

Oppkjøp av aksjeselskap:

Skattemessig behandling av transaksjonskostnader

Høyesterett har i hovedsak avklart hvordan transaksjonskostnader knyttet til forberedelse og gjennomføring av oppkjøp av et aksjeselskap skal behandles, men som artikkelen viser, er det fortsatt mange uavklarte spørsmål og lett å trå feil.



Advokat
Stian Brumoen
Advokatfirmaet PwC
Innholdet i artikkelen gir ikke nødvendigvis uttrykk for Advokatfirmaet PwCs syn

Skatteetaten har de senere årene gjennomført utstrakt etterkontroll av skattyters klassifisering av transaksjonskostnader. Etaten har hatt fokus på om transaksjonskostnader er vurdert korrekt i forhold til direkte fradragsføring eller aktivering. Videre har etaten hatt et særlig fokus på skattemessig behandling av kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden.

Begrepet transaksjonskostnader

Definisjon

Skatteloven inneholder ingen definisjon av transaksjonskostnader og det er vanskelig å gi en helt presis beskrivelse av begrepet. I det følgende vil transaksjonskostnader anses å inkludere alle typer kostnader som har en tilstrekkelig nær tilknytning til en transaksjon. Hvorvidt en kostnad betraktes som en transaksjonskostnad i alminnelig språkbruk, er uansett ikke avgjørende for den skattemessige klassifiseringen. Direkte fradragsrett eller aktivering må baseres på alminnelige skatterettslige prinsipper og reguleringen i skatteloven.

Videre fremstilling

I det følgende vil jeg redegjøre for utvalgte problemstillinger innen skattemessig behandling av transaksjonskostnader. For å sette temaet i en rettslig kontekst vil jeg innledningsvis kort beskrive grensen mellom direkte fradragsrett og aktivering. Deretter drøfter jeg ulike problemstillinger innenfor temaet. Først behandles Aker Material Handling-saken, jf. Utv. 2002

side 1006. Spørsmålet er om skattemyndighetene kan anvende dommen slik det gjøres i Lignings-ABC 2015/2016 side 1324 flg. Videre drøfter jeg tilordning av transaksjonskostnader. Temaet er interessant da det er lite rettspraksis som omhandler spørsmålet. Selskapets interne kostnader tilknyttet en transaksjon er et område som det ikke synes å ha vært så mye fokus på. På denne bakgrunn drøftes den skattemessige klassifiseringen av selskapets egne transaksjonskostnader. Endelig redegjøres det for status for behandling av kostnader ved mislykket aksjekjøp og problemstillinger relatert til dette.

Ovennevnte problemstillinger er mest aktuelle og praktiske i de situasjonene hvor skattyter er i prosess med å kjøpe et aksjeselskap. Med mindre annet er særskilt forutsatt, er dermed transaksjonskostnadene i det følgende knyttet til forberedelse og gjennomføring ved oppkjøp av et aksjeselskap.

Rettslig bakgrunn

Fradragsrett etter skatteloven § 6–1

Problemstillinger knyttet til direkte fradragsrett eller aktivering av transaksjonskostnader tar utgangspunkt i en tolkning av skattelovens generelle bestemmelser om fradragsrett. Den rettslige forankringen følger av en tolkning av skatteloven § 6–1, retts- og ligningspraksis og juridisk teori.

Oppførelsesvilkåret

Det er to vilkår i skatteloven § 6–1 som må være oppfylt for å kunne kreve direkte fradragsrett. For det første må kostnaden innebære en oppførelse for skattyter («oppførelsesvilkåret»). I dette vilkåret ligger det et krav om at kostnaden må medføre en reduksjon i skattyterens for-

muesstilling. Bytte av verdier vil normalt ikke anses som en relevant formuesreduksjon. Videre er det lagt til grunn i juridisk teori (jf. Zimmer 7. utg. s. 185) at kostnaden ikke er oppfret såfremt det er sannsynlig at vederlaget vil påvirke skattyters inntektsforhold etter betalingsåret, dvs. om vederlaget har varig verdi i skatterettslig sammenheng.

Tilknytningsvilkåret

For det andre må det være en tilknytning mellom kostnaden og skattyters skattepliktige inntekt eller inntektsverv («tilknytningsvilkåret»). Tilknytningsvilkåret er ikke oppfylt hvis formålet med utgiftene er å sikre selve inntektskilden. Historisk har tilknytningskravet blitt formulert slik at det må foreligge en tilstrekkelig nær og umiddelbar tilknytning mellom kostnad og inntektsvervelse, jf. Rt. 2015 side 1068 premiss 64 (Kverva). Utgangspunktet for vurderingen av tilknytningsvilkåret er skattyterens hovedsakelige formål med å pådra seg kostnaden. Ved ligningen vurderes formålet etter objektive kriterier. Dersom skattyters formål kan knyttes til både inntektsverv og inntektskilde, må en legge hovedmotivet til grunn.

Fradragsrett for transaksjonskostnader

Oppførelsesvilkåret vil i normaltillfellene være oppfylt for alminnelige transaksjonskostnader. Det er tilknytningskravet som er det sentrale kriteriet i forhold til å avgjøre om transaksjonskostnadene skal fradragsføres direkte eller aktiveres.

Utenfor fritaksmetoden vil spørsmål om direkte fradragsrett eller aktivering i realiteten være et spørsmål om tidfesting av transaksjonskostnader. Enten aktiveres kostnadene på formuesobjektet og kom-

mer til fradrag ved avskrivninger eller ved redusert gevinst/økt tap ved senere realisasjon av formuesobjektet, eller de fradras direkte. Innenfor fritaksmetoden blir derimot spørsmålet om transaksjonskostnadene er direkte fradragsberettiget eller ikke fradragsberettiget i det hele tatt. Gevinst er ikke skattepliktig og tap er ikke fradragsberettiget innenfor fritaksmetoden; det vil følgelig ikke bli tatt hensyn til kostnader ved realisasjon av aksjer mv. Skattemyndighetene har i all hovedsak fokusert på kontroll av transaksjonskostnader innenfor fritaksmetoden.

Aker Material Handling-saken

Er premissene i Aker Material Handling-saken rettslig holdbare?

Skattemyndighetene viser i utstrakt grad til Aker Material Handling-saken i sin redegjørelse for hvordan transaksjonskostnader skal behandles, jf. Lignings-ABC 2015/16 side 1324 flg. Etter min oppfatning er det grunn til å stille spørsmål ved om lagmannsrettens premisser er rettslig holdbare og om det er grunn til å legge så stor vekt på en lagmannsrettsdom.

Dommens faktiske og rettslige utgangspunkt

Skattyterens sentrale anførsel i Aker Material Handling-saken var at det reelle hovedformålet med transaksjonen ikke hadde sammenheng med aksjeerverv, men kjøp av eksisterende virksomhet for å øke inntekten i eget selskap ved bl.a. omorganisering og integrering av ervervet selskap i eksisterende virksomhet. Etter skattyterens oppfatning hadde kostnadene mest til felles med løpende drift. Retten avviste imidlertid skattyterens anførsel på prinsipielt grunnlag. Førstvoterende la for det første til grunn at formålet med erverv av aksjer i sin alminnelighet vil være å oppnå økt inntektspotensial. Det vises til følgende premis: «Retten finner ikke at det kan være avgjørende for den ligningsmessige behandlingen av oppkjøpskostnadene om forventningen om økte inntekter som følge av oppkjøpet gjelder forbedring av kjøperens eksisterende virksomhet eller avkastning på den virksomhet som erverves.» For det andre la retten følgende til grunn: «Den ligningsmessige behandling må bygge på de transaksjoner skattyteren faktisk har foretatt».

Retten er nokså formalistisk i tilnærmingen til dette spørsmålet. Den legger til grunn at hvis det er kjøpt aksjer, så skal transaksjonen behandles deretter. Skatt-

terens hovedformål har altså etter rettens oppfatning ingen vekt i vurderingen om det foreligger direkte fradragsrett etter skatteloven § 6-1.

Det reelle hovedmålet med transaksjonskostnadene

Etter min oppfatning er det relevant å se hen til det reelle hovedformålet med transaksjonskostnadene ved spørsmålet om det foreligger direkte fradragsrett eller aktivisering. Nedenfor følger et par eksempler hvor det etter mitt syn foreligger direkte fradragsrett etter skatteloven § 6-1 selv om kostnadene gjelder erverv av aksjer.

Et eksempel kan være kjøp av et selskap hvis eneste eiendel er programvare. Vi forutsetter at eiendelen åpenbart vil øke effektiviteten i produksjonslinjen i det kjøpende selskapet, og at kjøpet er helt nødvendig ut fra markedsmessige forhold. Det kjøpende selskapet ønsker i realiteten kun å erverve programvaren, mens eierne av teknologiselskapet vil selge aksjene i selskapet. Umiddelbart etter kjøp av målselskapet fusjoneres selskapene, slik at programvaren eies direkte av det kjøpende selskapet. I eksemplet forutsettes det at transaksjonskostnadene ved oppkjøpet i all hovedsak var knyttet til gjennomføring av teknisk due diligence. Etter min oppfatning skal kostnadene enten aktiveres på programvaren eller fradragføres direkte etter skatteloven § 6-1. At kostnadene til tekniske due diligence er oppfret, er på det rene. Spørsmålet er om kostnadene har mest til felles med aksjekjøpet/løpende drift eller inntektskilden/programvaren.

Det sentrale vil være skattyterens reelle hovedsakelige formål med å pådra seg transaksjonskostnadene. Konklusjonen er ikke det sentrale her; poenget er å understreke at rettens prinsipielle utgangspunkt i Aker Material Handling-saken er for vidtrekkende. Rettens utgangspunkt er at transaksjonskostnader ved oppkjøp alltid skal aktiveres på aksjene uavhengig av skattyterens hovedsakelige formål med kostnaden/aktiviteten. Etter min oppfatning er det ikke rettslig grunnlag for en slik tolkning.

I Lignings-ABC 2015/16 side 1328 står det følgende: «I enkelte tilfeller kan en fusjon bare være et ledd i oppkjøp av et formuesobjekt eller virksomhet, slik at det hovedsakelige formålet ikke er reorganisering av virksomheten, men å erverve et formuesobjekt eller en virksomhet.» Det avgjørende kriteriet for sontringen er altså det *reelle* hovedsakelige formålet med aktiviteten/kostnaden. Dermed blir det vanskelig å følge retten i Aker Material Handling-saken for så vidt gjelder utsagnet om at den ligningsmessige behandlingen må bygge på de transaksjonene skattyteren faktisk har foretatt. Ensidig å legge vekt på den transaksjonsformen som skattyter har valgt, harmonerer dårlig med vektlegging av hovedformålet. Det er derfor etter mitt syn grunn til å nedtone rettens utsagn om at det kun er skattyterens faktiske disposisjoner som skal tillegges vekt.

Et annet relevant scenario er vurdering av rådgivningstjenester som har sitt grunnlag i et bredt oppdragsmandat. I eksempelet



I eksemplet er transaksjonskostnadene ved oppkjøpet i all hovedsak knyttet til gjennomføring av teknisk due diligence.

kan vi forutsette at det faktiske motivet i hovedsak er tilknyttet skattyterens løpende drift. Typisk eksempel i denne sammenheng vil være et selskap som i en lengre periode har vært i en krevende økonomisk situasjon, slik at det er nødvendig å gjøre endringer. Det faktiske formålet med konsulenttjenestene i et slikt tilfelle vil være å skape et økonomisk fundament for videre drift. Hvilke grep som må gjøres, er ikke avgjørende for aksjonærene. Det sentrale er å investere i fortsatt drift. Aktuelle tiltak kan være rettet mot endring av selskapets ledelse, vurdering av nye samarbeidspartnere, endring av leverandører, ny finansiering, emisjon, reorganisering, nye eiere mv. Før konsulentene har tatt en gjennomgang av selskapet, er det like sannsynlig for interne tiltak som salg av aksjer. Vi forutsetter at eierne ender opp med å selge aksjene til en industriell aktør da dette gir høyest sannsynlighet for fortsatt drift. Etter dette blir det spørsmål om kostnadene kan fradragføres direkte eller må aktiveres.

Det sentrale vurderingskriteriet mht. direkte fradragrett eller aktivering er om tilknytningsvilkåret i skatteloven § 6–1 er oppfylt. Det faktiske formålet er som tidligere nevnt knyttet til løpende drift – ikke aksjesalg. Skatteloven § 6–1 gir dermed støtte for direkte fradragrett for transaksjonskostnader basert på et bredt oppdragsmandat.

Direkte fradragrett ved aksjekjøp

Skattemyndighetene synes å være enige i utgangspunktet om at det er det reelle motivet som er avgjørende i vurderingen om tilknytningsvilkåret er oppfylt. Dette fremkommer klart av Lignings-ABC 2015/16 side 1324 flg. Transaksjonskostnader i forbindelse med gjennomføring av fusjon kan i utgangspunktet fradragføres direkte. Dette utgangspunktet følger av sikker rett. Imidlertid må en fusjon som i realiteten anses om et oppkjøp, vurderes som et alminnelig kjøp av aksjer i relasjon til transaksjonskostnader. Det må kunne legges til grunn at dette resonnementet gjelder i sin alminnelighet og ikke kun i tilfeller der det er til gunst for skattyter, men også i de tilfellene det kommer skattyter til gode. Etter dette er det, slik jeg ser det, grunnlag for å hevde at det foreligger direkte fradragrett etter skatteloven § 6–1 for transaksjonskostnader tilknyttet aksjererverv eller -salg, så fremt det bakenforliggende hensynet med kostnaden hovedsakelig var å ivareta selskapets løpende virksomhet. Normalt sett vil formålet med et

aksjekjøp eller -salg være tilknyttet inntektskilden. Imidlertid kan intensjonen med et aksjesalg eller -kjøp undertiden være å integrere ulike eiendeler og virksomhetsområder i kjøpende selskap. Tilsvarende gjelder i tilfeller der transaksjonskostnadene har sin forankring i et bredt oppdragsmandat.

Vurdering av skattyterens formål vil være et bevissspørsmål. Forutsettes det at skattyterens hovedsakelige formål er tilknyttet løpende drift, foreligger det i utgangspunktet fradragrett etter skatteloven § 6–1.

Jeg understreker at konklusjonen i Aker Material Handling-saken kan være korrekt; det beror i tilfelle på en bevismessig vurdering av skattyterens hovedsakelige formål. Poenget i denne sammenheng er å understreke at det rettslige utgangspunktet i dommen etter min oppfatning er feil. På denne bakgrunn bør skattemyndighetene være varsomme med å vise til dommen i Lignings-ABC. Et utgangspunkt for en revisjon av omtalen av transaksjonskostnader i Lignings-ABC kan være Rt. 2000 side 2033 (Sundal Collier). Konsulentbistanden endte med at eier solgte aksjer, men Høyesterett la likevel til grunn at det sentrale formålet var å videreføre de langsiktige selskapsinteressene. Saken gjelder riktignok selskapsrettslige forhold, herunder tilordning av transaksjonskostnader, men hva mener Skattedirektoratet er korrekt skattemessig klassifisering i et slikt tilfelle; direkte fradragrett eller aktivering?

Tilordning av transaksjonskostnader

Parter i en transaksjon

Hovedaktørene i en transaksjon er normalt selger, kjøper og målselskap (salgsobjektet). Tilordningsspørsmålet handler om hvem som kan fradragføre eller aktivere transaksjonskostnadene i sin selvangivelse. Hvorvidt transaksjonskostnader skal allokere for skatteformål til selger eller målselskap, anses å være det mest praktiske og prinsipielt viktige spørsmålet i denne sammenheng.

Dersom målselskapet dekker transaksjonskostnadene, vil kjøper i realiteten erverve et selskap med redusert verdi. Er kjøper kjent med problemstillingen, kan kostnadene kreves kompensert i form av et lavere vederlag. I praksis viser seg at transaksjonskostnader i en del tilfeller allokere til målselskapet uten at det gjøres en nærmere

vurdering av dette. Konsekvensen vil være at kjøper sitter igjen med den endelige regningen og spørsmålet om hvordan kostnadene skal behandles skattemessig.

Rettslig utgangspunkt

Skattemessig tilordning av transaksjonskostnader må bygge på generelle prinsipper i skatteloven, retts- og ligningspraksis og juridisk teori. Dette er en sammensatt vurdering og grunn til å tro at det i en del tilfeller gjøres feil i selvangivelsene.

Dersom målselskapet dekker kostnader som selger er ansvarlig for, vil det i realiteten skje en vederlagsfri overføring til selger. Vederlagsfri overføring klassifiseres som utbytte, jf. skatteloven § 10–11 annet ledd første punktum. Normalt sett vil de formelle reglene for utdeling av utbytte i aksjeloven ikke være fulgt i slike situasjoner. Konsekvensen vil være å anse transaksjonskostnadene som skattepliktig utbytte for selskapsaksjonær, jf. skatteloven § 2–38 annet ledd bokstav a. Personlig aksjonær vil ikke kunne kreve reduksjon for skjermingsgrunnlag, jf. skatteloven § 10–12 første ledd annet punktum. Målselskapet vil videre ikke kunne kreve fradrag ved ligningen fordi tilknytningsvilkåret ikke er oppfylt. Selger vil heller ikke kunne kreve fradrag/nyttiggjøre seg skatteposisjonen da oppførelsesvilkåret ikke er oppfylt. Tilsvarende vil ingen av partene kunne kreve fradrag om kostnadene dekkes av selger, men for skatteformål skal det allokere til målselskapet.

Oftest er det nok slik at målselskapet dekker transaksjonskostnadene uten nærmere vurdering. Spørsmålet om det er foretatt korrekt skattemessig tilordning i disse situasjonene, vurderes med utgangspunkt i om det er foretatt utbytte etter skatteloven § 10–11 annet ledd første punktum. Tilordnings- og utbyttespørsmålet er således én og samme vurdering. Eller for å si det på en annen måte; anses aksjonærens kostnadsdekning som utbytte etter skatteloven § 10–11 annet ledd første punktum, innebærer det som et utgangspunkt at transaksjonskostnadene er feilallokerte.

Aksjonærinteressen eller selskapsinteressen?

Den sentrale dommen mht. tilordning av transaksjonskostnader er Rt. 2000 side 2033 (Sundal Collier). Sundal Collier dommen gjelder riktignok selskapsrettslige forhold, men antas å ha betydning for den skattemessige allokeringen av transaksjonskostnader. Det avgjørende kriteriet er i



Det avgjørende kriteriet er i hvem sin interesse kostnadene er pådratt; er det i aksjonærinteressen, eller er det i selskapsinteressen?

hvem sin interesse kostnadene er pådratt; er det i aksjonærinteressen, eller er det i selskapsinteressen? Er transaksjonskostnadene pådratt for å ivareta aksjonærinteressen, eller skal kostnadene tilordnes selger? Vurderingen baserer seg som vanlig på en konkret bedømmelse av sakens faktiske omstendigheter.

Spørsmålet er hva som skjer i de tilfellene det foreligger like gode grunner for å forankre kostnadene i aksjonærinteressen som i selskapsinteressen. Selskapsrettslig er det lagt til grunn at aksjonærinteressen i utbyttesituasjonene «*må forbeholdes tilfeller der rådgivningen må sees som en klar særfordel for de selgende aksjeeierne*», jf. Sundal Collier-dommen. Spørsmålet er imidlertid ikke avklart for skatteformål, dvs. om det må foreligge en klar særfordel for aksjonærene for at det skal anses som skattemessig utbytte. At det foreligger en klar særfordel

i denne sammenhengen, innebærer at målselskapet har dekket kostnader som skattemessig skal allokere til eier/selger. I juridisk teori er det en viss uenighet om spørsmålet. I *Norsk Bedriftskatterett* side 481–482 (9. utg. av Gjems-Onstad m.fl.) mener forfatterne at et hovedsakelig-kriterium er avgjørende for klassifiseringen. I *Utbytte* side 179–180 (1. utg. av Folkvord) mener imidlertid forfatteren at klar særfordel også gjelder i klassifiseringen av skattemessig utbytte. Tilsvarende standpunkt er inntatt i *Lignings-ABC 2015/16* side 42: «Transaksjoner som ikke innebærer en klar særfordel for aksjonærene eller deres nærstående, behandles ikke som utbytte.» Etter dette antas det at klar særfordel for aksjonæren er et nødvendig kriterium for å klassifisere transaksjonen som skattemessig utbytte.

Innebærer det hovedsakelige formålet med transaksjonen en klar særfordel for aksjonærene, skal dermed kostnadene allokere til selger. Språklig sett anses terskelen å være relativ høy mht. tilordning av transaksjonskostnader til selger. Det antas at aksjonærenes interesser i betydelig grad må prioriteres fremfor selskapsinteressen. Hvor grensen går er det imidlertid vanskelig å si noe eksakt om. Vurderingen må baseres på en konkret totalvurdering av de faktiske forholdene. Utgangspunktet for bedømmelsen vil være engasjementsavtalen med rådgiver. Ordlyden i engasjementsavtalen vil imidlertid ikke være avgjørende; det vesentlige er om innholdet i avtalen faktisk etterleveres, dvs. om det er avvik mellom avtalen og de konsulent-tjenestene som utføres. Videre må det vurderes hvem engasjementsavtalen er inngått med; er det aksjonær eller målselskap?

Tilordningen styres som utgangspunkt av hvem sin interesse transaksjonskostnadene er pådratt i. Legger vi Skattedirektoratets syn til grunn, skal det nok så mye til for at ikke målselskapet kan tilordnes transaksjonskostnader. Det understrekes at terskelen for hva som anses som aksjonærinteresse og skatterettslig utbytte ikke er avklart i rettspraksis.

Transaksjonskostnader knyttet til egne ansatte

Selskapets egne kostnader

En skattyter som forsøker å kjøpe en bedrift, har vanligvis kostnader til ulike rådgivere i forbindelse med blant annet gjennomføring av due diligence, kontraktsforhandlinger, utarbeidelse av kontrakter, struktureringsnotat, finansieringsmodeller mv. I tillegg til denne typen kostnader vil selskapet som regel også ha egne kostnader i tilknytning til ervervet. Dette vil typisk være lønnskostnader til dedikerte medarbeidere i transaksjonen. Større selskaper har gjerne egne M&A-avdelinger som håndterer kjøp og salg av virksomhet.

Et eksempel som belyser problemstillingen knyttet til den skattemessige behandlingen av transaksjonskostnader relatert til egne ansattes deltakelse i transaksjonsprosessen, kan være en nasjonal aktør i håndverkerbransjen som kjøper et lokalt firma og integrerer dette i konsernet. Før gjennomføring av oppkjøpet, vil det som regel være nødvendig å bruke interne ressurser på prosessen, blant annet knyttet til strategiske vurderinger av selskapet og møter med ledelsen i målselskapet. Lønnskostnader med videre i tilknytning til reise og møtevirksomhet vil undertiden ha direkte sammenheng med oppkjøpet.

Rettslig utgangspunkt

Spørsmålet er hvordan disse kostnadene skal behandles skattemessig. Prinsipielt sett kan det ikke være tvilsomt at egne lønnskostnader som utgangspunkt skal behandles på samme måte som kostnader til ekstern rådgivningsbistand. Skattemessig klassifisering knyttet til om egne lønnskostnader kan fradragsføres direkte eller må aktiveres på aksjene i målselskapet, må som hovedregel baseres på tilsvarende vurderinger relatert til eksterne rådgivningstjenester. I praksis vil kostnadene være vanskeligere identifiserbare for skattyter og det må antas at det må til en viss grad av konkret involvering fra egne ansatte før det blir nødvendig med en nærmere vurdering.

Det antas at mange ikke vurderer om selskapets lønnskostnader for ansatte i blant annet økonomifunksjoner og M&A-avdelinger skal aktiveres på ervervede aksjer. For å unngå endringsaker og kanskje tilleggsskatt, bør selskaper som er aktive i transaksjonsmarkedet, vurdere tilordningsspørsmålet, herunder selskapets bokførings- og rapporteringsrutiner knyttet til arbeid i forbindelse med transaksjoner.

Kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden

Fradragsrett for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden

Det gis ikke fradrag for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden, jf. skatteloven § 6–24 annet ledd. Dette følger nå uttrykkelig av ordlyden etter at annet ledd i 2016 ble endret til «Det gis likevel ikke fradrag for ervervs- og realisasjonskostnader, uavhengig av om erverv eller realisasjon gjennomføres.»

Før innføring av fritaksmetoden i 2004, var fradragsrett for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. alminnelig akseptert. Ligningspraksisen fremgikk uttrykkelig av Lignings-ABC 2003 side 598: «Er oppkjøpet ledd i næringsvirksomhet, kan kostnader i forbindelse med oppkjøp som ikke gjennomføres, fradragsføres direkte i det året det er klart at kjøpet ikke vil finne sted». En kuriositet i denne sammenheng er at skattemyndighetene ikke endret denne passusen før i Lignings-ABC 2007/08.

Fradragsrett for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. i perioden mellom innføring av fritaksmetoden og ny ordlyd i skatteloven § 6–24 annet ledd har vært omstridt. Høyesterett behandlet spørsmålet nylig, jf. dom av 2. november 2016 (Evry). I dommen konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå fradragsrett for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden.

Nye avgrensningsspørsmål

Selv om Evry-dommen er klargjørende med hensyn til den skattemessige behandlingen av kostnader ved mislykket aksjekjøp mv., reiser avskjæring av fradragsretten nye avgrensningsspørsmål.

En relevant og formodentlig hyppig fremtidig problemstilling vil være å avgjøre om skattyter har mislykkes i å kjøpe innmat

eller aksjer innenfor fritaksmetoden. Der som skattyter mislykkes i å kjøpe innmat, for eksempel eiendom, kan det kreves fradrag for transaksjonskostnader forbundet med denne aktiviteten. Gjelder transaksjonsforsøket erverv av aksjer, vil ikke skattyter få fradrag etter skatteloven § 6–24 annet ledd. Det antas at skattyter i hovedregelen kan kreve fradrag etter skatteloven § 6–1 dersom kjøp av innmat er like sannsynlig som kjøp av aksjer. Ofte er det imidlertid slik at spørsmål om det skal erverves innmat eller aksjer ikke er avklart før partene nærmer seg gjennomføring av transaksjonen. En av grunnene til at spørsmålet ikke er avklart i tidlig fase kan for eksempel være at kjøper ønsker å erverve innmat, mens selger ønsker å overdra aksjer. Er det slik at det må foreligge betydelig dokumentasjon for at skattyteren skal bli hørt i at det var like sannsynlig å kjøpe eiendom som aksjer? Det er vanskelig å ha en formening om hvordan disse diskusjonene vil arte seg, herunder hvilket krav til bevis ligningsmyndighetene vil kreve. Etter min oppfatning vil en konsekvens av at det ikke gis fradrag for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. være at det vil måtte foretas vanskelige og skjønnsmessige vurderinger knyttet til formålet med en transaksjon.

Videre kan det oppstå vanskelige spørsmål knyttet til fradragsrett for kostnader ved et mislykket oppkjøp av aksjer utenfor EØS. Fritaksmetoden gjelder også for aksjer mv. utenfor EØS (ikke lavskatteland) forutsatt at selskapsaksjonær eier minst 10 % av aksjene og stemmerettighetene i det utenlandske selskapet. Aksjeandel og stemmerettigheter må ha vært oppfylt i en toårsperiode. Dersom eier- og stemmeandelen, eller antatt eierperiode, er uavklarte spørsmål i oppkjøpsprosessen, kan man se for seg diskusjoner mellom skattyter og skattemyndighetene om hva som ville ha blitt det sannsynlige utfallet av forhandlingene i forhold til eiersits og videre scenario med tanke på eierperiode etter kjøp.

Nok et grensespørsmål vil oppstå i de tilfellene det er tvil om transaksjonen gjelder reorganisering eller oppkjøp. Fusjoner og annen reorganisering anses i utgangspunktet som alminnelig drift; kostnadene er dermed fradragsberettiget etter skatteloven § 6–1. Spørsmålet vil være aktuelt uavhengig av om kjøp gjennomføres eller ikke. Imidlertid vil spørsmålet være vesentlig vanskeligere å forholde seg til om transaksjonsprosessen stopper i en tidlig fase.

Kostnader i forbindelse med finansiering av aksjekjøp innenfor fritaksmetoden er i hovedregelen fradragsberettiget etter skatteloven § 6–1. Av og til kan det være utfordrende å vurdere om kostnadene har tilknytning til slik finansiering eller erverv av aksjer. Ved mislykket erverv av aksjer vil det sannsynligvis være enda mer krevende å vurdere fordelingen av kostnader mellom aksjer og finansiering. Utgangspunktet vil være som i de øvrige tilfellene; er det hovedsakelige formålet med kostnaden tilknyttet forsøk på erverv av aksjer eller bistand med finansiering?

Det er etter min oppfatning lite tvilsomt at bestemmelsen vil kunne skape mange konflikter mellom skattyter og skattemyndighetene i fremtiden, og det kan reises spørsmål om lovgiver har skapt flere gren-

sespørsmål enn hva den har løst med skatteloven § 6–24 annet ledd.

Fortsatt mulig å kreve fradrag for kostnader ved mislykket aksjekjøp

Selv om fradragsretten for kostnader ved mislykket aksjekjøp mv. innenfor fritaksmetoden som hovedregel er avskåret, er det grunn til å fremheve at det likevel vil være mulig å få fradrag i visse situasjoner. Dette vil typisk gjelde når objektet kan sies å være noe annet enn aksjer, eller når transaksjonen bare har vært i en innledende fase.

Det er sentralt for å kunne underbygge fradragsretten at det kan fremlegges dokumentasjon på at det var minst like aktuelt å kjøpe innmat som aksjer, der dette er aktuelt. Erfaring tilsier at skattyter kan få

betydelige utfordringer med å overbevise skattemyndighetene i tilfeller der det ikke foreligger tidsnær dokumentasjon som underbygger det åpne valget med hensyn til transaksjonsform, selv om kjøp av innmat var et reelt alternativ.

Videre er det viktig å påpeke at transaksjonskostnader i forbindelse med et mislykket oppkjøp pådratt i en tidlig fase, fortsatt er fradragsberettiget etter skatteloven § 6–1, forutsatt at kostnadene er tilknyttet skattyterens løpende drift. Fradragsretten vurderes på tilsvarende måte som om det faktisk gjennomføres et kjøp. Kostnader som er direkte tilknyttet transaksjonen, skal aktiveres. Alle andre kostnader kan fradragsføres direkte.

Den internasjonale skatterettens år

Året 2017 ser ut til å bli et av de mest spennende årene hva gjelder utviklingen innen internasjonal skatt. Utover våren vil nemlig de siste detaljene rundt OECDs nye multilaterale «supertraktat» bli tilgjengelig, og verdenssamfunnet tar nå viktige steg mot en mer rettferdig og riktig beskatning.



Advokat
Rolf J. Saastad
Partner Deloitte Advokatfirma



Advokatfullmektig
Trond Eivind Johnsen
Deloitte Advokatfirma

OECD, G20 og andre interesserte land (nærmere 100 i tallet) har i løpet av 2016 forhandlet frem en multilateral skatterraktat som vil innføre en rekke tiltak mot uthuling av nasjonale skattefundamenter og kunstig flytting av overskudd over landegrensene. Beregninger utført av OECD tilsier nemlig at multinasjonale selskaper betaler 4–10 % mindre skatt i gjennomsnitt sammenlignet med nasjonale selskaper, antakelig på grunn av hull i

regelverk og manglende harmonisering av skatteregler på tvers av statene. Ifølge OECD betyr denne forskjellen at statene går glipp av 850–2000 milliarder kr i skatteinntekter hvert år.

Hvordan internasjonal skatterett har fungert frem til i dag

Internasjonal skatterett er et komplisert samspill mellom nasjonale regelverk, regionale unioner (slik som EU) og folkerettslige traktater som fordeler beskatningsretten mellom statene (såkalte skatteavtaler). Mens nasjonale skatteregler er gjenstand for stadige endringer, er skatteavtalene normalt mer fastsatte, og endringer har til nå krevd bilaterale forhandlinger med hvert enkelt skatteavtaleland.

Det er normalt nasjonal skattelovgivning som danner utgangspunkt og ytre ramme

for beskatning i det enkelte landet. Denne selvbestemte beskatningsretten vil imidlertid ofte være begrenset av folkerettslige forpliktelser gitt i skatteavtaler (eller eksempelvis forpliktelser som følger av EU/EØS-medlemskap). Formålet med begrensningene er vanligvis å unngå at samme inntekt blir beskattet i flere stater uten mulighet for lempning i noen av statene (dobbelbeskatning).

I Norge er både skatteavtaler og EØS-forpliktelser normalt inkorporert i norsk lovgivning, og danner et vern som norske skattytere kan påberope seg overfor skattemyndigheter og domstoler.

OECDs store satsning de siste årene – BEPS-prosjektet

OECD har lenge vært en fremtredende aktør i utviklingen av internasjonal skatte-