgiftspliktige virksomheten, for eksempel som en del av en ikke-avgiftspliktig virksomhet, vil tilknytningskravet ikke være oppfylt.

### Høyesterettspraksis

Sira Kvina-saken var første gang Høyesterett behandlet forståelsen av tilknytningskravet. Andre gang var i den såkalte Norwegian Contractors-saken,<sup>6</sup> hvor Høyesterett formulerte det som fortsatt er det gjeldende vurderingstemaet:

«På bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeidene må vurderingstemaet, som førstvoterende understreket i Rt-1985–93, være hvilken tilknytning oppførelsen har til den næringsdrivendes avgiftspliktige virksomhet. Avgjørende må være om oppførelsen har en naturlig og nær tilknytning til virksomheten» (min understrekning)

I tidsperioden mellom Norwegian Contractors-saken og Telenor-saken har Høyesterett behandlet forståelsen av tilknytningskravet en rekke ganger i ulike relasjoner,<sup>7</sup> men som påpekt i Telenor-dommen under henvisning til Elkjøp-dommen.<sup>8</sup>

«For at det skal foreligge fradragsrett, må anskaffelsen eller oppførelsen være relevant for virksomheten og ha en tilstrekkelig naturlig og nær tilknytning til denne. De grunnleggende avgjørelsene er Rt-1985–93 (Sira-Kvina) og Rt-2001–1497 (Norwegian Contractors). I enkelte senere avgjørelser har det til dels vært benyttet noen andre formuleringer, men disse avgjørelsene kan ikke oppfattes slik at de tilknytningskriterier som ble oppstilt i Rt-1985–93 og Rt-2001–1497, er blitt endret.»

Det avgjørende for fradragsretten er dermed om anskaffelsen er relevant for og har en tilstrekkelig naturlig og nær tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten.

Hva som nærmere ligger i kravet om «naturlig og nær tilknytning», fremstår fortsatt som noe uklart, og lovforståelsen kan være vanskelig å anvende i saksforhold som ikke ligger tett opp til de som er

behandlet av Høyesterett. Det oppstår derfor behov for å utlede noe mer av rettspraksis som kan gi veiledning for tolkingen. Høyesterett har i så fall gitt anvisning på følgende rammer for fradragsretten, men heller ikke disse kriteriene gir noen endelig avklaring av fradragsrettens rekkevidde i alle relasjoner:

- Det er isolert sett ikke tilstrekkelig at anskaffelsen eller oppførelsen fremstår som bedriftsøkonomisk fornuftig eller forsvarlig.<sup>9</sup> Formålet med anskaffelsen må knytte seg til den avgiftspliktige virksomheten.
- Det er ikke nødvendig å påvise noen direkte faktisk bruk eller rettslig forpliktelse til å foreta anskaffelsen i den avgiftspliktige virksomheten.<sup>10</sup>
- Kravet er oppfylt selv om anskaffelsen primært er foretatt til bruk i ikke-avgiftspliktig virksomhet, hvis anskaffelsen er en nødvendig forutsetning for, eller innsatsfaktor i, den avgiftspliktige virksomheten.<sup>11</sup>
- Hvis anskaffelsen er foretatt til direkte, faktisk bruk i ikke-avgiftspliktig virksomhet, er det ikke tilstrekkelig for fradragsrett at anskaffelsen har en bedriftsøkonomisk tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten.<sup>12</sup>
- For tjenesteanskaffelser (som typisk er tilfelle ved transaksjonskostnader) er det tilstrekkelig at tjenesten har en klar interesse for den avgiftspliktige virksomheten.<sup>13</sup>
- Kravet er oppfylt selv om anskaffelsen er foretatt i direkte tilknytning til omsetning som er unntatt fra merverdiavgiftsloven, hvis transaksjonen ikke har en egenverdi for den avgiftspliktige, dvs. kun utgjør et middel for å oppnå en målsetting innenfor den avgiftspliktige virksomheten.<sup>14</sup>

Ett sentralt tvistepunkt i Telenor-saken var om tilknytningskravet var oppfylt hvis transaksjonen ikke måtte anses gjennomført som ledd i en egen avgiftsfri virksomhet, selv om transaksjonen hadde en egenverdi for Telenor. Dette omtales nærmere nedenfor.

9 Rt. 2012 side 432 (Elkjøp AS) premiss 43.

10 Rt. 1985 side 93 (Sira Kvina), Rt. 2001 side 1497 (Concrete Platforms Holding AS).

11 Rt. 2003 side 1821 (Hunsbedt Racing AS), Rt. 2005 side 951 (Porthuset AS) premiss 40.

12 Rt. 2008 side 932 (Bowling 1 Strømmen AS) premiss 38-40.

13 Rt. 2008 side 939 (Tønsberg Bolig AS) premiss 43.

14 Rt. 2010 side 1184 (Kragero Golf & Spa Resort), Rt. 2012 side 432 (Elkjøp AS) premiss 46.

5 Ot.prp. nr. 17 (1968–69) side 55 andre spalte.

6 Rt. 2001 side 1497 (Concrete Platforms Holding AS).

7 Rt. 2003 side 1821 (Hunsbedt Racing AS), Rt. 2005 side 951 (Porthuset AS), Rt. 2008 side 932 (Bowling 1 Strømmen AS), Rt. 2008 side 939 (Tønsberg Bolig AS), Rt. 2010 side 1184 (Kragero Golf & Spa Resort AS) og Rt. 2012 side 432 (Elkjøp AS).

8 Rt. 2012 side 432 (Elkjøp AS).

## Forvaltningspraksis

Avgiftsmyndighetenes praktisering av tilknytningskravet som vilkår for fradragsrett ved transaksjonskostnader, er i Merverdiavgiftshåndboken<sup>15</sup> oppsummert slik:

«Praksisgjennomgangen ovenfor viser at det kan være vanskelig å ta stilling til om det skal innrømmes fradrag når den inngående avgiften knytter seg til transaksjoner som omfatter kjøp/salg av aksjer mv. Ved salg av aksjer er det nærliggende å nekte fradrag for inngående merverdiavgift under henvisning til at transaksjonen avgiften knytter seg til, er unntatt. Ved kjøp av aksjer kan det stille seg annerledes, for eksempel hvis det er på det rene at ervervet av aksjene i en konkurrerende virksomhet ble foretatt for å styrke/utvide egen virksomhet, og ikke kun skjedde som ledd i en ren finansiell investering.»

En konkret gjennomgang av praksis viser også at fradragsrett for inngående avgift på transaksjonskostnader knyttet til salg av selskaper generelt, nærmest gjennomgående har blitt nektet. Dette stiller seg annerledes ved salg av selskaper ut av fellesregistrering. Praktiseringen av tilknytningskravet overfor fellesregistrerte selskaper er i Merverdiavgiftshåndboken<sup>16</sup> omtalt slik:

«Skattedirektoratet har i fellesskriv F 28. januar 2014 (publisert 1. oktober 2014) uttalt at det etter omstendighetene kan være større adgang til fradrag for transaksjonskostnader ved morselskaps salg av datterselskap innenfor en fellesregistrert enhet. Fellesskrivet bygger på et skissert saksforhold, og det vises til at datterselskapenes driftsmidler (bygg) har vært en del av /direkte innsatsfaktor i avgiftssubjektets egen avgiftspliktige omsetning av utleietjenester.»

Dette har tilsynelatende vært lagt til grunn i praksis i hvert fall siden 2002.<sup>17</sup> Begrunnelsen som er gitt av direktoratet for å behandle salg av fellesregistrert selskap annerledes enn salg av selskap som ikke er fellesregistrert med selger, synes å ha allmenn gyldighet når målselskapets virksomhet utgjør en del av fellesregistreringens

gens samlede avgiftspliktige virksomhet før salget. Begrunnelsen for å nekte fradragsrett i Telenor-dommen indikerer derimot at en slik tilnærming er feil. Dette omtales nærmere nedenfor.

### *Industrielle vs. finansiell investeringer*

Ved kjøp av aksjer mv. har det i praksis blitt lagt til grunn et skille mellom såkalte industrielle og finansielle investeringer.<sup>18</sup> Når ervervet er industrielt motivert, dvs. for å styrke eller utvide egen virksomhet (f.eks. kjøp av selskap med samme eller komplementerende virksomhet), aksepteres fradragsrett for inngående avgift på transaksjonskostnadene. Dette gjelder også kjøp av selskaper i utlandet. Hvis derimot ervervet er finansielt motivert, dvs. plassering av kapital for å oppnå avkastning, nektes fradragsrett. Et formål om å levere avgiftspliktige management-tjenester til målselskapet har ikke blitt ansett tilstrekkelig for å behandle ervervet som en industriell investering med rett til fradrag for inngående avgift på transaksjonskostnadene.<sup>19</sup> Det motsatte er lagt til grunn i EU.<sup>20</sup>

### *Løpende eierkostnader og reorganisering mv.*

Praksis knyttet til eierkostnader (forvaltning av eierskap i datterselskaper) er noe mer sparsom og til dels uensartet. Hvis det foreligger fradragsrett ved erverv av datterselskapet fordi det er en industriell investering, så bør det også foreligge fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til forvaltning av eierskapet. I enkelte avgjørelser er det imidlertid fremholdt at det ikke foreligger fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til såkalt «holdingvirksomhet»,<sup>21</sup> og at dette også gjelder innenfor fellesregistrering.<sup>22</sup> Særlig sistnevnte er problematisk og harmonerer dårlig med begrunnelsen for fellesregistreringsordningen (retten til fradrag skal ikke påvirkes av valget mellom å organisere virksomhet i ett selskap eller fordelt på flere selskaper).

For fullstendighetens skyld nevnes også at praksis knyttet til omorganiseringer (fusjon, fisjon, omdanning og konserninterne aksjetransaksjoner), emisjoner (f.eks. kapitalforhøyelse ved utstedelse av nye

aksjer) og børsnoteringer viser at det normalt innrømmes fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til slike aktiviteter, forutsatt at kostnadene kan tilordnes et avgiftssubjekt og struktureringen/finansieringen gjelder dette avgiftssubjektets avgiftspliktige virksomhet.<sup>23</sup>

## Telenor-dommen

### Transaksjonskostnader

#### *Faktum*

Telenor ASA («Telenor») er en fellesregistrering bestående av mer enn 60 selskaper. Avgiftssubjektets kjernevirksomhet er salg av mobiltelefonitjenester. Telenor Satellite Services AS («TSS») inngikk i fellesregistreringen. Selskapets virksomhet besto i overføring av telesignaler via satellitt. Telenor besluttet av strategiske grunner å selge 100 % av aksjene i TSS for å frigjøre kapital og ledelsesressurser, og heller disponere disse innsatsfaktorene i konsernets kjernevirksomhet. Salget ville innbringe en betydelig gevinst for Telenor. I forbindelse med aksjesalget anskaffet Telenor finansielle og juridiske tjenester. Spørsmålet var om Telenor hadde fradragsrett for inngående avgift på disse transaksjonskostnadene.

#### *Betydningen av fellesregistrering*

Telenor anførte at salg av selskap fra en fellesregistrering måtte gi fradragsrett på samme måte som ved salg av virksomhet (innmat). Formålet med fellesregistreringsordningen er å likestille virksomhet organisert i ett selskap med virksomhet organisert i flere selskaper, med hensyn til fradragsretten. Virksomheten i TSS hadde vært en del av fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet, og det måtte da foreligge fradragsrett for inngående avgift på anskaffelser knyttet til salg av denne virksomheten. Det ble henvist til at en tilsvarende tilnærming hadde blitt lagt til grunn i forvaltningspraksis.

Høyesterett avviste dette med følgende begrunnelse:

«Fellesregistrering skal altså sikre at fradrag for inngående merverdiavgift som man ville hatt om virksomheten hadde vært organisert i ett selskap, oppnås også når virksomheten organiseres i flere selskaper som inngår i konsern, så langt disse er fellesregistrert. Dette kan imidlertid ikke begrunne fradragsrett for inngående merverdiavgift på varer og tjenester til bruk i avgiftsfri omsetning. Jeg kan ikke se at et

15 Skattedirektoratet «Merverdiavgiftshåndboken» (2015) side 587.

16 Skattedirektoratet «Merverdiavgiftshåndboken» (2015) side 583.

17 Det vises i uttalelsen av 28. januar 2014 til et fellesskriv fra direktoratet til skattekontorene av 14. november 2002, samt til Klagenemnda for merverdiavgiftsavgjørelser i sakene KMVA-2009-6560 og KMVA-2010-6875, hvor det legges til grunn at det foreligger fradragsrett for inngående avgift på transaksjonskostnader ved salg av fellesregistrert selskap.

18 Se bl.a. KMVA-2012-7340, KMVA-2015-8525 og KMVA-2014-8184. Se også UTV-2011-572 (Nopco Holding).

19 UTV-2015-1431 (Havila Holding), UTV-2012-1570 (Hansa Poperty Group), og UTV-2009-1219 (Rasmusengruppen).

20 Cibo-dommen (C-16/00), Larentia-dommen (C-108/14) og Minerva-dommen (C-109/14).

21 Se bl.a. KMVA-2009-6297 og KMVA-2012-7524.

22 Se bl.a. KMVA-2013-7743.

23 Se bl.a. KMVA-2008-6228, KMVA-2008-6245, KMVA-2013-7549 og KMVA-2013-7738.



morselskap som driver avgiftspliktig virksomhet, kan oppnå fradragsrett for inngående merverdiavgift på tjenester som knytter seg til avgiftsfritt salg av aksjer, ved å fellesregistreres med datterselskapet.»

Fellesregistrering påvirker altså ikke den avgiftsmessige klassifiseringen av transaksjonsobjektet. Dette er imidlertid ikke poenget. Høyesterett avviser fradragsrett basert på at tjenestene «*knytter seg til avgiftsfritt salg av aksjer*», dvs. avgiftsfri omsetning. Spørsmålet er om tjenestene knytter seg til fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet, jf. punktet Lovens ordlyd og forarbeider, over. TSS og dette selskapets virksomhet utgjorde en del av fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet. Et salg av TSS vil dermed direkte påvirke omfanget av fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet, på samme måte som et salg av virksomheten i TSS. Tilknytning mellom tjenester som anskaffes i forbindelse med salg av TSS eller selskapets virksomhet på den ene siden og fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet på den annen, er derfor den samme for avgiftsformål uavhengig av transaksjonsform. Dette synes også å ligge til grunn for den forvaltningspraksis som behandler salg av fellesregistrerte selskaper som salg av innsatsfaktorer/driftsmidler i fellesregistreringens avgiftspliktige virksomhet, jf. punktet Forvaltningspraksis, over. Denne forvaltningspraksisen er ikke kommentert i domspremissene. Høyesteretts begrunnelse fremstår imidlertid som generell, og gyldigheten av tidligere praksis er derfor høyst usikker.

### *Tilknytningskravet*

Telenor anførte at salget av TSS uansett skjedde som ledd i Telenors avgiftspliktige virksomhet. Salget ble gjennomført for å frigjøre kapital og ledelsesressurser til bruk i den avgiftspliktige kjernevirksomheten. Kravet til tilknytning mellom transaksjonskostnadene og den avgiftspliktige virksomheten måtte derfor være oppfylt.

Høyesterett avviste dette med følgende begrunnelse:

«Jeg kan ikke være enig i dette. Salget av aksjene i TSS innbrakte en betydelig gevinst for Telenor. Selv om salget av alle aksjene i selskapet hadde ringvirkninger for morselskapets virksomhet, kan dette ikke i seg selv gi den nødvendige tilknytningen til Telenors avgiftspliktige virksomhet.

Riktignok er jeg enig med Telenor i at salget av TSS frigjorde kapital og ledelsesressurser, noe som kom den avgiftspliktige virksomheten i Telenor til gode. Jeg kan imidlertid ikke se det annerledes enn at det her er tale om en transaksjon med samme forretningsmessige begrunnelse som svært mange andre avgiftsfrie aksjetransaksjoner. Salget av aksjene i TSS må etter mitt syn anses som en bedriftsøkonomisk motivert transaksjon som etter rettspraksis ikke er ansett å kunne begrunne fradragsrett, se foruten Rt-2012-432 avsnitt 43 (Elkjøp) som tidligere gjengitt, også Rt-2008-932 avsnitt 38 (Bowling). Jeg kan derfor ikke se at vilkårene for fradragsrett for merverdiavgift på anskaffelser av tjenester i forbindelse med salget av TSS, er oppfylt.»

Høyesteretts bruk av uttrykket «*bedriftsøkonomisk motivert*» synes å gi anvisning på en bedriftsøkonomisk sammenheng mellom anskaffelsen og den avgiftspliktige virksomheten som rent intuitivt skulle ligge i kjernen av hva som må anses relevant og naturlig og nært tilknyttet virksomheten. Høyesterett kan forstås slik at de aktuelle anskaffelsene, som i denne sammenheng ville frigjøre kapital og ledelsesressurser til bruk i kjernevirksomheten, har en for indirekte tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten. At en slik indirekte sammenheng mellom anskaffelsen og en ellers fullt ut avgiftspliktig virksomhet ikke er tilstrekkelig, er imidlertid vanskelig å forene med Sira Kvina-dommen og Norwegian Contractors-dommen. Det sentrale for Høyesterett synes derfor å være at anskaffelsen ble foretatt i tilknytning til en avgiftsfri transaksjon, og at det er dette og ikke den indirekte tilknytningen til den avgiftspliktige virksomheten som gir grunnlag for å nekte fradragsrett.

Det er ikke holdepunkter i domspremissene for at Høyesterett har ment å endre eller avgrense fradragsrettens rekkevidde etter Elkjøp-dommen. Begrunnelsen for å nekte fradragsrett må derfor forstås slik at den harmonerer med Elkjøp-dommen. Dette tilsier at Høyesterett må ha ansett aksjesalget for å ha en egenverdi for Telenor, og ikke kun var et middel for å oppnå en målsetting innenfor Telenors avgiftspliktige virksomhet. Denne egenverdien ligger nok i den betydelige gevinsten som ble realisert ved salget. I tillegg må Høyesterett ha ansett aksjesalget for å utgjøre eller inngå i en egen ikke-avgiftspliktig virksomhet, da dette synes å ha vært oppstilt som en forutsetning for å

nekte fradrag i Elkjøp-dommen. En slik forståelse av Telenor-dommen samsvarer med det Høyesterett kom til i Bowling-dommen, hvor det ble fastslått at det ikke foreligger fradragsrett for inngående avgift på en anskaffelse til ikke-avgiftspliktig virksomhet selv om det er en bedriftsøkonomisk sammenheng mellom anskaffelsen og avgiftspliktig virksomhet.

### **Eierkostnader**

#### *Faktum*

Telenor driver sin virksomhet både i og utenfor Norge. Den internasjonale delen av virksomheten drives dels gjennom heleide selskaper, og dels i partnerskap hvor Telenors eierandel er lavere. Som et eksempel på sistnevnte hadde Telenor i den aktuelle perioden en eierandel på 33,65 % i teleselskapet VimpelCom i Russland, og en eierandel på 56,25 % i teleselskapet Kyvistar i Ukraina. Eierskapet i disse selskapene ga synergieffekter og skalafordeler som kom den norske avgiftspliktige virksomheten til gode. Konflikter med andre aksjonærer i disse selskapene påførte Telenor betydelige kostnader til kommunikasjonsrådgivning, pr-tjenester og advokat tjenester. Spørsmålet var om Telenor hadde fradragsrett for inngående avgift på disse kostnadene.

#### *Tilknytningskravet*

Telenor anførte at eierskapet i VimpelCom og Kyvistar var industrielle investeringer begrunnet i de fordelene eierskapet medførte i form av felles innkjøpsordninger og andre synergieffekter og skalafordeler. Sikring av eierinteressen hadde derfor en klar interesse for den norske avgiftspliktige virksomheten, og anskaffelsene som ble foretatt i den forbindelse måtte derfor anses å ha den nødvendige tilknytningen til den avgiftspliktige virksomheten.

Høyesterett avviste dette med følgende begrunnelse:

«Disse anskaffelsene hadde som utgangspunkt til formål å ivareta Telenors ikke-avgiftspliktige virksomhet som aksjeeier i VimpelCom og Kyvistar. Spørsmålet er om anskaffelsene likevel kan anses å være relevante og ha tilstrekkelig naturlig og nær tilknytning til Telenors avgiftspliktige virksomhet ...

Om dette har lagmannsretten uttalt blant annet:

«Lagmannsretten kan ikke se at dette er annerledes for Telenor enn for andre som

gjør investeringer med sikte på samarbeid, utveksling av kompetanse mv. Investeringen gir synergieffekter som kan ha mye for seg i et bedriftsøkonomisk perspektiv... Etter lagmannsrettens vurdering har de aktuelle anskaffelsene for å sikre eierinteressene ikke tilstrekkelig naturlig og nær tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten.»

«Jeg er enig i dette.»

Sentralt i begrunnelsen er at Høyesterett uten videre legger til grunn at Telenor driver en ikke-avgiftspliktig virksomhet som aksjeeier i selskapene. Bowling-dommen fastslår som nevnt at det ikke foreligger fradragsrett for inngående avgift på anskaffelser til ikke-avgiftspliktig virksomhet selv om det er en bedriftsøkonomisk sammenheng mellom anskaffelsene og avgiftspliktig virksomhet. Til forskjell fra Bowling-dommen finner det ikke sted avgiftsfri omsetning i Telenors ikke-avgiftspliktige virksomhet som aksjeeier i selskapene. Utbytte på aksjer er ikke omsetning i merverdiavgiftslovens forstand. Det foreligger dermed ingen avgiftsfri transaksjon å knytte anskaffelsene til som grunnlag for å nekte fradragsrett. Kun en aktivitet som ikke i seg selv genererer avgiftspliktig omsetning. Dette er en annen situasjon enn Bowling-dommen, Kragerø-dommen og Elkjøp-dommen, og er kanskje mest sammenlignbar med Tønsberg Bolig-dommen. Terskelen for fradragsrett skulle da være «klar interesse» for den avgiftspliktige virksomheten.

En svakhet ved Telenor-dommen er at det i domspremissene ikke gjøres noe forsøk på å forene begrunnelsen med tidligere Høyesterettspraksis. Dette gjøres i en viss grad i TSS-forholdet med henvisning til Bowling-dommen og Elkjøp-dommen, men ikke på noen måte i VimpelCom/Kyvistar-forholdet. Dette må tillegges vekt ved vurderingen av dommens rekkevidde.

## Finansdepartementets domskommentar

Finansdepartementet har i brev av 1. september 2015 til Skattedirektoratet redegjort for sitt syn på Telenor-dommen og hvilken betydning den bør ha for fradragsrettens rekkevidde. Det er særlig tre forhold som det er verdt å merke seg.

For det første fremholder departementet at Telenor-dommen «[bygger] opp under et sentralt merverdiavgiftsrettslig utgangspunkt; fradragsretten er negativt avgrenset

mot anskaffelser som er til bruk i avgiftsunntatt omsetning/aktivitet». Det blir å snu lovens utgangspunkt på hodet. Lovens ordlyd tilsier at fradragsretten er negativt avgrenset mot anskaffelser som ikke er foretatt til bruk i avgiftspliktig virksomhet. Det at en anskaffelse også har tilknytning til avgiftsfri omsetning eller aktivitet, innebærer ikke i seg selv at fradragsrett er avskåret etter mval. § 8-1, kun at det eventuelt bare foreligger rett til forholdsmessig fradrag etter mval. § 8-2.

For det andre fremholder departementet at «... merverdiavgiften er et transaksjonsbasert system, slik at fradragsretten avgrenses ut fra hvilke virkninger anskaffelsen har og hvilke(n) transaksjoner anskaffelsene er til bruk for». En slik transaksjonsbasert tilknytningsvurdering er ikke forenlig med lovens ordlyd: «... til bruk i den registrerte virksomheten». Den harmonerer også dårlig med uttalelser i forarbeidene og de grunnleggende Høyesterettsdommene om forståelsen av tilknytningskravet.

For det tredje påpeker departementet at «... Høyesterett avviste fradragsrett for Telenor ASA på grunnlag av at anskaffelsene knyttet seg til en avgiftsunntatt transaksjon, uten at Høyesterett problematiserte om transaksjonen utgjorde (del av) avgiftsunntatt virksomhet». Dette er en riktig og viktig observasjon, men slutningen departementet trekker av dette – «... normen som kom til uttrykk og ble anvendt i Rt. 2012 side 432, har et begrenset anvendelsesområde» – er å gå for langt. Når Høyesterett i Telenor-dommen ikke har tatt direkte avstand fra den lovforståelsen som følger av Elkjøp-dommen (Rt. 2012 side 432), må Telenor-dommen tolkes på en måte som harmonerer med de grundige og mer prinsipielle premissene i Elkjøp-dommen. Som nevnt over er dette fullt mulig hvis Telenor-dommen forstås slik at aksjesalget ble ansett for å utgjøre eller inngå i en egen ikke-avgiftspliktig virksomhet.

Departementet instruerer direktoratet som følger: «Det bes om at Finansdepartementets forståelse av de rammer for fradragsretten som nå Høyesterett har trukket opp, blir reflektert i Merverdiavgiftshåndboken, uttalelser og lignende». Departementet argumenterer i domskommentaren for en snevrere fradragsrett enn det som følger av lovens ordlyd, forarbeider og tidligere Høyesterettspraksis. En endring av praksis i tråd med departementets syn burde derfor ikke skje uten en bredere og

mer prinsipiell behandling av fradragsrettens rekkevidde. Telenor-dommen og departementets domskommentar er i så måte ikke et tilfredsstillende grunnlag for å påføre statens avgiftsoppkrevende (de avgiftspliktige) større avgiftskostnader enn det som følger av tidligere praksis.

## Fradragsrettens rekkevidde i et prinsipielt perspektiv

### Formåls- og systembetragtninger

Formålet med fradragsretten er å forhindre avgiftskumulasjon og på denne måten sørge for at avgiften kun belastes endelig forbruk av varer og tjenester.<sup>24</sup> Avgiftskumulasjon oppstår hvis et avgiftssubjekt nektes fradrag for inngående merverdiavgift og avgiftskostnaden enten (i) påvirker prisingen av avgiftssubjektets avgiftspliktige omsetning av varer og tjenester (avgift på avgift), eller (ii) inngår i prisingen av en avgiftsfri transaksjon til et annet avgiftssubjekt og den skjulte avgiftskostnaden påvirker prisingen av dette avgiftssubjektets avgiftspliktige omsetning av varer og tjenester i neste omsetningsledd. Slike effekter bryter med de grunnleggende prinsippene om at avgiften skal virke nøytralt for de avgiftspliktige næringsdrivende og kun skal ramme endelig forbruk.

Det konkurrerende hensynet er ønsket om å unngå subsidiering av aktiviteter som faller utenfor merverdiavgiftssystemet. Slike aktiviteter anses som endelig forbruk for avgiftsformål selv om de finner sted i en virksomhet, i den grad virksomheten innebærer omsetning av varer og tjenester som er unntatt fra merverdiavgiftsloven. Ettersom virksomheten ikke er underlagt plikt til å beregne utgående avgift på omsetningen, må virksomheten nektes fradragsrett for inngående avgift for å bli behandlet på samme måte som alminnelige forbrukere.

Avveining av disse konkurrerende hensynene tilsier ofte ingen entydig løsning, og som påpekt av Høyesterett i Elkjøp-dommen kan ikke hensynet til å unngå subsidiering begrunne nektelse av fradragsrett for inngående avgift på kostnader knyttet til en avgiftsfri transaksjon når denne skjer som ledd i en ellers fullt ut avgiftspliktig virksomhet:

«Staten har med styrke fremholdt at dersom Elkjøp blir innrømmet fradragsrett for inngående avgift på anskaffelsen av tomannsboligen ..., vil sluttbrukerne av

<sup>24</sup> Se bl.a. Ot.prp. nr. 17 (1968–69) side 45 og Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) side 39.

tomannsboligen ikke bli pålagt merverdiavgift, og at dette vil medføre en utilsiktet statlig subsidiering og bidra til konkurransevridning. Disse reelle argumentene er ikke uten poeng. (...) Som påpekt i NOU 1990:11 Generell merverdiavgift på omsetning av tjenester, side 59–61, er det imidlertid ikke mulig fullstendig å unngå avgiftskumulasjon. Dette gjelder blant annet dersom en avgiftspliktig næringsdrivende gjør bruk av en tjeneste som ikke er avgiftspliktig, da prisen på en slik tjeneste ofte vil inneholde inngående merverdiavgift som ikke er blitt fradragført («skjult avgift»). Det vil heller ikke alltid være mulig å unngå at verdiskapning går til forbruk uten å bli pålagt merverdiavgift. Som eksempler fra rettspraksis kan nevnes Rt-1985–93 (Sira-Kvina) og Rt-2001–1497 (Norwegian Contractors). Merverdiavgiften blir i første omgang beregnet av de avgiftspliktige selv, og reglene bør derfor utformes slik at de ikke blir for kompliserte.

Det kan også oppstå situasjoner hvor man står overfor valget mellom å akseptere avgiftsfrihet og godta avgiftskumulasjon. Den foreliggende saken er et eksempel på det. Dersom Elkjøp får fradragrett, vil tomannsboligen ... ikke bli pålagt merverdiavgift. Blir Elkjøp nektet fradragrett, vil avgiften ikke ramme de reelle sluttbrukerne av tomannsboligen, men Elkjøp, og i Elkjøps virksomhet vil det oppstå avgiftskumulasjon. (...) Merverdiavgiften er en forbruksavgift, og den tar ikke sikte på å ramme næringsdrivende. Hvis Elkjøp blir nektet fradragrett for inngående avgift for kostnadene til tomannsboligen, vil selskapet bli pålagt merverdiavgift på oppførelser i virksomheten. Disse kostnadene må selskapet dekke inn gjennom prisene på selskapets produkter. (...) For Elkjøp vil en slik avgiftskumulasjon være en konkurransemessig ulempe.»

Dette vil kunne stille seg annerledes i et tilfelle hvor den avgiftsfrie transaksjonen skjer utenfor den avgiftspliktige virksomheten, f.eks. som ledd i en separat, ikke-avgiftspliktig virksomhet.

**Forutsigbart og praktikabelt regelverk**  
Hensynet til et enkelt praktiserbart regelverk er (overraskende nok) ett av hovedprinsippene som ligger til grunn for merverdiavgiftsloven.<sup>25</sup> Avgiften skal virke mest mulig nøytral og systemet bør medføre færrest mulig avgrensningsspørsmål.

En regel som innebærer at det ikke foreligger fradragrett for inngående avgift på ervervs- og realisasjonskostnader knyttet til aksjer mv., slik som i skatteretten,<sup>26</sup> vil oppfylle dette formålet. En slik regel vil imidlertid i stor grad undergrave hensynet til å unngå avgiftskumulasjon, som er hovedformålet med fradragretten.

En regel som innebærer at det foreligger fradragrett for inngående avgift på ervervs- og realisasjonskostnader knyttet til aksjer mv., med mindre kostnaden er pådratt utenfor den avgiftspliktige virksomheten (dvs. hvor det ikke foreligger en nær og naturlig sammenheng mellom avgiftssubjektets og målselskapets virksomhet), vil ivareta hensynet til å unngå avgiftskumulasjon. At en slik regel vil kunne innebære risiko for subsidiering av ikke-avgiftspliktig aktivitet må i så fall anses som en nødvendig konsekvens av valget mellom to «onder», men en mindre uheldig virkning enn å påføre statens avgiftsoppkrevere (de avgiftspliktige) en utilsiktet kostnad ved avgiftskumulasjon.

### Et konkurransedyktig regelverk

Et utvalg av avgjørelser fra EU-domstolen<sup>27</sup> gir inntrykk av at det i EU er åpnet for fradragrett for inngående avgift på transaksjons- og eierkostnader i større grad enn det som var rettstilstanden i Norge før Telenor-dommen. I lys av sistnevnte og departementets domskommentar kan fradragrettens rammer på dette området nå bli enda snevrere i Norge. Trenden går tilsynelatende i motsatt retning i Sverige, hvor det blant annet er lagt til grunn at salg av datterselskaper under visse forutsetninger skal behandles som salg av virksomhet for avgiftsformål, med den følge at det gis rett til fradrag for inngående avgift på transaksjonskostnadene.<sup>28</sup>

Den norske rettstilstanden på dette området bør vurderes i lys av rettstilstanden i Europa for øvrig. Målsettingen bør være at Norge opprettholder et konkurransedyktig regelverk. Konsekvensene av det motsatte kan være svært negative, både for norsk næringsliv og statskassen.

### Hvordan håndtere usikkerhet knyttet til Telenor-dommen?

Telenor-dommen er klar, men sparsommelig begrunnet. Det gjøres ikke noe direkte forsøk på å forene begrunnelsen med de grundige og mer prinsipielle premisene i Elkjøp-dommen. For å unngå motstrid bør derfor Telenor-dommen ikke gis en slik generell rekkevidde som departementet legger opp til i sin domskommentar.

Dommen gjelder et tilfelle hvor det selges unna et helt virksomhetsområde, som ikke utgjorde en del av avgiftssubjektets kjernevirksomhet, og hvor realisasjon av en betydelig gevinst etter Høyesteretts syn fremsto som en viktig begrunnelsen for aksjesalget. Dommen kan avgrenses mot salg som i større grad skjer som ledd i den avgiftspliktige virksomheten, er mer motivert av hensynet til denne, og hvor realisasjon av en gevinst ikke fremstår som hovedformålet med aksjesalget. Eksempler kan være salg av regulatoriske grunner eller som følge av konkurranserettslige pålegg eller vilkår. Et annet eksempel er salg som ledd i avvikling av avgiftspliktig virksomhet. I slike tilfeller er ikke salget en målsetting i seg selv, men et middel for å oppnå en målsetting innenfor virksomheten, jf. Elkjøp-dommen.

Når det gjelder kjøp og salg av et såkalt «single purpose vehicle» (SPV), dvs. selskap som kun har til formål å være eier av et driftsmiddel, fremholdt staten i sin prosedyre for Høyesterett at slike selskaper står i en særstilling og at avgiftspraksis knyttet til kjøp og salg av slike selskaper ikke kan gis generell anvendelse. Det er derfor ikke usannsynlig at avgiftsmyndighetene vil avgrense Telenor-dommen mot kjøp og salg av slike selskaper til og fra fellesregistrering og innrømme fradragrett i tråd med tidligere praksis.

Det er i praksis særlig to tiltak man kan foreta seg for å håndtere usikkerhet knyttet til betydningen av Telenor-dommen. For det første bør man ha en bevisst tilnærming til hva som er transaksjonskostnader og ikke (på samme måte som for skatteformål) for å begrense eksponering hvis fradragrett nektes. For det andre bør det kreves fradrag i tråd med tidligere praksis samtidig som det gis en fyllestgjørende forklaring til avgiftsrapporteringen. Sistnevnte er viktig for å unngå tilleggsavgift dersom skattekontoret skulle være uenig i avgiftsbehandlingen.

<sup>26</sup> Skatteloven § 6-24 annet ledd.

<sup>27</sup> Polyser-dommen (C60/90), Sofitam-dommen (C-333/91), Floridiene-dommen (C-142/99), Cibodommen (C-16/00), Larentia-dommen (C-108/14) og Minerva-dommen (C-109/14).

<sup>28</sup> Kammarrätten i Stockholms avgjørelse av 11. desember 2014 (Sveaskog Förvaltnings Aktiebolag).