

Transaksjonsstruktur og merverdiavgift

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Siri Midling Larsen
EY Tax & Law



Advokat
Jarle Nordal
EY Tax & Law

Merverdiavgiftsregelverket inneholder en rekke snubletråder som kan **ha stor økonomisk** betydning. Små endringer i en transaksjonsstruktur kan gi avgiftskostnader i millionklassen.

Utvalgte avgiftsmessige problemstillinger

Næringslivet er i stadig utvikling, noe som gjør at endring og omstrukturering er en nødvendig del av de fleste virksomheter. Driftsendringer og omstrukturering kan gjøres på ulike måter gjennom fisjon/fusjon eller omdannelser, alternativt salg av selskaper, hele eller deler av virksomheten («carve out») eller eiendeler. Hensynet til forenkling for de næringsdrivende, samt skatte- og avgiftsmessig kontinuitet ved transaksjoner, fremheves ofte som viktige hensyn i forbindelse med praktisering av eksisterende regelverk og utarbeidelse av ny lovgivning. I denne artikkelen vil vi løfte frem noen utvalgte avgiftsrettslige problemstillinger tilknyttet ulike typer transaksjoner som viser at slike hensyn ikke alltid får gjennomslag ved avgiftsmyndighetenes praktisering av regelverket.

En rekke transaksjoner er i seg selv unntatt fra merverdiavgift (ikke avgiftspliktige), for eksempel overdragelse av aksjer eller fast eiendom, eller transaksjoner fritatt for merverdiavgift (avgiftspliktig, men 0 % mva) som avgiftsfritt virksomhetsover-

dragelse. Merverdiavgift har likevel betydning for de fleste transaksjonene, uavhengig av om selve transaksjonen genererer merverdiavgift eller ikke.

Merverdiavgiftshåndteringen av kostnader som pådras i forbindelse med gjennomføringen av transaksjonen, såkalte transaksjonskostnader, vil ikke bli behandlet i denne artikkelen.

Avgiftsfritak ved virksomhetsoverdragelse – avgiftsfelle ved andre overdragelser

Transaksjoner som innebærer hel eller delvis overdragelse av virksomhet, er fritatt for beregning av merverdiavgift. Det skal altså ikke beregnes utgående merverdiavgift når varer og tjenester overdras som ledd i slik virksomhetsoverdragelse. Det er derfor viktig å avgjøre om transaksjonen kan anses som en virksomhetsoverdragelse i merverdiavgiftsrettslig forstand. Ifølge avgiftspraksis må det gjøres en helhetsvurdering, der viktige kjennetegn for en virksomhetsoverdragelse er at den nye eieren overtar lokaler, varebeholdning, inventar og/eller driftsmidler og fortsetter virksomheten over en viss tid i samme bransje som tidligere eier. Avgiftsmyndighetene har gjennom en rekke enkeltsaker skissert rammen for hvorvidt en transaksjon kan anses som en avgiftsfritt virksomhetsoverdragelse. Særlig legges det vekt på om virksomheten eller en del av denne fortsetter på mer eller mindre samme måte som tidligere på mottakerens hånd.

Overdragelse av enkeltdriftsmidler og andre transaksjoner som ikke oppfyller kravene til virksomhetsoverdragelse, faller utenfor avgiftsfritaket. En overdragelse av en enkelt anleggsmaskin vil ifølge avgiftspraksis normalt ikke anses som virksomhetsoverdragelse, selv om anleggsmaskinen utgjør det vesentlige driftsmidlet i virksomheten. Et slikt salg utløser dermed plikt til å beregne utgående merverdiavgift for selger, såfremt overdragelsen skjer fra

en virksomhet som er helt eller delvis avgiftspliktig.

Nyere uttalelse om uttaksmerverdiavgift

Skattedirektoratet skriver i en uttalelse fra 15. april 2015 at fisjon eller fusjon ikke innebærer «omsetning». Et selskap som eksempelvis overdrar en anleggsmaskin ved en fisjon eller fusjon skal dermed, i henhold til direktoratets uttalelse, ikke beregne utgående avgift. Merverdiavgiftslovens regler om uttaksmerverdiavgift innebærer imidlertid ifølge direktoratet at en overdragelse gjennom fisjon vil utløse plikt for overdrageren til å beregne uttaksmerverdiavgift. Uttaksmerverdiavgift skal etter merverdiavgiftslovens system utgjøre en endelig kostnad for den som foretar uttaket. Overdrageren vil heller ikke kunne fradragføre avgiftsbeløpet fordi det ikke gjelder en anskaffelse «til bruk i» overdragerens egen avgiftspliktige virksomhet. Om en transaksjon gjennomføres etter Skattedirektoratets retningslinjer i uttalelsen, vil merverdiavgiften altså ikke bli belastet mottakeren, som normalt ville hatt rett til fradrag for inngående merverdiavgift på anskaffelsen ved et ordinært salg.

En viktig moderasjon i forhold til direktoratets uttalelse, er at uttakspunktet ikke vil bli utløst i tilfeller der en fusjon eller fisjon er så omfattende at den kan anses som en virksomhetsoverdragelse. Dette vil normalt være tilfelle ved fusjon, og ofte også ved fisjon. Fisjon vil imidlertid i mange tilfeller bare omfatte mindre elementer av en virksomhet, eksempelvis driftsmidler eller varelager, og i slike tilfeller vil uttaksmerverdiavgift bli utløst.

Skattedirektoratets uttalelse gjør at en utilsiktet avgiftsbelastning utløses, og strider mot merverdiavgiftslovens system som bygger på at merverdiavgift ikke skal utgjøre en kostnad i avgiftspliktig virksomhet. Denne avgiftsfellen er, etter det vi kjenner til, dessverre lite kjent i næringslivet. For å unngå den må transaksjoner planlegges nøye og heller tilrettelegges som

Avgift

for eksempel avgiftspliktig salg av eiendeler eller avgiftsfritt virksomhetsoverdragelse.

Justeringsregler til besvær

Justeringsregler for fast eiendom og andre kapitalvarer trådte i kraft 1. januar 2008. I korte trekk innførte reglene en justeringsperiode for inngående merverdiavgift på ti år for kapitalvarer i form av fast eiendom som har vært gjenstand for byggetiltak der inngående avgift utgjør minst kr 100 000, og en justeringsperiode på fem år for andre kapitalvarer, det vil si fysiske driftsmidler der inngående merverdiavgift på anskaffelseskostnaden utgjør minst kr 50 000. Nedenfor vil vi hovedsakelig omtale justeringsreglens innvirkning på eiendoms-transaksjoner.

Ved avgiftsmessige bruksendringer (justeringsutløsende hendelser) i justeringsperioden, skal fradraget for inngående merverdiavgift justeres (enten opp eller ned) i forhold til den opprinnelige avgiftsbehandlingen på investeringstidspunktet. Salg og annen overdragelse av eiendom, eksempelvis i forbindelse med fusjon, fisjon, tingsinnskudd, omdannelse, avgiftsfri virksomhetsoverdragelse mv. regnes som en justeringshendelse. Justering utløses derimot i utgangspunktet ikke hvis en eiendom selges ved at aksjene i selskapet som eier eiendommen, overdras. Den

latente retten og plikten til justering vil følge selskapet, og vil derfor indirekte bli overdratt til kjøperen av aksjene.

Etter merverdiavgiftsloven er omsetning og annen overdragelse av fast eiendom unntatt fra avgiftsplikt. Overdrageren må for eksempel i utgangspunktet foreta en «samlet nedjustering» av 8/10 av den fradragførte merverdiavgiften hvis en eiendom overdras etter å ha vært brukt i avgiftspliktig virksomhet i to år. Hvis merverdiavgiften på byggekostnadene var ti millioner kroner, må overdrageren innbetale åtte millioner til staten. Den latente justeringsplikten kan på visse vilkår overføres til den som overtar eiendommen, og overdrager kan dermed unngå plikten til samlet nedjustering. Også en rett til oppjustering av avgift som overdrageren ikke har fradragført, vil kunne overdras til ny eier.

Registrering og viktige frister

Ved overdragelse av fast eiendom er det derfor viktig at mottaker er i posisjon til å overta justeringsplikt og -rett. For å overta justeringsplikt må mottakeren blant annet være et registrert avgiftssubjekt med fradragrett på overdragelsestidspunktet. Dersom mottaker ikke allerede er registrert på overdragelsestidspunktet, må mottaker bli registrert senest innen utløpet av den

avgiftsterminen overdragelsen skjer (overdragelsesterminen).

Særlig i tilfeller der mottaker er et selskap som stiftes ved fisjon, og i andre tilfeller der mottaker skal starte ny virksomhet etter overdragelsen av eiendommen, er det svært viktig å være oppmerksom på kravet om at mottaker må være/bli registrert i Merverdiavgiftsregisteret i overdragelsesterminen. Det er ganske vanlig å gjennomføre både fisjoner og andre transaksjoner i slutten av en avgiftstermin (for eksempel 31. desember eller 30. juni), og da kan det være utfordrende å sikre at mottaker blir registrert i tide. En enkel tilpasning kan være å forskyve overdragelsen til den første dagen i den påfølgende terminen.

En lovendring som ble gjennomført i 2014, og som innebærer at en frivillig registrering for utleie av bygg og anlegg kan gis opptil seks måneders tilbakevirkende kraft, vil i mange tilfeller kunne forhindre at justeringsplikt for utleieeiendom utløses i tilfeller der mottaker ikke har rukket å søke registrering i overdragelsesterminen. Mottaker kan altså søke om frivillig registrering med tilbakevirkende kraft i inntil seks måneder, slik at vilkåret for overtakelse av justeringsplikt kan være oppfylt, selv om det ikke er søkt registrering i overdragelsesterminen. Et vilkår er imidlertid at mottakeren oppfylte vilkårene for registrering i overdragelsesterminen, noe som blant annet forutsetter at mottaker hadde noen leieinntekter (eller andre avgiftspliktige inntekter) i denne terminen. Dette kan fremstå som usikkert hvis overdragelsestidspunktet er siste dag i overdragelsesterminen, og kan også tenkes å være problematisk hvis mottakers omsetning i overdragelsesterminen er mindre enn kr 50 000.

Overdragelse av justeringsplikt og -rett kan etter en lovendring i 2014 og på enkelte vilkår gjøres selv om det benyttes et såkalt «hjelpeselskap» i transaksjonsrekken mellom overdrager og overtaker.

Frist for å inngå avtale om overføring av justeringsplikt er normalt en måned og ti dager etter terminslutt. Ved fusjon oppstår det imidlertid en særlig problemstilling som følge av at en fusjon innebærer at det overdragende selskapet opphører å eksistere. Det kan derfor reises spørsmål ved om overdragende selskap har rettskraft til å inngå en bindende justeringsavtale etter at fusjonen er gjennomført. For å unngå risiko knyttet til denne problemstillingen



Ved avgiftsmessige bruksendringer i justeringsperioden skal fradraget for inngående merverdiavgift justeres opp eller ned.



En særlig avgiftsmessig utfordring oppstår når en næringsdrivende ønsker å overdra utleiebygg under oppføring/rehabilitering.

bør overdragende selskap signere avtalen allerede før fusjonen gjennomføres.

Utleiebygg under oppføring/rehabilitering

En særlig avgiftsmessig utfordring oppstår når den næringsdrivende ønsker å overdra (salg, fisjon/fusjon, omdanning mv.) utleiebygg under oppføring/rehabilitering. Ved slike transaksjoner er det svært viktig at man er kjent med nyere avgiftspraksis, hvor det er lagt til grunn en særlig streng fortolkning av justeringsreglene. Skattedirektoratet har i et fellesskriv til skattekontorene av 6. februar 2015 omtalt forholdet. Direktoratet la til grunn at det ved fisjon av eiendom med rehabiliteringsprosjekter eller nyoppføringsprosjekter, der leiekontrakter med avgiftspliktige leietakere er inngått, men hvor leietakerne ikke har flyttet inn i lokalene, vil utløses en plikt til samlet tilbakeføring av fradragsført merverdiavgift for det overdragende selskapet. Skattedirektoratet begrunnet dette synet blant annet med at den frivillig registrerte utleievirksomheten ikke var kommet i gang i det avgiftssubjektet som hadde fradragsført inngående merverdiavgift på oppførings/rehabiliteringskostnadene. Videre la direktoratet til grunn at det heller ikke var anledning til å overdra en tilbakeføringsplikt til selskapet som mottok bygget.

I kjølvannet av fellesskrivet har direktoratet avgitt en bindende forhåndsuttalelse (BFU 02/15), der det ble åpnet for at

overdragelser innenfor fellesregistrering i Merverdiavgiftsregisteret ikke vil utløse en tilbakeføringsplikt. Noen av de uheldige virkningene som fremkommer av fellesskrivet, kan dermed unngås gjennom en fellesregistrering mellom overdragende og overtakende selskap før overdragelsen finner sted. På den annen side gir Skattedirektoratet i den samme uttalelsen uttrykk for at et eventuelt etterfølgende salg av det overtakende selskapet, som innebærer at selskapet tas ut av den fellesregistrerte enheten før byggetiltaket er fullført, medfører at den fellesregistrerte enheten taper fradragsretten for merverdiavgiften på byggetiltaket. Direktoratets uttalelser i BFU 02/15 kan dessuten muligens forstås slik at direktoratet mener at ethvert selskap som har inngått i en fellesregistrering, men som selges før byggetiltak er fullført (og dermed trer ut av fellesregistreringen), må tilbakebetale all merverdiavgift som er fradragsført i tilknytning til byggetiltaket. Dette vil i så fall kunne medføre enorme avgiftskostnader i mange eiendomstransaksjoner.

Hvis en transaksjon gjennomføres på en måte som utløser tilbakeføringsplikt, vil likviditetseffekten være betydelig ved at merverdiavgiften på byggekostnadene må fradragsføres over en tiårsperiode gjennom utnyttelse av justeringsrett. I ombyggings- og rehabiliteringsprosjekter vil dessuten fradragsrett for merverdiavgift på vedlikeholdsandelen av kostnadene gå tapt med endelig virkning, da slike kostnader ikke

omfattes av justeringsreglene. Uttalelsen viser at hensynet til kontinuitet og forenkling ikke gis avgjørende betydning i slike eiendomstransaksjoner. Direktoratets syn på tilbakeføringsplikten er svært omdiskutert, og Finansdepartementet vurderer for tiden hvorvidt dette skal opprettholdes eller ikke. Inntil videre innebærer de nevnte uttalelsene en betydelig usikkerhet for eiendomsbransjen. Planleggingen av transaksjonsstruktur og tidspunktet for gjennomføring får dermed avgjørende betydning for avgiftskostnadene i mange byggeprosjekter.

Praktisk gjennomføring

I forbindelse med en transaksjon hvor hele eller deler av en virksomhet overdras til et nytt subjekt, er det viktig å være oppmerksom på at både inngående og utgående fakturaer i transaksjonsfasen er stilet til/fra rett avgiftssubjekt. For fisjoner og fusjoner er skjæringstidspunktet for merverdiavgiften først når fusjonen eller fisjonen er registrert gjennomført i Brønnøysundregisteret. For ordinære salg vil skjæringstidspunktet være tidspunktet for den faktiske overdragelsen av virksomheten (ikke avtaletidspunktet).

Fakturering og fradragsrett – rett subjekt

Det vil i utgangspunktet være leveringstidspunktet for den enkelte vare- og tjenesteleveransen som er avgjørende for hvilket subjekt som skal utstede utgående faktura. Ved forskuddsfakturering fra ett selskap,

Avgift

men hvor den fremtidige leveransen dels skjer fra den nye eieren, bør hele eller deler av den opprinnelige fakturaen krediteres, og den nye enheten bør fakturere den andelen av leveransen som faktisk leveres fra dette selskapet. Kjøper og selger bør regulere hvordan dette praktisk og økonomisk skal løses ved eierskiftet.

Fradragsrett for inngående avgift er avhengig av at inngående faktura er stilet til korrekt avgiftssubjekt. Hvis fakturaen for en leveranse er sendt til overdragende selskap, men levering skjer til det nye selskapet, vil det i utgangspunktet ikke foreligge fradragsrett for sistnevnte selskap fordi legitimasjonskravene i merverdiavgiftsloven ikke er overholdt. Førstnevnte selskap vil heller ikke kunne fradragføre den påløpte merverdiavgiften fordi anskaffelsen ikke er til bruk i dennes avgiftspliktige virksomhet. Man bør i slike tilfeller be den enkelte leverandøren om en kreditnota og en ny faktura til korrekt mottaker.

Innlevering av omsetningsoppgave

Det er også viktig å være oppmerksom på at de aktuelle avgiftssubjektene sender inn korrekt omsetningsoppgave. Skjæringsstidspunktet vil være det samme som ved allokering av fakturaer. Dette innebærer eksempelvis at hvis et selskap fisjonerer ut hele sin avgiftspliktige virksomhet og fisjonen gjennomføres i midten av 3. termin 2016, for eksempel 1. juni, vil overdragende selskap måtte levere omsetningsoppgave som viser omsetning, utgående avgift, inngående avgift mv. på leveranser frem til og med 31. mai, mens omsetningsoppgaven for overtagende selskap må inneholde opplysninger for leveranser fra og med 1. juni.

Økonomiske konsekvenser

Eksemplene ovenfor viser at merverdiavgift kan få vesentlig betydning i en rekke transaksjoner, og også legge klare føringer for hvordan transaksjoner må gjennomføres for å unngå uønskede avgiftseffekter.

Merverdiavgift og verdivurdering

Merverdiavgift kan også ha en mer indirekte betydning i transaksjoner, for eksempel ved verdivurdering av eiendomsselskaper. Ved utleie utenfor frivillig registrering, for eksempel til statlige virksomheter eller annen ikke-merverdiavgiftspliktig virksomhet, har utleier ikke rett til fradrag for merverdiavgift på kostnader til oppføring, drift og vedlikehold. Leienivået er dermed ofte fastsatt slik at utleier får dekket avgiftskostnaden gjennom et såkalt «moms-kompensasjonselement» i den

løpende leien. En verdivurdering av eiendommen eller selskapet hvor slike kompensasjonselementer ikke tas i betraktning, kan gi en for høy eiendomsverdi hvis verdien utelukkende baseres på dagens løpende leie. Vi anbefaler derfor å gjøre en konkret vurdering av den fremtidige kontantstrømmen, hvor det blant annet tas hensyn til en avgiftsmessig vurdering av leietakersammensetningen og hvilke elementer som ligger i den løpende husleien, så vel som de løpende eierkostnadene og avgiftsbehandlingen av disse.

At merverdiavgift har stor betydning i transaksjoner, viser også de siste års økte fokus på å gjøre avgiftsmessig due diligence ved kjøp eller salg av selskaper. Eventuelle historiske avgiftsfeil i selskapet som selges, får i flere tilfeller direkte innvirkning på transaksjonsvederlaget eller vilkårene i aksjekjøpsavtalen. Det oppkjøpte selskapets rutiner for merverdiavgiftshåndteringen, herunder rutiner for dokumentasjon av justeringsforpliktelser og -rettigheter vil også ha stor betydning. En kjøper vil blant annet forsikre seg om at potensiell justeringsrett er tilstrekkelig dokumentert og kan nyttiggjøres ved bruksendring.

Fellesregistrering og solidaransvar

Et annet forhold som har betydning i transaksjoner, er selve merverdiavgiftsregistreringen av selskapet som blir kjøpt opp. Fellesregistrerte selskapers solidaransvar for avgiftsbetalingen gjør at det oppkjøpte selskapet tar med seg et potensielt økonomisk ansvar hvis det har vært fellesregistrert med andre selskaper i selgers eller tidligere eiers eiertid. Avgiftsmyndighetene kan endre avgiftsbehandlingen i en tiårsperiode tilbake i tid, og det potensielle økonomiske ansvaret kan være betydelig når mange selskaper har inngått i fellesregistreringen. Skattekantorenes praksis viser at ansvaret har blitt aktualisert når etterberegnet merverdiavgift ikke har latt seg oppkreve fra verken det innrapporterende selskapet eller selskapet som har gjort avgiftsfeilen. I eiendomsporteføljer, der risikoen for at myndighetene avdekker avgiftsfeil med betydelige etterberegningssbeløp kan være vesentlig, vil dette naturlig nok kunne ha store konsekvenser. En avgiftsmessig due diligence av alle selskapene i den fellesregistrerte enheten vil i de fleste tilfellene være svært tid- og ressurskrevende. Å sørge for en avtaleregulering av regressansvaret mellom fellesregistrerte selskaper vil kunne bidra til større sikkerhet for fordeling av byrden ved et eventuelt krav. Normalt vil det likevel

ikke være mulig å beskytte et selskap fullt ut mot det solidaransvaret som følger av fellesregistreringen.

Transaksjonsforsikring

En økende trend i markedet er å etablere en forsikring i forbindelse med transaksjoner. En slik forsikring bidrar til at selgers ansvar etter salget begrenses samt at kjøper får økt sikkerhet for oppfyllelse av garanti-ansvar hvis skjulte feil oppdages etter kjøpet. Transaksjonsforsikring kan også gi selger en større frihet til å avvikle sin virksomhet uavhengig av reklamasjonsfristene som er gitt i aksjekjøpsavtalen. Vår erfaring viser at en rekke eksponeringer som avdekkes gjennom avgiftsmessig due diligence, kan gi utfordringer i forhandlingene om forsikringsvilkår og fastsettelse av forsikringspolise. Ikke sjelden må partene gå flere runder med innhenting av ny dokumentasjon og avgiftsrettslige vurderinger for å klarlegge og kvantifisere garantiansvaret som skal forsikres.

En særskilt utfordring er å få etablert en slik forsikring som fullt ut tar høyde for konsekvensene av solidaransvaret som følger av at det oppkjøpte selskapet har vært fellesregistrert med selger og/eller tidligere eiere. Vi ser tilfeller der man ikke får på plass en tilstrekkelig forsikring knyttet til denne risikoen eller der en slik forsikring blir uforholdsmessig dyr. Om de fellesregistrerte selskapene har sørget for en avtaleregulering av regressansvaret, slik vi nevner overfor, vil i alle fall den økonomiske effekten ved et eventuelt krav fra avgiftsmyndighetene bli noe begrenset.

Avslutning

Vår gjennomgang viser at det er viktig å være klar over hvilke avgiftsmessige konsekvenser alternative måter å gjennomføre transaksjoner og overdragelser medfører. Det er særlig viktig å være kjent med justeringsbestemmelsene, avgiftsfritaket for virksomhetsoverdragelse, hvilke registreringer som må gjøres og hvilke frister som løper. En gjennomgang av eventuelle avgiftskonsekvenser av en planlagt transaksjon er derfor av stor betydning, på samme måte som de kommersielle, skatte- og selskapsrettslige vurderingene som normalt gjøres. Det er viktig at avgiftsmessige konsekvenser utredes før en transaksjonsprosess igangsettes. I tillegg vil avgiftsmessige forhold i det overdragende selskapet, slik som eventuelle historiske avgiftsfeil, leietakersammensetning, fellesregistrering mv. kunne ha en direkte innvirkning på objektets salgpris.