



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 11. desember 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Magnus Matningsdal  
dommer Kristin Normann  
dommer Ragnhild Noer  
dommer Erik Thyness  
kst. dommer Tone Sverdrup

**HR-2019-2335-A, (sak nr. 19-073541SIV-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 11. mars 2019

Gjensidige Pensjonsforsikring AS

(advokat Per Oskar Tobiassen)

mot

Staten v/Skatteetaten

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Nils Sture Nilsson)

## S T E M M E G I V N I N G

- (1) Kst. dommer **Sverdrup**: Saken gjelder spørsmålet om datatjenester som ytes til et pensjonsforsikringsforetak, kan unntas fra merverdiavgift etter unntaket for finansielle tjenester i merverdiavgiftsloven § 3-6, nærmere bestemt om foretaket kan anses som «verdipapirfond» eller «investeringsselskap» etter denne bestemmelsen.
- (2) Gjensidige Pensjonsforsikring AS (heretter Gjensidige) er et livsforsikringsselskap som ble stiftet 13. juni 2005, og som har tillatelse fra Finanstilsynet til å drive livsforsikringsvirksomhet, jf. finansforetaksloven § 2-13. Selskapet driver en todelt virksomhet, med omsetning henholdsvis av spareprodukter og forsikringstjenester, hvorav sparedelen er den største. Sparedelen består i all hovedsak av kollektiv innskuddspensjon etter lov om innskuddspensjon i arbeidsforhold § 3-3.
- (3) Det danske selskapet Forsikringens DataCenter leverte datatjenester til Gjensidige, blant annet datasystemer for håndtering av kundenes pensjonskonti. Gjensidige beregnet opprinnelig merverdiavgift på denne tjenesten fra Danmark, jf. merverdiavgiftsloven § 3-30, men tilbakeførte senere 85 prosent av beregnet avgift. I 2014 foretok skattekontoret bokettersyn i Gjensidige for perioden 2011–2013, begrenset til en vurdering av beregningen av merverdiavgift for disse tjenester fra utlandet etter merverdiavgiftsloven § 3-30.
- (4) Skattekontoret varslet Gjensidige i brev av 18. august 2014 om etterberegning av utgående merverdiavgift og renter for den aktuelle perioden, og fattet deretter vedtak 12. desember 2014 om etterberegning av utgående merverdiavgift med 20 905 973 kroner.
- (5) Gjensidige påklaget vedtaket. I vedtak av 26. oktober 2015 stadfestet Klagenemnda for merverdiavgift skattekontorets vedtak. Gjensidige ba om ny behandling av saken under henvisning til at nemnda ikke var blitt gjort kjent med merknadene som Gjensidige hadde inngitt etter at innstillingen fra skattekontoret ble utformet. De nye merknadene gjaldt danske myndigheters uttalelse i EU-domstolens dom 13. mars 2014 i sak C-464/12 *ATP*. Nemnda besluttet 15. februar 2016 at saken skulle gjenopptas, og i vedtak av 20. juni 2016, under dissens 3–2, stadfestet nemnda igjen skattekontorets vedtak.
- (6) I stevning av 16. desember 2016 brakte Gjensidige saken inn for Oslo tingrett med påstand om at vedtaket fra Klagenemnda for merverdiavgift skulle kjennes ugyldig, og at Gjensidige skulle tilkjennes sakskostnader.
- (7) Oslo tingrett avsa 16. august 2017 dom med slik domsslutning:
- «1.       **Staten v/Skatt øst frifinnes.**
2.       **Sakskostnader tilkjennes ikke.»**
- (8) Tingretten kom under tvil til at tjenestene som Gjensidige mottok ikke kunne falle inn under unntaket for finansielle tjenester da Gjensidige verken var et verdipapirfond eller et investeringsselskap etter merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav f og g. Tingretten la særlig vekt på at investorene ikke hadde noen eierandel i Gjensidige eller på annen måte var eiere.
- (9) Gjensidige Pensjonsforsikring AS anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 11. mars 2019 avsa dom med slik domsslutning:

«1. Anken forkastes.

2. Sakskostnader for lagmannsretten tilkjennes ikke.»

- (10) Lagmannsrettens flertall fant under tvil at Gjensidige ikke kunne anses som et verdipapirfond, investeringselskap eller selskap som kunne likestilles med dette. Mindretallet kom – også under tvil – til motsatt resultat.
- (11) Gjensidige Pensjonsforsikring AS har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Gjensidige har i retten opplyst at det er enighet om de faktiske forhold i saken, slik at det i realiteten bare er rettsanvendelsen som angripes. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for tidligere instanser.
- (12) Den ankende part – *Gjensidige Pensjonsforsikring AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (13) Sakens kjerne er om Gjensidige er et subjekt som etter merverdiavgiftsloven § 3-6 kan kjøpe forvaltningstjenester uten merverdiavgift. Gjensidige mener subjektvilkåret er oppfylt, enten ved at Gjensidige faller inn under «verdipapirfond» eller «investeringselskap» i bokstav f eller g eller kan anses for et så likt selskap at det uansett omfattes av unntaket, jf. «herunder» i § 3-6. Det er ikke spørsmål om Gjensidige faller inn under avgiftsfritaket som forvalter av et verdipapirfond eller investeringselskap, slik lagmannsretten formulerer det, men om Gjensidige *er* et investeringselskap.
- (14) Oppregningen i § 3-6 er ikke uttømmende, paragrafen angir derfor bare eksempler. Forarbeidene taler i samme retning, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000–2001), merknadene til merverdiavgiftsloven 1969 § 5 b første ledd nr. 4. Der heter det at bokstav f «blant annet» tar sikte på omsetning fra virksomheter som omfattes av lov om verdipapirfond.
- (15) Bestemmelsen i § 3-6 er basert på EUs rådsdirektiv 2006/112/EF artikkel 135 nr. 1 bokstav g, hvor forvaltning av «special investment funds» er unntatt. EU-domstolens praksis er derfor en sentral rettskilde, slik Høyesterett fremhever i Rt-2009-1632 avsnitt 33. Forarbeidene gir uttrykk for at finansunntakene «i stor grad» vil være sammenfallende med EUs direktiv.
- (16) EU-domstolen har tolket subjektvilkåret i direktivet utvidende i tråd med formålet med unntaket, som er å gjøre det lettere å investere kollektivt, samt å sikre avgiftsnøytralitet. Med dette utgangspunktet har EU-domstolen vist til at unntaket også gjelder subjekter som fremviser sammenlignbare trekk i en slik grad at de konkurrerer med UCITS-fond.
- (17) Gjensidige har klare likhetstrekk med verdipapirfond, blant annet ved at kapitalen mottas fra en ubestemt krets og forvaltes særskilt i Gjensidige, riktignok ikke mot utstedelse av andeler. Kundene får i stedet en fordring mot foretaket, men det utgjør ingen stor forskjell i praksis.
- (18) Begrepet «investeringselskap» er ikke definert i lovverket, de kan organiseres på forskjellige måter. I ATP-saken ble en «pensionskasse» ansett for å falle innenfor unntaket. I Norge reguleres Gjensidige og pensjonskasser av samme lovgivning. Virksomhetene tilbyr de samme produktene og konkurrerer om de samme kundene.

- (19) Gjensidige oppfyller de fem vilkårene for å bli omfattet av unntaket for investeringsforeninger som følger av praksis fra EU-domstolen. Blant annet investeres midlene kollektivt, ved at de er plassert i profiler som investeres samlet innen hver profil. Gjensidige eier fondsandelene og utøver eventuelle eierrettigheter. Utad mot fondene og tredjemenn er det kun Gjensidige som er investor, slik at dette de facto gjøres kollektivt. UCITS-fond kan også plassere midler i andre UCITS-fond, jf. regelen i verdipapirfondloven § 6-12 om «[f]ond i ett fond».
- (20) Konsekvensene dersom Klagenemndas vedtak blir stående, er et regelverk som ikke er i harmoni med EU-retten, og hvor man aksepterer konkurransevridning.
- (21) *Gjensidige Pensjonsforsikring AS* har lagt ned slik påstand:
- «1. **Klagenemnda for merverdiavgift sitt vedtak nr. 8691AA er ugyldig.**
  2. **Gjensidige Pensjonsforsikring AS tilkjennes saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»**
- (22) Ankemotparten – *staten v/Skatteetaten* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (23) Spørsmålet er om unntaket for finansielle tjenester i merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav f eller g kommer til anvendelse, og hvilken betydning det har at loven ikke er uttømmende.
- (24) Det fremgår av forarbeidene at lovgiver ønsket færrest mulig unntak fra avgiftsplikt på tjenester. Unntaket for finansielle tjenester måtte noe motvillig innføres av hensyn til EU-retten og konkurransen mot utlandet.
- (25) Den privatrettslige definisjonen av verdipapirfond i verdipapirfondloven skal legges til grunn med mindre det er holdepunkter for annet, jf. HR-2019-1726-A avsnitt 47 og 52–54. Sammenhengen i loven tilsier det samme, ettersom bokstav g dekker subjekter som faller utenfor verdipapirfondloven, men som likevel omfattes av unntaket, jf. EU-domstolens praksis. Hvis definisjonen i verdipapirfondloven legges til grunn, er det enighet om at Gjensidige faller utenfor. Gjensidige er ikke en selvstendig formuesmasse, ettersom det også er annen kapital og aktivitet i foretaket. Deltakerne er heller ikke eiere og har ingen andeler eller aksjer i Gjensidige.
- (26) Begrepet «investeringsselskap» har ingen lovbestemt definisjon, men har likevel en hovedbetydning: Det er et selskap som investerer kapital for egen regning og risiko med det formål å oppnå avkastning og økt verdiutvikling på kapitalen selskapet selv eier. Gjensidige driver derimot livsforsikringsvirksomhet, og forsikringsdelen er oppgitt til ca. 30 prosent. Foretaket driver ikke med investeringer, men selger pensjonsforsikringer. Kravet om at driften må skje for egen regning og risiko, er ikke oppfylt, for i Gjensidige er det kundenes pensjonsmidler, og ikke selskapets kapital, som investeres.
- (27) Virksomheten til Gjensidige kan ikke sammenlignes med den forvaltningen som skjer i verdipapirfond, som er en kollektiv porteføljeforvaltning.
- (28) Tar man utgangspunkt i den tottrinnsvurderingen som EU-domstolen foretar, kan man konstatere at Gjensidige verken er et UCITS-fond eller utfører samme tjenester eller er i direkte konkurranse med UCITS-fond.

(29) Gjensidige faller også utenfor unntaket i bokstav g fordi investeringene ikke er kollektive, jf. ATP-dommen avsnitt 48–51. Når det er flere risikoprofiler, vil den enkelte kundes investeringer ikke påvirkes av hva som skjer med kundene i andre profiler. Det er dermed ikke lenger noen kollektiv investering.

(30) Etter statens syn tilsier en tolkning av EU-praksis at Gjensidige faller utenfor merverdiavgiftsunntaket. Under enhver omstendighet er det ingen avklart tolkning i EU-domstolen, og heller ikke i Sverige og Danmark. Det norske unntaket bør ikke gå lenger enn klar praksis fra EU-domstolen, særlig ikke så lenge lovgiver i Norge ønsker et snevert unntak.

(31) Staten v/Skatteetaten har lagt ned slik påstand:

«1. Anken forkastes.

2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»

(32) *Mitt syn på saken*

(33) Det følger av hovedregelen i merverdiavgiftsloven § 3-1 første ledd at det skal beregnes merverdiavgift av tjenester som omsettes i Norge. I vår sak var det et selskap hjemmehørende i Danmark som leverte datatjenester til det norske selskapet Gjensidige. Tjenester fra utlandet som kan leveres uavhengig av et bestemt fysisk sted – såkalte fjernleverbare tjenester, jf. § 1-3 første ledd bokstav i – kan imidlertid også være avgiftspliktige, dersom vilkårene i merverdiavgiftsloven § 3-30 er oppfylt. De to første leddene i § 3-30 lyder:

«(1) Det skal beregnes merverdiavgift av fjernleverbare tjenester som er kjøpt utenfor merverdiavgiftsområdet. Dette gjelder likevel ikke dersom tjenesten inngår i beregningsgrunnlaget etter § 4-11 første ledd.

(2) Merverdiavgiftsplikten etter første ledd oppstår dersom mottakeren er næringsdrivende eller offentlig virksomhet hjemmehørende i merverdiavgiftsområdet og tjenesten er merverdiavgiftspliktig ved omsetning i merverdiavgiftsområdet.»

(34) Etter bestemmelsen er det altså mottakeren av tjenesten – her Gjensidige – som har plikt til å beregne og innbetale merverdiavgiften, mens det normalt er tjenesteyteren som har denne plikten. Vilkårene i § 3-30 om at mottakeren av tjenesten er næringsdrivende og hjemmehørende i Norge er oppfylt. Tvisten gjelder dermed om datatjenesten som Gjensidige mottok fra Danmark, ville vært avgiftspliktig hvis den var omsatt i Norge.

(35) Omsetning av tjenester er, som nevnt, avgiftspliktige etter merverdiavgiftsloven § 3-1 første ledd. Ett av unntakene gjelder omsetning og formidling av finansielle tjenester, jf. § 3-6. Bestemmelsen lyder:

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

- a) omsetning av forsikringstjenester
- b) omsetning av finansieringstjenester, likevel ikke finansiell leasing
- c) utføring av betalingsoppdrag
- d) omsetning av gyldige betalingsmidler
- e) omsetning av finansielle instrumenter og lignende
- f) forvaltning av verdipapirfond
- g) forvaltning av investeringsselskap.»

- (36) Datatjenestene som Gjensidige mottok fra Forsikringens DataCenter, består blant annet av IT-systemer for håndtering av kundenes pensjonskonti. Slike tjenester vil i stor grad falle utenfor de tjenestene som er beskrevet i bokstavene a til e i § 3-6. Dette synes ikke bestridt av partene.
- (37) Tvistespørsmålet er da om det såkalte subjektvilkåret i bokstav f eller g er oppfylt, det vil si om Gjensidige kan regnes som et verdipapirfond eller et investeringsselskap. Hvorvidt de konkrete tjenestene som ble levert fra Forsikringens DataCenter, er av en slik karakter at de faller inn under begrepet «forvaltning», er derimot ikke en del av denne saken, ettersom dette ikke ble behandlet av Klagenemnda for merverdiavgift.
- (38) Fordi bestemmelsen etter sin ordlyd ikke er uttømmende, jf. «herunder», kan det i prinsippet tenkes finansielle tjenester som ikke faller inn under opplistingen i § 3-6, men som likevel er unntatt fra avgift. I forarbeidene vises det til at man her har ment å gi rom for nye tjenester, blant annet som følge av endringer i markedsstrukturen, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000–2001), merknadene til merverdiavgiftsloven 1969 § 5 b første ledd nr. 4. Som det vil fremgå, gir imidlertid begrepet «investeringsselskap» tilstrekkelig rom for en slik utvikling i vår sak, og det er derfor ikke grunn til å ta opp spørsmålet om det er kommet til nye typetilfeller.
- (39) Den sentrale foranledningen til unntaket for finansielle tjenester i § 3-6 er EUs regelverk. Ved innføringen av merverdiavgift i 1969 var bare omsetning av positivt angitte tjenester avgiftspliktige, men i 2001 innførte man generell merverdiavgiftsplikt også for tjenester. En rekke tjenester ble imidlertid fortsatt unntatt fra avgift, herunder omsetning av finansielle tjenester, jf. 1969-loven § 5 b første ledd nr. 4 bokstav a til f.
- (40) Unntaket for finansielle tjenester skyldtes dels vansker med å finne et egnet avgiftsgrunnlag, men var primært begrunnet i et lignende unntak i EUs rådsdirektiv 77/388/EØF artikkel 13 punkt B om fritak for nærmere bestemte tjenester. Finansdepartementet mente i utgangspunktet at omsetning av finansielle tjenester burde være avgiftspliktige, men foreslo likevel et avgrenset unntak under henvisning til at de fleste OECD-land som det var naturlig å sammenligne seg med, hadde unntak for finansielle tjenester. Departementet pekte på at unntaket var prinsipielt uheldig, og at det i utgangspunktet måtte ses på som midlertidig da det pågikk et arbeid i regi av EU og OECD for å se nærmere på merverdiavgift i finanssektoren, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) punkt 7.2.5.5.
- (41) Ett av unntakene i EU-direktivet gjaldt forvaltning av «investeringsforeninger» (dansk tekst), jf. artikkel 13 punkt B bokstav d nr. 6. Bakgrunnen var et ønske om å lette småinvestorers adgang til å investere i verdipapirer på like vilkår med investorer som handlet direkte i markedet, jf. EU-domstolens dom 13. mars 2014 i sak C-464/12 ATP avsnitt 43. Det norske unntaket for «forvaltning av verdipapirfond» i 1969-loven § 5 b første ledd nr. 4 bokstav f ble begrunnet på lignende vis, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) punkt 7.2.5.5.
- (42) I Prop. S 1 (2009–2010) om skatte-, avgifts- og tollvedtak punkt 3.2.1 gir Finansdepartementet uttrykk for at selv om avgiftsregelverket ikke er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen, er konkurransesituasjonen internasjonalt en viktig grunn til at de norske reglene er lagt tett opp til EU-reglene.

- (43) Jeg ser først på spørsmålet om Gjensidige kan anses for å være et «verdipapirfond» som omfattes av subjektvilkåret i § 3-6 bokstav f.
- (44) I vurderingen av hvordan begreper skal forstås i skatte- og avgiftslovgivningen, må man – så sant det ikke er holdepunkter for annet – legge til grunn den definisjonen som er gitt i særlovgivningen, se senest HR-2019-1726-A (Storebrand International Private Equity V Limited) avsnitt 47 og 52–54.
- (45) Begrepet «verdipapirfond» defineres på følgende måte i verdipapirfondloven § 1-2 nr. 1:
- «Verdipapirfond (fond): selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon.»**
- (46) Dersom denne definisjonen legges til grunn, er det uten videre klart at Gjensidige faller utenfor merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav f. Investorene som skyter inn kapital i Gjensidige, får nemlig ingen eierandeler i selskapet, ettersom Gjensidige er et heleid datterselskap av Gjensidige Pensjon og Sparing Holding AS.
- (47) Unntaket i bokstav f om verdipapirfond har en spesiell forhistorie. Som jeg kommer tilbake til, var det allerede før ikrafttredelsen av den opprinnelige bestemmelsen 1. juli 2001 klart at også forvaltning av investeringsselskap kunne være fritatt for merverdiavgift. Samtidig hadde den gjeldende regelen intet uttrykkelig unntak for forvaltning av investeringsselskaper – et slikt unntak kom først inn som en ny bokstav g i § 3–6 i gjeldende merverdiavgiftslov i 2009. Slik dagens lovtekst er formulert, er det derfor nærliggende å tolke begrepet «verdipapirfond» i bokstav f i samsvar med legaldefinisjonen. I alle fall for den typen selskaper som Gjensidige representerer, må det uansett være klart at når et selskap først faller inn under definisjonen av «verdipapirfond» i bokstav f, vil det også omfattes av det videre begrepet «investeringsselskap» i bokstav g, slik dette begrepet er fortolket i det følgende.
- (48) Spørsmålet blir etter dette om Gjensidige er å anse som et «investeringsselskap» etter merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav g.
- (49) Loven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet «investeringsselskap», slik tilfellet er for verdipapirfond. Opprinnelig inneholdt, som nevnt, unntaksregelen for finansielle tjenester ikke noe uttrykkelig unntak for forvaltning av investeringsselskaper. Men i perioden mellom vedtakelsen av lovreformen og ikrafttredelsen i 2000/2001 ble det gjennomført en høringsrunde til en planlagt forskrift om praktiseringen av unntaket for finansielle tjenester. Blant annet Norsk Venture Kapitalforening og Telenor tok her til orde for avgiftsfrihet også for investeringsselskap.
- (50) På bakgrunn av høringsrunden ba finanskomiteens flertall regjeringen om å «påse at likeartede finansielle tjenester som utøves ved forvaltning av verdipapirfond og investeringsselskap blir avgiftsmessig behandlet på samme måte», jf. Innst. S nr. 325 (2000–2001) punkt 7.1.1. Det ble ikke utarbeidet noen forskrift, men Finansdepartementet fulgte opp anmodningen fra finanskomiteen i en tolkningsuttalelse avgitt 15. juni 2001. Her fremholdt departementet at «forvaltning av investeringsselskaper skal gis fritak i den grad dette er tale om virksomhet som kan sammenlignes med

forvaltning som skjer i verdipapirfond», jf. punkt 5.2 i vedlegg 7 til Skattedirektoratets rundskriv, Skd 2001-13 Merverdiavgiftsreformen.

- (51) Da den någjeldende merverdiavgiftsloven ble vedtatt i 2009, kom unntaket for investeringsselskaper inn i selve lovteksten i § 3-6 bokstav g. I proposisjonen vises det til at det var tale om en kodifisering av forvaltningspraksis, jf. Ot.prp. nr. 76 (2008–2009), merknadene til § 3-6. Begrepet «investeringsselskap» forklares ikke nærmere i proposisjonen.
- (52) I tolkningsuttalelsen fra 2001 siterer Finansdepartementet fra en beskrivelse av investeringsselskap i NOU 1978: 42 Verdipapirhandel, punkt 5.61. Beskrivelsen lyder slik:

**«Med begrepet investeringsselskaper siktes først og fremst til selskaper som mottar sparemidler eller kapital fra almenheten ved salg av andeler, og investerer midlene på selskapets vegne i aksjer og andre verdipapirer. Disse investeringsselskaper kan være 'åpne', de har da vekslende antall andelseiere og vil til enhver tid tilby andeler til salg og også garantere innløsning til enhver tid. 'Lukkede' investeringsselskaper er selskaper som består av en eller flere grupper av personer med fast innbetalt kapital. Innen den enkelte gruppe skjer det ikke noe salg av nye andeler til almenheten, men dette kan skje ved dannelsen av nye grupper. Begrepet investeringsselskaper antas dessuten vanligvis også å omfatte såkalte aksjespareklubber, men disse vil normalt ikke henvende seg til almenheten.»**

- (53) Kjernen i begrepet «investeringsselskap» er dermed et selskap eller en annen juridisk innretning som foretar investeringer i verdipapirer o.l. for et antall investorer, hvor hver investor er den reelle eier av en forholdsmessig andel av investeringsporteføljen. Private equity-fond mv., hvor det utøves et aktivt eierskap, kan falle inn under definisjonen, jf. det jeg har sagt om bakgrunnen for unntaket.
- (54) Foranledningen til at finansielle tjenester ble unntatt fra merverdiavgift var, som nevnt, et lignende unntak i EUs regelverk og ønsket om at norske bedrifter skulle konkurrere på samme vilkår som næringsdrivende i andre EØS-land. Unntaket for finansielle tjenester er imidlertid et område hvor det har vist seg vanskelig å etablere en ensartet praksis i EU-landene, slik at det først og fremst er de mer overordnede prinsippene som EU-domstolen har etablert, som vil ha interesse, jf. Rt-2009-1632 avsnitt 34.
- (55) Den motsvarende EU-bestemmelsen til merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav f og g finnes nå i EUs rådsdirektiv 2006/112/EF artikkel 135 nr.1 bokstav g, tidligere EUs rådsdirektiv 77/388/EØF artikkel 13 punkt B bokstav d nr. 6. Unntaket i begge direktivene er formulert slik i den danske teksten:

**«forvaltning af investeringsforeninger, således som disse er fastsat af medlemsstaterne».**

- (56) I engelsk versjon heter det: «management of special investment funds as defined by Member States».
- (57) Ut fra ordlyden kan det synes som medlemsstatene har relativt stor frihet til å legge sitt eget innhold i begrepet «investeringsforening». EU-domstolen har imidlertid slått fast at det er begrenset adgang til å definere begrepene etter eget ønske. Dette følger dels av at unntak fra plikten til å betale merverdiavgift skal fortolkes strengt, jf. EU-domstolens dom 21. juni 2007 i sak C-453/05 *Volker Ludwig* avsnitt 21. Dessuten setter formålet med direktivet grenser for tolkningsfriheten.



- (58) Et sentralt formål med unntaket for investeringsforeninger har vært å gjøre det lettere for småinvestorer å investere i verdipapirer ved å fjerne avgiften for forvaltning i slike foreninger, og derved etablere et nøytralt avgiftssystem i valget mellom direkte investeringer i verdipapirer og investeringer som foretas gjennom foreninger for kollektiv investering, jf. ATP-saken avsnitt 43. Sentralt står altså prinsippet om avgiftsnøytralitet, jf. EU-domstolens dom 28. juni 2007 i sak C-363/05 *JP Morgan* avsnitt 22, jf. avsnitt 19–21. Avgiftsmessig nøytralitet vil si at tjenester som konkurrerer, likebehandles med hensyn til merverdiavgift, slik at man unngår konkurransevridninger, jf. *JP Morgan*-saken avsnitt 47.
- (59) Finansdepartementet uttalte, som nevnt, at det skulle gis fritak for forvaltning av investeringsselskaper i den grad det var tale om virksomhet som kunne sammenlignes med den forvaltningen som skjer i verdipapirfond. Et slikt hovedsynspunkt har klare paralleller til den forståelsen av begrepet «investeringsselskap» som er lagt til grunn av EU-domstolen.
- (60) EU-domstolens vurdering skjer gjerne ved at det først undersøkes hvorvidt selskapet er et såkalt UCITS-fond, og hvis svaret er bekreftende, anses fondet uten videre som en «investeringsforening», jf. blant annet EU-domstolens dom 9. desember 2015 i sak C-595/13 *Fiscale Eenheid* avsnitt 36. Et UCITS-fond er et verdipapirfond som er underlagt særskilt lovregulering, blant annet om risikospredning, av hensyn til forbrukerne, jf. EUs rådsdirektiv 85/611/EØF. Slike fond er i norsk rett regulert i verdipapirfondloven kapittel 6, jf. § 1-2 nr. 4. Det er på det rene at Gjensidige ikke er et UCITS-fond.
- (61) Hvis et selskap ikke tilfredsstillter kriteriene som er satt opp for definisjonen av UCITS-fond, spør EU-domstolen om selskapet kan fremvise sammenlignbare trekk i den grad at det kan sies at selskapene konkurrerer, jf. *Fiscale Eenheid*-saken avsnitt 37. Karakteristisk for UCITS-fondene er at de har som eneste formål å foreta kollektive investeringer i verdipapirer og bygger, som nevnt, på prinsippet om risikospredning. UCITS-fond forvalter sine investeringer i eget navn og på egne vegne. Hver investor eier en forholdsmessig andel i fondet, mens fondets investeringer som sådanne eies av fondet, jf. EU-domstolens dom 19. juli 2012 i sak C-44/11 *Deutsche Bank* avsnitt 33 og ATP-saken avsnitt 49–50.
- (62) I vurderingen av om et selskap har tilstrekkelig likhet med et UCITS-fond, legger EU-domstolen blant annet vekt på om flere investorers midler er lagt sammen på en måte som gjør det mulig å spre kundenes risiko. Det følger av ATP-saken, som gjaldt tjenester levert til en dansk pensjonsinretning som tilbød innskuddspensjon til medlemmene, at den typen pensjonskasser som saken gjaldt, regnes som investeringsforeninger dersom de finansieres av de personene som skal ha pensjonene utbetalt, oppsparingen investeres ut fra prinsippet om risikospredning og investeringsrisikoen bæres av pensjonskundene, jf. avsnitt 51–59. Det er uten betydning at innskuddene blir betalt av arbeidsgiver, og at pensjonen suppleres med et sekundært forsikringselement. I *Fiscale Eenheid*-saken fremheves dessuten at selskapet må være underlagt offentlig tilsyn, jf. avsnitt 40.
- (63) Av Gjensidiges vedtekter fremgår det i § 2 at selskapet «skal drive livsforsikringsvirksomhet med investeringsvalg, samt virksomhet som naturlig henger sammen med slik virksomhet». I årsberetningen for 2013 opplyses det at selskapet leverer produkter innenfor kollektiv tjenestepensjon som består av innskuddsbaserte ordninger

med tilknyttede risikodekninger. I selskapets standardkontrakt «Pensjons- og forsikringsavtale med investeringsvalg» heter det i punkt 9 at hvert medlem får en pensjonskonto hvor de selv kan sette sammen sin egen portefølje fra de fond som tilbys. Netto avkastning på medlemmets pensjonsmidler skal tilføres pensjonskapitalen, og medlemmet «bærer selv investeringsrisikoen». At kunden bærer investeringsrisikoen, er i samsvar med innskuddspensjonslovens alternativ i § 3-1 bokstav c og § 3-3.

- (64) Gjensidige tilfredsstillter dermed flere av de kriteriene som utgjør kjernen i et investeringsselskap, både slik begrepet er forstått i norsk rett, og slik EU-domstolen har tolket begrepet «investeringsforeninger». Gjensidige mottar således sparemidler eller kapital fra allmennheten for investering. Kapitalen investeres etter prinsippet om risikospredning, og investeringene skjer for kundenes risiko. Selskapet er også underlagt tilsyn av Finanstilsynet etter finansforetaksloven.
- (65) Det er imidlertid også klare forskjeller. I et investeringsselskap, slik det er forstått i norsk rett, er det investorene som er de reelle eiere av selskapet og dermed eiere av selskapets investeringsportefølje i forhold til sin andel i selskapet. Gjensidige avviker fra disse kriteriene på flere punkter:
- (66) Gjensidige Pensjonsforsikring AS er, som nevnt, et heleid datterselskap av Gjensidige Pensjon og Sparing Holding AS, et selskap i Gjensidige-konsernet, og er i motsetning til et investeringsselskap ikke eid av kundene.
- (67) Gjensidige har anført at det er uten betydning hvilken juridisk form som er valgt, og viser blant annet til EU-domstolens dom 4. mai 2006 i sak C-169/04 *Abbey National* avsnitt 53. Der omtales imidlertid bare spørsmålet om investeringsforeningens rettslige organisering – eksempelvis organisering med grunnlag i kontraktsrettslige regler eller som en «trust». Det må være klart at selskapets juridiske form i en slik forstand ikke er avgjørende. Dette er en annen problemstilling enn i vår sak. Som tingretten påpeker, finnes det ingen eksempler fra EU-domstolen på at en investeringsforening eid av andre enn dem som har risikoen for investeringsmidlene, omfattes av unntaksbestemmelsen.
- (68) EU-domstolen har satt som vilkår for å bli ansett som en investeringsforening at investorene har lagt sin kapital sammen i en kollektiv investeringsportefølje, jf. blant annet ATP-saken avsnitt 51 og 59. Det motsatte ytterpunktet, hvor selskapet bare ivaretar én individuell kundes investeringer, omfattes ikke av avgiftsunntaket, se *Deutsche Bank*-saken avsnitt 34–35. Kundene i Gjensidige må, som nevnt, velge mellom ulike risikoprofiler. Det er også mulighet til å foreta helt individuelle investeringsvalg, noe riktignok få av kundene benytter seg av. Kundenes investeringer i Gjensidige er altså ikke kollektive i den forstand at midlene investeres samlet med den følge at risikoen er den samme for alle.
- (69) Det fremgår av årsberetningen for 2013 at Gjensidige ikke selv investerer direkte i verdipapirer – selskapet tilbyr «utelukkende eksternt forvaltede fond som plasseringsalternativ». Investeringsvirksomheten foregår i sin helhet gjennom kjøp av andeler i fond forvaltet av uavhengige tredjeparter. Det er dermed i realiteten forvalterne av disse fondene som står for selve investeringsaktiviteten. Gjensidige fremstår primært som en formidler av verdipapirfond.

- (70) Samlet sett taler disse særtrekkene ved Gjensidiges eierstruktur og investeringsvirksomhet etter mitt syn for at selskapet ikke fullt ut kan sidestilles med de selskapene som EU-domstolen hittil har ansett som investeringsforeninger.
- (71) Det må også tillegges vekt at departementet ønsket færrest mulig unntak fra den generelle avgiftsplikten for omsetning av tjenester og understreket at unntak fra avgiftsplikten måtte begrunnes særskilt, jf. Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) punkt 7.1.1. Unntaket for finansielle tjenester anså departementet, som nevnt, som prinsipielt uheldig, jf. proposisjonen punkt 7.2.5.5. Dette er i tråd med EU-domstolens praksis, hvor det i flere dommer slås fast at begreper som angir unntak fra plikten til å betale merverdiavgift, skal fortolkes strengt, se Volker Ludwig-saken avsnitt 21, jf. Rt-2009-1632 avsnitt 36.
- (72) Gjensidige har heller ikke fremlagt opplysninger som sannsynliggjør konkrete konkurransevridende effekter av merverdiavgiftsplikt for de tjenestene Gjensidige har mottatt.
- (73) Jeg er etter dette kommet til at Gjensidige Pensjonsforsikring AS ikke faller inn under begrepet investeringsselskap i merverdiavgiftsloven § 3-6 bokstav g. Tjenesten som selskapet mottok fra Forsikringens DataCenter, er derfor ikke unntatt fra merverdiavgift. Anken over lagmannsrettens dom må da forkastes.
- (74) Anken har ikke ført frem, og staten har fått fullt medhold. Jeg finner likevel at sakskostnader ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Tvisten gjelder et prinsipielt spørsmål som det har vært god grunn til å få prøvd. Tidligere instanser har funnet spørsmålet tvilsomt, og både lagmannsrettens dom og klagenemndas avgjørelse ble avsagt under dissens.
- (75) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (76) Dommer **Thyngess:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (77) Dommer **Normann:** Likeså.
- (78) Dommer **Noer:** Likeså.
- (79) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(80) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.