

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

MNA

Advokat Einar Harboe (H)
Advokat Ivar Hobbelhagen
Advokat Petter Hartz-Hanssen (H)
Advokat PhD Harald Hauge
Advokat Jan-Ola Hedblad
Advokat J. Christian Grevstad
Advokat Geir Sevre

Advokat Håvar Poulsson

Finansdepartementet

postmottak@fin.dep.no

1.6.2010

Ref. Høruttt. omorg

Ansvarlig advokat: Geir Sevre

gs@harboe.no

Høringsuttalelse - skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet

Vi viser til Finansdepartementets høringsnotat om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet av 18. januar 2010, Deres ref. 09/2355 SL JW/rla.

Vi er langt på vei enige i departementets forslag og ser flere av forslagene som svært fornuftige. Vi vil nedenfor knytte merknader til enkelte av forslagene.

KONTINUITETSPRINSIPPET

I del III drøftes kontinuitetsprinsippet knyttet til fire hovedområder: Kontinuitet med hensyn til skatteposisjoner, regnskapsmessig behandling, eiersiden og virksomheten. Vedrørende skatteposisjoner savner vi en nærmere vurdering av forhold knyttet til skattemessig innbetalt kapital og overkurs. I enkelte andre sammenhenger har departementet og likningsmyndighetene uttalt at skattemessig innbetalt aksjekapital og overkurs ” er begrenset til verdien innskuddet settes til i balansen”. Etter vårt syn kan dette, basert på kontinuitetsprinsippet, ikke gjelde ved skattefrie omorganiseringer. Vi ber derfor departementet presisere i proposisjonen at det skal være kontinuitet vedrørende skattemessig innbetalt aksjekapital og overkurs, både på aksjonær- og selskapsnivå, ved skattefrie omorganiseringer, uavhengig av føringen i balansen.

Når det gjelder den regnskapsmessige behandlingen av omdanninger, foreslår departementet, etter en oppsummering på under en side, at det ikke skal gjennomføres endringer. Sett på bakgrunn av den betydelige usikkerheten som er knyttet til regnskapsmessig føring av omdanninger, er det vårt syn at departementet bør behandle dette mer inngående og komme med konkrete forslag/føringer.

Når det er sagt, antyder departementet at kontinuitetsgjennomskjæring ikke kan gjennomføres dersom enheten ikke var regnskapspliktig. Vi er tvilende til at dette er den rådende oppfatningen vedrørende omdanning av enkeltpersonforetak. Vi

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

kjenner til tilfelle hvor revisor legger til grunn kontinuitet også i slike tilfelle - typisk ved at regnskapstallene videreføres, fordi enheten faktisk har ført regnskap, uten at det forelå en plikt til det. Selv om regnskapstall ikke eksisterer, kan kontinuitetsgjennomskjæring gjennomføres ved at for eksempel inngangsverdi, skattemessig verdi eller andel av regnskapsmessig egenkapital i underliggende verdier videreføres. Dette er svært praktiske regler som departementet bør bidra til å finne en avklaring på - eventuelt i samråd med Justisdepartementet som har ansvaret for aksjelovgivningen.

LOVLIGHETSKRAVET

I høringsnotatet kap. 11 foreslås at kravet til selskapsrettslig og regnskapsrettslig lovlighet oppheves. Vi er enig med departementet i de vurderingene som foretas og den konklusjonen som trekkes. På bakgrunn av departementets argumentasjon, fremstår det som noe påfallende med hvilken styrke skattekontorene har forsvart det såkalte "lovlighetskravet" - og tilsvarende med hvilken taushet departementet må ha observert dette. For de skattyterne hvor f.eks. en regnskapsmessig feil har medført full realisasjonsbeskatning, er det en mager trøst at regelen nå oppheves. Departementet bør i det minste, som en konsekvens av forslaget og dets begrunnelse, også lovfeste/instruere likningsmyndighetene om at nye endringssaker vedrørende lovlighetskravet ikke igangsettes, og at igangsatte endrings- og rettssaker avrundes med et resultat som er i tråd med forslaget i høringsnotatet.

I høringsnotatet s. 47 fremgår at forslaget innebærer at "transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig [...]". Hvis dette standpunktet opprettholdes, vil det innebære en fare for at likningsmyndighetene fortsetter å foreta en vurdering av selskapsrettslige spørsmål, for å vurdere om transaksjonen er ugyldig etter selskapslovgivningen. Uttalelsen åpner med andre ord for at likningsmyndighetene fortsatt skal foreta en vurdering av lovlighetskravet. Departementet bør derfor presisere i proposisjonen at likningsmyndighetene ikke skal foreta en slik prøving. Det er kun dersom transaksjonen nektes registrert i Foretaksregisteret, eller er i strid med bestemmelser i skatteloven, at den vil kunne utløse beskatning.

Når det gjelder behandlingen av bytteforholdet ved fusjon/fisjon, konkluderer likningsmyndighetenes praksis nokså ensidig med at bytteforhold ved alle typer fusjoner/fisjoner må baseres på virkelig verdi. Etter vårt syn, er det ikke gitt at en omfattende og kostnadskrevenne verdivurdering skal være nødvendig for å sikre skattemessig kontinuitet. Vi tenker særlig på fusjon hvor eierstrukturen er identisk i det overdragende og det overtakende selskapet, og vederlaget er økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskapet (eller dets morselskap). Departementet bør ta stilling til dette praktisk viktige forholdet ved den videre behandlingen av reglene knyttet til omorganisering.

TREKANTFUSJONER/-FISJONER

I kapittel 12 behandles trekantfusjoner og -fisjoner. Det foreslås at skattemessig verdi på konsernfusjons(/-fisjons)fordringen, skal tilsvare skattemessig verdi av den egenkapital som overføres ved trekantfusjonen eller -fisjonen.

Finansdepartementets bekymring synes å være at morselskapet kan utdele ubeskattet kapital, uten at det utløser skatt, da konsernfusjons(/-fisjons)fordringen

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

ofte gjenspeiler beskattet og ubeskattet kapital. Vi er enige i at en såkalt skattefri konsernfusjon/-fisjon ikke skal tilføre det overtakende konsernet en bedre posisjon enn den det overdragende selskapet hadde. Det overtakende selskapet/dets morselskap skal imidlertid ikke settes i en dårligere situasjon heller. Kontinuitetsprinsippet vil følgelig ikke kunne begrunne noe mer enn en videreføring av skatteposisjonene - nye og dårligere skatteposisjoner skal ikke etableres.

På denne bakgrunn, kan kontinuitetsprinsippet tale for at skattemessig verdi av konsernfusjonsfordringen, ved korreksjonsinntektsvurderingen, settes lik den skattemessige egenkapitalen som overføres. Utdeling av utbytte fra morselskapet vil da ev. utløse korreksjonsinntekt, som om det overdragende selskapet hadde utdelt utbyttet. Det vil her være full kontinuitet.

Når det er sagt, savner vi en bred gjennomgang fra departementet omkring korreksjonsinntektsreglene begrunnelse i et skattesystem som har gått over fra (i realiteten) skattefrie utbytteinntekter etter godtgjørelsesmetoden til (i realiteten) skattepliktige utbytteinntekter etter aksjonærmodellen (kombinert med en fritaksmetode som skal forhindre kjedebeskatning).

Omorganiseringer kan etter fritaksmetoden også gjennomføres ved salg av aksjer. Vi savner derfor en nærmere vurdering av 3 %-regelen, jf. skatteloven § 2-38 (6). Begrunnelsen for bestemmelsen synes å svekkes i takt med at de realiserte verdiene øker. Dette tilsier etter vårt syn et tak på inntektsføringen, ev. kombinert med unntak i konsernforhold.

Finansdepartementets foreslår videre, uten en nærmere analyse, å lovfeste at realisasjon av konsernfusjons(/-fisjons)fordringen skal utløse skatt. Etter vårt syn kan dette gi svært tilfeldige utslag, ved at den regnskapsmessige føringen vil være styrende for den skattemessige behandlingen. Regnskapsmessige vurderinger vil forskyve gevinst ved en etterfølgende realisasjon fra skattefrie aksjeinntekter (fritaksmetoden) til skattepliktig fordringsinntekter.

Det kan være mer eller mindre tilfeldige grunner til at den regnskapsmessige egenkapitalen påvirkes forut for en konsernfusjon/-fisjon. Typisk ved at eiendeler i betydelig grad måles til "virkelig verdi" etter internasjonale regnskapsstandarder, jf. IAS 16 og 40. Det vil ofte innebære positive verdireguleringer (oppskrivninger) som har direkte påvirkning på egenkapitalen. Motsatt følger det av norsk god regnskapsskikk (GRS) at det skal foretas nedskrivninger av anleggsmidler hvis det i løpet av regnskapsåret har skjedd endringer som indikerer at virkelig verdi er blitt vesentlig lavere enn balanseført verdi, jf. regnskapsloven § 5-3 (3). Slike nedskrivninger av anleggsmidlene vil medføre en direkte reduksjon av egenkapitalen i selskapet.

Ovennevnte viser hvor tilfeldig egenkapitalens og dermed konsernfordringens størrelse vil kunne være ved en etterfølgende konsernfusjon/-fisjon. Vi har vanskelig for å se at den regnskapsmessige føringen skal få så betydelige skattemessige forskjeller ved et etterfølgende salg (tilordningen til fordring med påfølgende 28 % gevinstskatt eller aksjer med 0,84 % gevinstskatt) kun med basis i regnskapsmessige regler.

Departementet oppstiller fire prinsipper for beskatning av bedrifter: Nøytralitet, symmetri, kontinuitet og samordning, se høringsnotatet del II. Nøytralitet innebærer at alle inntekter av ulike typer kapital skal skattlegges med samme effektive skattesats. Forslaget innebærer en ulik skattlegging av fordringer og aksjer,

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

avhengig av regnskapsmessige disposisjoner. Dette synes å bryte med nøytralitetsprinsippet.

Dette kan motvirkes, enten ved at inngangsverdien for fordringen, ved en realisasjon, settes lik virkelig verdi, etter skatterettens ordinære system, eller at fordringen ikke er skattepliktig, etter skattelovens alminnelige system, jf. skatteloven § 5-1, jf. § 9-3 (1) c nr. 1.

Når det gjelder forslaget til krav om føring av gevinst/tap på konsernfusjons (/ -fusjons)fordringen på gevinst- og tapskonto, begrunner departementet forslaget med at midlertidige forskjeller i dag kan deles ut uten korreksjonsinntekt. Dette synes begrunnet med at man ved bruk av konsernbidragsreglene reelt sett ikke får en beskatning av gevinsten. Dette er egentlig en innvending mot muligheten til å benytte konsernbidrag. Den aktuelle gevinsten på fordringene skattlagt, og man har således ikke en konflikt med reglene om korreksjonsinntekt. At merverdiene i datterselskapet ennå ikke er skattlagt rokker ikke ved dette.

For øvrig viser vi til våre synspunkter ovenfor vedrørende en gjennomgang av korreksjonsinntektsreglene.

Ved en slik bred gjennomgang av fusjon- og fisjonsreglene mener vi også at det er fornuftig å vurdere nærmere om firkantfusjoner/ -fusjoner, jf. eksempelvis aksjeloven § 13-2 (2), også kan gjennomføres uten at det utløser beskatning.

OMDANNING

I del IV vurderer departementet enkelte sider ved omdanning. Etter gjeldende rett må vederlaget ved såkalt skattefri omdanning være aksjer i det overtakende selskapet. Dersom eieren ønsker å etablere en holdingstruktur, kan det oppnås ved en etterfølgende konsernfusjon. Dette synes unødvendig omstendelig, og vi ber derfor departementet vurdere regler som fastsetter at vederlag ved omdanning kan være aksjer i det overtakende selskapets morselskap.

GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJONER/FISJONER

I kapittel 16 drøftes behovet for skatteregler for grenseoverskridende fusjon og fisjon mv. Det foreslås, for selskaper hjemmehørende utenfor EØS, at et norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap skal kunne gjennomføre en fusjonslignende transaksjon, uten at det medfører beskatning av selskapene og aksjonærene. Det åpnes således for at det kan gjennomføres aksjebytte og konserndannelse over landegrensene. Dette må skje ved at aksjonærene overfører samtlige av sine aksjer til det eller de utenlandske selskapene og mottar aksjer i det eller de utenlandske selskapene som vederlag. Departementet ønsker likevel ikke at tilsvarende regler skal gjelde for omorganiseringer i Norge.

Vi støtter departementets forslag om aksjebytte med utenlandsk selskap. Vi har imidlertid vanskelig for å se hvorfor slik aksjebytte ikke skal kunne skje i Norge eller innenfor EØS-området. Dette vil kunne være svært forenkling for skattyterne og vi ber derfor departementet revurdere sitt standpunkt. Det vil fremstå som et paradoks at man har enklere regler utenfor EØS-området. At man allerede har selskapsrettslige regler innenfor EØS-området - som er vesentlig mer resursskrevende - er en lite tilfredsstillende begrunnelse.

INDIVIDUELLE VEDTAK OM SKATTEFRI OMORGANISERING

Vi er positive til at man beholder muligheten for å søke om skattefritak på individuell basis, fordi det er viktig å beholde en generell "sikkerhetsventil" for rasjonelle omorganiseringer/omlegginger som risikerer å bli stanset av skattetrykket fra de realisasjonsgevinster som vil utløses.

Når det gjelder forståelsen av uttrykket "særlige grunner" som foreslås innført, bør det være tilstrekkelig med vektige økonomiske hensyn. Tungtveiende hensyn til skattemessig likebehandling kan være et vanskelig kriterium å praktisere, fordi man nettopp er i en situasjon hvor man faller utenfor de alminnelige skattefritaksreglene.

Erfaring har også vist at definisjonen av hvilke aktiver som det kan søkes skattefritak for ikke er optimal. Departementet har gitt skattefritak for deler av virksomhetsinnmat, hvilket viser at det også er behov for å inkludere vesentlige driftsmidler i oppregningen. Det vil uansett ikke være tale om fritak for alminnelige salg mot kontanter, men for driftsomlegging hvor det skjer et bytte mot eierandeler eller vesentlige driftsmidler. Vi foreslår derfor at § 11-22 (1) a utvides til "fast eiendom og vesentlige driftsmidler".

AVSKJÆRINGSREGELEN I § 14-90

I kapittel 23 drøftes den spesielle lojalitetsstandarden. Anvendelsesområdet for bestemmelsen foreslås utvidet til alle typer omorganiseringer. Departementet foreslår at å regelfeste et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet, med visse spesifiserte unntak.

Sammenfattet mener vi at høringsnotatets forslag til krav om aktivitet i § 14-90, med tilhørende presisering i forskrift, vil innføre et nytt skjønsmessig og relasjonsbestemt kriterium som ikke er egnet til å oppnå formålet om klargjøring av rettstilstanden eller skape bedre forutberegnelighet. Kravet til kontinuerlig aktivitet ser videre ut til å ramme omorganiseringer som man ikke har ment å ramme, og gir uoversiktlige konsekvenser. Så langt vi kan se, søkes formålet om forutberegnelighet oppnådd ved å innføre en strengere norm enn hva som følger av gjeldende rett. Vi foreslår derfor at man ikke går videre med forslaget, og heller opprettholder dagens rettstilstand hvor vurderinger av kontinuitet mht. aktivitet uansett kan inngå i vurderingene.

Av høringsnotatet fremgår det at forslaget er ment å innebære en nedre terskel for å få videreført generelle skatteposisjoner, og vi savner i den forbindelse en klarere avveining av de kryssende hensyn som ligger til grunn for avskjæringsregelen. Utgangspunktet er at selskap har et legitimt krav på å beholde sine skatteposisjoner også etter omorganiseringer. Men omorganiseringer som i realiteten er overdragelser av skatteposisjoner vil stride mot skattesystemet, og dagens § 14-90 avskjærer overdragelser av skatteposisjoner ut fra et hovedformålskriterium. Regelen er strengere enn den alminnelige omgåelsesnormen, og vi kan ikke se at hensynet til forutberegnelighet kan rettferdiggjøre en enda strengere avskjæringsregel. Man fjerner seg da i for stor grad fra utgangspunktet om selskapenes legitime rett til å beholde sine skatteposisjoner.

Bedret forutberegnelighet via mer kasuistiske regler kan fort gå på bekostning av treffsikkerheten. Til dette kommer at man innfører et nytt vurderingstema "aktivitet" som vanskelig kan medføre en forenklet regelanvendelse.

Når det gjelder forslaget treffsikkerhet, synes aktivitetskravet utformet med visse situasjoner for øye, typisk hvor et passivt selskap med fremførbart underskudd fusjoneres med et aktivt selskap slik at sistnevnte kan utnytte skatteposisjonene. Treffsikkerheten når man utvikler dette til et generelt aktivitetskrav vil imidlertid svekkes, og det er fare for at regelen får utilsiktede konsekvenser. Kravet til kontinuerlig og videreført aktivitet vil f. eks. kunne ramme fusjoner mellom to selskap som driver med passive kapitalplasseringer (og som ikke inngår i selskapsstrukturer med aktivitet), og som har et legitimt krav på å få videreført sine skatteposisjoner. Man risikerer også at en fusjon mellom to selskap som driver komplementære aktiviteter, eller konkurrerende aktiviteter, rammes av forslaget fordi det ene selskapets aktiviteter endres drastisk eller avvikes. Resultatet kan bli at regelen utilsiktet rammer omorganiseringer som ikke ville bli berørt i dag og som er lojale mot skattesystemet, og at forutberegneligheten svekkes ytterligere.

Vi vil også bemerke at departementet bør presisere nærmere hvilke skatteposisjoner som omfattes av regelen. Dommen inntatt i Utv. 2009 s. 1329 Caretaker, kan tas til inntekt for at ligningsmyndighetene søker å utvide regelens anvendelsesområde. .

KOMMENTARER TIL FORESLÅTTE LOV- OG FORSKRIFTSBESTEMMELSER

Etter vårt skjønn synes forslaget til Finansdepartementets forskrift til skatteloven av 1999 nr. 1158 (FSFIN) § 11-20-2 (1) unødvendig da tilsvarende bestemmelse er foreslått i skatteloven § 11-20 (1). Forslaget til FSFIN § 11-20-2 (2) kan med fordel lovfestes i skatteloven § 11-20.

Videre foreslår vi at uttrykket "ligningsmessige" i FSFIN § 11-20-4 (4) byttes ut med "skattemessige", sml. ordlyden i forslaget til skatteloven § 11-7, og for å forhindre sammenblanding med uttrykket "ligningsverdier".

Etter forslaget FSFIN § 11-20-5 er det et vilkår at selskapet har beregnet "arbeidsgiveravgift senest fra 1. juli". Vi minner om at ikke alle selskap utbetaler godtgjørelse hvor det skal svares arbeidsgiveravgift. Det er da vanskelig å oppfylle vilkåret og bestemmelsen bør følgelig endres for å fange opp dette.

Det følger av forslaget til FSFIN § 11-20-6 (2) at selskapsandeler bare kan overføres sammen med aktiv annen virksomhet. For enkeltpersonforetak bør det presiseres at andeler ikke må overføres, men at de kan overføres selv om de ikke har vært eiendel i virksomheten, jf. bestemmelsen om finansaktiva.

I forslaget til FSFIN § 11-20-6 (4) bokstav b fremgår at aksjer og finansaktiva "kan fritt overføres". Ordlyden bør være tilsvarende som andre steder i bestemmelsen, men også hensynta at aksjer og finansaktiva ikke trenger å være en del av virksomheten: "Aksjer og finansaktiva kreves ikke overført. Aksjer og finansaktiva kan overføres selv om de ikke har vært eiendel i virksomheten".

Departementet foreslår at rett og plikt til skattemessig kontinuitet fastsettes i FSFIN § 11-20-7. Etter vårt skjønn bør departementet regelfeste at for omdannede enkeltpersonforetak medfører kontinuitet at inngangsverdi på vederlagsaksjene skal tilsvare de overførte skattemessige verdiene. På tilsvarende vis bør det fastsettes at kontinuitet også innebærer at skattemessig innbetalt kapital og overkurs også fastsettes til de overførte skattemessige verdiene.

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

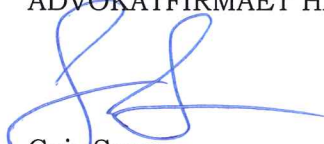
I annet ledd bør det fastslås at ved ombytting av andeler til aksjer/andeler skal skattemessig innbetalt kapital og overkurs videreføres.

I forslaget til FSFIN § 11-20-10 fastsettes at annet vederlag enn aksjer eller andeler til eiere "i det overdragende selskapet" skal være skattepliktig. Det fremgår av notatet at for innehaver av enkeltpersonforetak, foreslås det ingen endring, dvs. at forslaget ikke gjelder enkeltpersonforetak. Unntaket for enkeltpersonforetak kan med fordel fremkomme klarere.

Etter forslaget til FSFIN § 11-21-10 gis det betalingsutsettelse frem til konsernoppførsåret. Hvorvidt det skal beregnes renter bør også reguleres.

Med vennlig hilsen

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS



Geir Sevre
advokat



Harald Hauge
advokat