

Transaksjonskostnader og mva – nytt kapittel



Jurist
Markus D. Wroldsen
Partner Value Tax

2019 er avsluttet og bøkene begynner å lukkes. Det samme kan sies om sagaen om transaksjonskostnader og fradragsrett for moms. Her mangler imidlertid noen kapitler før vi kan legge bort boka – særlig kapittelet om fradragsretten ved oppkjøp og innfusjonering av selskap.

Fradragsrett for transaksjonskostnader har vært oppe for rettsystemet ved flere anledninger. Spørsmålet går i hovedsak ut på om kostnadene ved oppkjøp av avgiftspliktig virksomhet er fradragsberettigede fordi de anses som relatert til avgiftspliktig virksomhet. Domstolene har hittil konkludert med nei, basert på at kostnadene enten har blitt ansett som relatert til avgiftsunntatt omsetning (ved salg av aksjer/selskap) eller en ikke-avgiftspliktig aksjeeier-aktivitet (ved kjøp av aksjer/selskap), eller en kombinasjon av disse (Skårer Syd).

Det som skiller oppkjøp med påfølgende innfusjonering fra de øvrige tilfellene, er at transaksjonen ikke kan knyttes til noen ikke-avgiftspliktig aktivitet hos det oppkjøpende selskap. Ved innfusjonering av selskapet fjernes aksjonærelementet hos det oppkjøpende selskapet, og det er tvilsomt om kjøp av selskap kan anses som

avgiftsunntatt omsetning på kjøpers hånd. Hos det oppkjøpende selskapet er det da vanskelig å påvise noen andre formål med oppkjøpet, enn de næringsmessige (avgiftspliktige) formål oppkjøpet måtte ha.

Klagenemndas behandling av spørsmålet

Historien om fradragsrett ved kjøp og innfusjonering av selskap ble nylig påbegynt ved skatteklagenemndas avgjørelse i Skatteklagenemnda NS137/2019. Dette er første gangen spørsmålet settes på spissen for klage- og domstolsapparatet. Selskapet hadde her kjøpt et annet selskap i samme/tilknyttet bransje, og senere innfusjonert dette. Nemnda kom her til at heller ikke i innfusjonerings-tilfellene er det grunnlag for å innrømme fradrag for det oppkjøpende selskapet. Dette var kanskje ikke rent uventet, men som alltid i disse transaksjonssakene, så er det verdt å ta en kritisk titt på begrunnelsen.

Det sentrale for nemndas/sekretariatets begrunnelse synes å være uttalelsene i Skårer Syd om at et kjøp utgjør avgiftsunntatt omsetning:

«Det vises særlig til Høyesteretts avgjørelse i HR-20 171 851-A (Skårer Syd Holding), hvor det i avsnitt 28 fremkommer at unntaket for finansielle tjenester i merverdiavgiftsloven § 3–6 bokstav e både omfatter kjøp og salg av aksjer.»

Som jeg påpeker i min artikkel i Revisjon og Regnskap 1–2018 skal man imidlertid være forsiktig med å ta utsagnet i Skårer Syd-dommen på ordet her. Det er svært vanskelig å

finne noen reell begrunnelse for at *et kjøp* utgjør avgiftsunntatt omsetning etter mval. § 3–6. Dette synspunktet støttes også av uttalelsene til skatt øst i en etterfølgende svarartikkel i Revisjon og Regnskap 3–2018. Ifølge Skatt øst kan:

«verken statens anførsler eller rettens bemerkninger [] forstås som at «kjøp» skal være ensbetydende med «omsetning».

Fordi unntaket i mval. § 3–6 bygger på at selskapet må ha en «omsetning» for at unntaket skal komme til anvendelse, kan det vanskelig argumenteres for at *kjøper* av et selskap foretar noen avgiftsunntatt handling etter mval. § 3–6.

I samme artikkel forklarer skatt øst domsresultatet i Skårer Syd med at:

«Etter vår oppfatning er Høyesteretts ovennevnte bemerkninger, om at både kjøp og salg av aksjer er unntatt fra avgift, knyttet til betraktningen om at SSH måtte anses for å ha en avgiftsunntatt aksjeeieraktivitet».

Dette synes å være en treffende forståelse av Skårer Syd-dommen, som gir en forklarlig begrunnelse for dommens resultat. Synspunktet bygger på at det å eie aksjer ikke genererer avgiftspliktig omsetning i seg selv. De *direkte* inntektene som kommer av aksjeeiet, er kun finansielle, som eventuelle utbytter, aksjegevinst, mv. *Hvis* formålet med et oppkjøp *kun* er av en slik finansiell karakter, foreligger det ikke fradragsrett, selv om det oppkjøpte selskapet er i samme bransje.

Oppkjøp med påfølgende innfusjonering stiller seg imidlertid i en annen kategori. Ved innfusjoneringen fjernes de finansielle inntektene hos det oppkjøpende selskapet. Det oppkjøpende selskapet vil ikke få noen finansielle utbytter fra det oppkjøpte selskapet. Etter forholdene vil det også kunne være vanskelig å se for seg at oppkjøpet er gjort med tanke på senere videresalg av selskapet med gevinst. Det vil da være vanskeligere å argumentere for at formålet med oppkjøpet er å utøve aksjeeieraktivitet, eller annen ikke-avgiftspliktig aktivitet hos det oppkjøpende selskapet – da det rent faktisk ikke vil bli drevet noen aksjeeieraktivitet hos det oppkjøpende selskapet. Verken merkelappen «aksjeeieraktivitet», eller for så vidt Skårer Syd, synes da uten videre å være et argument for å nekte fradrag for transaksjonskostnadene i de tilfellene hvor det oppkjøpte selskapet er ment innfusjonert etter oppkjøpet.

Hva skjer med aksjeeieraktiviteten ved innfusjoneringen?

Selv om det er på det rene at det ikke vil foreligge noen *aksjeeieraktivitet* hos det oppkjøpende selskapet etter fusjonen, vil det likevel som regel være på det rene at det også har ligget et *finansielt formål* bak oppkjøpet. Det er sjelden man kjøper et selskap uten tanke om at selskapet vil kunne generere positiv kapitalavkastning/utbytter for fremtiden. Muligheten til gevinst ved verdistigning på de kjøpte aksjene vil som regel være vanskelig å gjenfinne, men tanken om at oppkjøpet vil kunne lede til en positiv kapitalavkastning i seg selv – hvilket ikke nødvendigvis vil være et fradragsberettiget formål – vil ofte ligge intakt.

Spørsmålet er så hvordan dette formålet skal behandles når det oppkjøpte selskapet er ment innfusjonert:

- Skal man fortsatt ta hensyn til avkastningsmuligheten som det oppkjøpende selskapet får, eksempelvis i form av tenkte fremtidige utbytter? Og hvordan blir eventuelt forholdet mellom det finansielle

formålet og eventuelle påviselige industrielle formål?

- Blir avkastningsmuligheten av en avledet og «bedriftsøkonomisk» karakter etter fusjonen, slik at det ikke skal tas hensyn til dette formålet, jf. Bowling-dommen?
- Kan man argumentere med at de næringsmessige formål med oppkjøpet kun utgjør en bedriftsøkonomisk tilknytning, selv der de kan påvises og kvantifiseres?
- Medfører fusjonen at avkastningsmuligheten flyttes til eierne av det oppkjøpende selskapet, slik at det reelt sett er et spørsmål om (deler av) transaksjonskostnadene skal tilordnes eierne av det oppkjøpende selskap?
- Hvordan skal eventuell fordeling mellom de finansielle og næringsmessige formål foretas?

Spørsmålene man kan stille her er mange og vanskelige, og det finnes sikkert flere. Mitt ønske er at spørsmålene stilles, i stedet for å skyves under teppet med Skårer Syd-kosten. I denne sammenheng er det viktig å poengtere at vi har ingen hovedformålslære innen moms, og det må presumeres at selskapene kan ha mer enn ett formål med et oppkjøp – også næringsmessige.

Bevisvurderingen

Til forsvar for resultatet i klagenemndas avgjørelse, ble det i et privat forum nylig argumentert med at innfusjoneringen skjedde i en senere termin enn overdragelsen – til lett humring fra salen. Etter min oppfatning er imidlertid dette et høyst relevant moment.

Kostnader må som kjent være til bruk i avgiftspliktig virksomhet for å være fradragsberettigede, og til bruk-vurderingen skal vurderes på kostnadstidspunktet. Dersom det går lang tid fra oppkjøpet skjer og selskapet innfusjoneres, stiller man bevismessig svakere for at det forelå noen reell plan om å innfusjonere selskapet da kostnaden ble pådratt. Jo lengre tid som går fra oppkjøp til innfusjonering, jo sterkere krav bør det stilles til øvrige beviser i saken for at det oppkjøpte selskapet

faktisk var ment innfusjonert – på kostnadstidspunktet. Hvordan dette stiller seg i denne aktuelle klagesaken er det vanskelig å si noe om, da dette ikke synes å være vurdert.

Avsluttende bemerkning

Da jeg begynte på denne artikkelen, hadde jeg tenkt å avslutte med et avsnitt om at jeg hadde håpet på en mer nyansert vurdering av et spesialisert organ som skatteklagenemnda. Men da jeg så at intet mindre enn 80 % av de behandlende medlemmene i nemnda var personer som ikke synes å være spesialister på mva, gikk luften litt ut av både den ballongen og meg personlig. Det er for all del høyt skolerte og evnerike personer som sitter i nemnda, med svært høy kompetanse på andre skatterettslige fag. Men er det slutt på at klagenemnda er et spesialisert organ?

Selvfølgelig er det mye lettere for alle parter å støtte seg på den litt uheldige uttalelsen i Skårer Syd om at unntaket i mval. § 3–6 omfatter både kjøp og salg av aksjer, men om man er på jakt etter et riktig resultat, er det kanskje en litt for lettveint vei til målet, som gjør at man risikerer å bli disket underveis. Det er i hvert fall min oppfatning.