



Seland



**Temahefte fra Advokatfirmaet Seland DA
KJØP OG SALG AV VIRKSOMHET**

*”Den som kjøper må ha hundre øyne,
den som selger bare ett.”*

Italiensk ordtak

Temaheftet er utarbeidet av Espen Egseth og Aleksander Ryan i Advokatfirmaet Seland DA i april 2010. Innhold og layout i dette heftet er beskyttet i henhold til gjeldende opphavsrettslig lovgivning. Det kan kopieres fra heftet under forutsetning av at det klart vises til at det er kopiert fra Egseth/Ryan, ”Kjøp og salg av virksomhet” (2010).

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. Innledning
2. Forundersøkelser, intensjonsavtaler m.v.
3. Valg mellom overdragelse av aksjer eller innmat
4. Due Diligence
5. Arbeidsrettslige forhold
6. Skattemessige forhold
 - 6.1 *Innledning*
 - 6.2 *Konsekvenser for selger*
 - 6.3 *Konsekvenser for kjøper*
7. Merverdiavgift
8. Andre avgifter
 - 8.1 *Dokumentavgift*
 - 8.2 *Omregistreringsavgift for motorkjøretøy og båter*
9. Eksisterende kontrakter
10. Konesjon/offentlig tillatelse
11. Firmanavn, varemerker, immaterielle rettigheter
12. Forkjøpsrett, aksjonæravtaler etc.
13. Finansiering
14. Konkurransetilsynet
15. Avtale
16. Oppsummering

1. Innledning

Ved kjøp og salg av virksomhet er det en rekke forhold som bør vurderes. Hensynene er mange og forskjellige alt etter om du er kjøper, selger eller representerer selskapet på annen måte.

I dette temaheftet vil du få en kort og oversiktlig innføring i de viktigste forholdene som bør hensyntas ved overdragelse av virksomhet.

Temaheftet omfatter salg av alle aksjene eller en vesentlig del av virksomheten i et aksjeselskap (AS). Det omhandler ikke salg av mindre aksjeposter. En rekke av de forholdene som gjør seg gjeldende for aksjeselskap kan likevel ha relevans for andre selskapstyper.

2. Forundersøkelser, intensjonsavtaler m.v.

Før du som kjøper bestemmer deg for å overta en virksomhet, bør du foreta en innledende analyse av selskapet. Dette kan skje ved innhenting av regnskaper, offentlig tilgjengelig selskapsinformasjon, kredittopplysninger, nettsøk etc.

Ved slike forundersøkelser er det ofte hensiktsmessig å foreta et "selskapssøk", det vil si en første evaluering av selskapets juridiske og økonomiske status basert på informasjon som kan innhentes uten at selskapet kontaktes eller trenger å vite at det vurderes. Et slikt "selskapssøk" kan raskt og effektivt gjennomføres av advokat som har tilstrekkelig kompetanse, gjerne til en avtalt fastpris.

Finner du en aktuell oppkjøpskandidat, og går inn i forhandlinger, bør du vurdere om det er naturlig at det samtidig inngås en intensjonsavtale (som legger føringer for den videre veien mot et kjøp), en konfidensialitetsavtale (oppkjøpskandidaten er ofte en konkurrent) og eventuelt en eksklusivitetsavtale (for å hindre konkurranse fra andre interessenter så lenge forhandlingene pågår).

3. Valg mellom overdragelse av aksjer eller innmat

Noe av det første kjøper og selger må avtale er om det er aksjene eller virksomheten (innmaten) i selskapet som skal overdras.

Ved innmatssalg overdras typisk deler av virksomheten i selskapet, sammen med nærmere angitt driftsløsøre, ansatte, kontrakter etc. Ved aksjesalg overdras typisk hele selskapet ved at samtlige aksjer overføres.

For deg som kjøper medfører et aksjekjøp generelt større risiko enn et innmatskjøp, siden alle forpliktelser og ansvar som ligger i selskapet som hovedregel vil følge med ved kjøp av aksjene.

Ved innmatkjøp vil risikoen for deg som kjøper som regel være mindre, selv om det også her er viktig å foreta en vurdering av det som skal overføres. For eksempel vil avtaler som hovedregel ikke følge med ved et innmatkjøp. Det er også viktig å være oppmerksom på at noen typer av risikoer ikke kan unngås ved innmatkjøp, da disse er knyttet til selskapets eiendeler. Dette gjelder bl.a. offentligrettslige mangler i forhold til bygnings- og miljølovgivningen.

Ved både aksje- og innmatkjøp kan kjøpers risiko reduseres gjennom forundersøkelser av selskapet, for eksempel ved såkalt "due diligence" (se punkt 4 nedenfor), garantier fra selger og/eller gjennom betalingsbestemmelser. Garantier forutsetter at selger er søkegod for potensielle misligholdskrav fra kjøper.

4. Due Diligence

Forenklet definert er en due diligence (DD) en gjennomgang av selskapet. I en *juridisk* DD vil advokaten vurdere de juridiske risikoene ved et kjøp, knyttet bl.a. til selskapsforhold, arbeidsrett/pensjonsordninger, kunde- og leverandøravtaler, forsikringsforhold, fast eiendom og tvister. Det er også vanlig å foreta en *kommersiell* og *finansiell* DD. I særlige tilfelle kan det også være nødvendig med mer spesielle selskapsgjennomganger, for eksempel en miljømessig DD. Gjennom en DD kan det avdekkes forhold som bør hensyntas i forhandlingene (herunder prisen), eller som i ytterste konsekvens innebærer at et kjøp frarådes.

Det er mest vanlig at det er potensiell kjøper som gjennomfører en DD. I mange tilfeller kan det også anbefales at selger gjennomfører en forberedende DD. Ofte vil en slik forberedende DD virke som en nødvendig "opprydning" i selskapet som gir aktuelle kjøpere et bedre inntrykk av selskapet. En slik forberedende DD kan sikre salget og høyne prisen for selger.

5. Arbeidsrettslige forhold

Kjøper du aksjene i selskapet vil dette ikke ha noen betydning for de ansatte. Det kan imidlertid foreligge drøftelsesplikt med ansatte/tillitsvalgte.

Kjøper du innmaten i selskapet, eller en selvstendig enhet i selskapet, vil dette som hovedregel heller ikke påvirke de ansatte ut over at de vil få ny arbeidsgiver. Du har som kjøper likevel mulighet til å reservere deg mot å bli bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale.

Kjøper du en del av virksomheten som ikke beholder sin identitet etter overføringen, kan du tenkes ha større grad av frihet, da du som utgangspunkt ikke trenger å overta ansatte.

Er noen av de ansatte viktige kan du, som en forutsetning for kjøpet, kreve at disse fortsatt skal være ansatt i selskapet i en bestemt periode. I tillegg kan du kreve konkurranse- og karanteneklausuler i forhold til nøkkelpersonell og aksjonærer i selskapet. Du må samtidig inngå direkte avtale med de aktuelle ansatte.

Ved en virksomhetsoverdragelse kan de ansatte motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver (reservasjonsretten). Samtidig har ikke de ansatte ubetinget rett til videre ansettelse hos sin nåværende arbeidsgiver. Bli en ansatt som utøver reservasjonsretten oppsagt, og har vært ansatt hos arbeidsgiver i minst 12 måneder av de to siste år, har vedkommende fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet. Dette forutsetter imidlertid at den ansatte er kvalifisert for stillingen.

En virksomhetsoverdragelse er *i seg selv* ikke er gyldig oppsigelsesgrunn. Det er likevel adgang til å gjennomføre oppsigelser, for eksempel grunnet rasjonalisering etter overdragelsen. I en slik situasjon skal de ansatte i begge virksomheter behandles på lik linje, hva gjelder ansiennitet, kvalifikasjoner etc.

6. Skattemessige forhold

6.1 Innledning

De skattemessige konsekvensene ved aksje- og innmatskjøp er ulike, både for selger og kjøper. Ofte kan det være direkte motstridende interesser mellom partene. Kjøper kan ønske å kjøpe innmaten fordi det gir ham høyere skattemessig avskrivningsgrunnlag enn selskapet har, mens selger kan ønske å selge aksjene fordi det medfører lavere skattepliktig gevinst.

Selskapets skatteposisjon må vurderes adskilt fra selgers og kjøpers skatteposisjoner.

Kjøp av aksjer eller innmat kan motiveres ut fra kjøpers eller selgers ønske om å overta/beholde selskapets skatteposisjoner. Ved aksjesalg følger i prinsippet alle skatteposisjonene til selskapet med, mens dette ikke er tilfelle ved innmatssalg.

6.2 Konsekvenser for selger

Selgers gevinst ved aksjesalg er skattepliktig og tap fradragsberettiget, unntatt når selgeren selv er et aksjeselskap eller annet selskap som omfattes av fritaksmetoden. Under fritaksmetoden skal likevel 3 % av gevinsten tas til beskatning.

Dersom selger er arbeidende aksjonær i selskapet, og salgsavtalen legger bindinger på selger i form av fortsatt arbeidsplikt og/eller karensklausul, er det en risiko for at skattemyndighetene vil omklassifisere gevinsten fra kapitalinntekt til personinntekt. Dette vil kunne være tilfelle også der aksjene selges av den arbeidende aksjonærs aksjeselskap mv.

Ved innmatsalg vil selgers gevinst også være skattepliktig og tap vil være fradragsberettiget. I tillegg kan reglene om opphør av næring være relevante for selger.

6.3 Konsekvenser for kjøper

Aksjekjøp fremfor innmatkjøp kan være ønsket av kjøper for å kunne overta selskapets skatteposisjoner, for eksempel fremførbare underskudd. Vær imidlertid oppmerksom på at dersom transaksjonen er overveiende skattemessig motivert, kan du som kjøper nektes å utnytte disse skatteposisjonene.

En kjøper vil ved innmatkjøp normalt ønske å henføre mest mulig av kjøpesummen til eiendeler med høy avskrivningssats. Det er derfor ofte skattemessig gunstig å få henregnet mest mulig av kjøpesummen til goodwill.

Dersom du foretar en fordeling som det ikke er grunnlag for, og legger denne til grunn for selvangivelsen uten å gjøre oppmerksom på forholdet, gir dette grunnlag for tilleggs skatt eller straff.

7. Merverdiavgift

Overdragelse av aksjer utløser ikke merverdiavgift. Likevel er det enkelte forhold som bør hensyntas. For det første vil avgiftshistorikken følge selskapet. Videre kan et aksjesalg nødvendigjøre endringer i selskapets registrering i Merverdiavgiftsregisteret, for eksempel hvis selskapet inngår i eller skal inngå i fellesregistrering.

Overdragelse av virksomhet (innmat), herunder ved fisjon, fusjon og omdanning, er på nærmere angitte vilkår fritatt fra merverdiavgift. Slike overdragelser kan likevel utløse plikt for deg som selger til å justere tidligere fradragsført inngående avgift på kapitalvarer.

For at overdragelsen skal være avgiftsfri er det viktig at det som overdras objektivt sett kan drives videre som en egen virksomhet. Videre må samme type virksomhet i hovedsak fortsette som tidligere på kjøpers hånd. Det stilles i denne sammenheng krav om sammenheng og kontinuitet mellom gammel og ny virksomhet.

Det vil bero på en konkret helhetsvurdering om det foreligger en avgiftsfri virksomhetsoverdragelse. Relevante momenter ut over ytre kjennetegn, som bl.a. overtakelse av lokaler eller eiendeler, kan for eksempel være overtakelse av ansatte, kundekontrakter, kundefordringer, leverandørforpliktelser, selskapsnavn eller annen goodwill og knowhow. Momentene kan ha ulik vekt avhengig av bransje.

8. Andre avgifter

8.1 Dokumentavgift

Det skal betales dokumentavgift ved tinglysning av dokument som overfører hjemmel som eier av fast eiendom.

Overdragelse av aksjer i et selskap som eier fast eiendom vil ikke utløse krav om dokumentavgift.

Overdragelse av innmat som inkluderer fast eiendom vil, dersom eiendommen også overskjøtes, utløse dokumentavgift.

8.2 Omregistreringsavgift for motorkjøretøy og båter

Omregistrering av kjøretøy utløser plikt til å betale omregistreringsavgift. Dette gjelder også båter som omfattes av motorkjøretøy- og båtavgiftsloven.

Aksjesalg vil ikke utløse omregistreringsavgift på motorkjøretøy.

Innmatsalg med tilhørende kjøretøy utløser i de fleste tilfelle omregistreringsavgift.

Som for dokumentavgift kan avgift unngås ved å velge forskjellige løsninger. Hvilken løsning som lønner seg rent skatte- og/eller avgiftsmessig, beror på en konkret vurdering.

9. Eksisterende kontrakter

Dersom du som kjøper ønsker å overta selskapets eksisterende kontrakter, kan det være best å velge aksjekjøp. Et aksjekjøp vil som hovedregel ikke berøre de eksisterende kontraktene, slik at

disse videreføres. Vær imidlertid oppmerksom på at kontrakter kan inneholde krav til aksept av eierskifte, noe som vil avdekkes av en juridisk DD.

For innmatkjøp er hovedregelen at kontrakter ikke kan overføres uten kontraktspartens forhåndssamtykke, i og med at det foretas et skifte av kontraktspart. Er det viktig for kjøper at eksisterende kontrakter følger med innmatkjøpet, må det sikres at avtalemotparten aksepterer overføringen av kontrakten.

10. Konesesjon/offentlig tillatelse

Erverv av fast eiendom, eller rettigheter til fast eiendom, kan være konsesjonspliktig etter konsesjonsloven eller særlover.

Konesesjonsplikten inntreer når en eiendom overdras som ledd i et innmatsalg. Det er erververen (kjøper) som må søke om konsesjon.

Erverv av aksjer er ikke konsesjonspliktig.

11. Firmanavn, varemerker, immaterielle rettigheter

Ved aksjekjøp følger firmanavnet mv. med.

Ved kjøp av innmat bør det vurderes om firmanavn, domene og/eller varemerkenavn skal erverves.

Immaterielle rettigheter kan være helt eller delvis eid av enkeltpersoner, og ved overdragelse av slike rettigheter må det inngås avtaler med dem.

12. Forkjøpsrett, aksjonæravtaler etc.

Vær oppmerksom på at forkjøps- og innløsningsretter kan hindre en ønsket overdragelse, både hva gjelder aksje- og innmatsalg. Slike rettigheter kan følge av aksjonæravtaler, aksjeloven eller annen særlov.

Det er ikke uvanlig at aksjonæravtaler har bestemmelser om at ny aksjonær må tiltre aksjonæravtalen. Slike avtaler må hensyntas hvor ikke alle aksjene erverves. Ved aksjesalg er aksjelovens hovedregel at øvrige aksjonærer har forkjøpsrett og at overdragelsen krever styrets samtykke, med mindre vedtektene ikke sier noe annet. Omvendt for aksjeselskaper stiftet før 1. januar 1999.

13. Finansiering

Kjøp av aksjer kan ikke finansieres med pant i det overtatte selskaps eiendeler.

Innmatkjøp kan finansieres med pant i de overdratte eiendeler.

14. Konkurransetilsynet

Det er plikt til å melde foretakssammenslutninger hvis de involverte foretakene til sammen omsetter for over MNOK 50 i Norge årlig.

Det er likevel ikke meldeplikt dersom bare ett av foretakene har over MNOK 20 i årlig omsetning i Norge.

Meldeplikten gjelder ved oppkjøp av et selskap ved aksjekjøp og generelt ved foretakssammenslutninger. Meldeplikten kan også gjelde ved innmatskjøp. Det er da et vilkår at de aktuelle aktiva må utgjøre en virksomhet det klart kan knyttes omsetning til.

15. Avtale

Avtale om kjøp/salg av aksjer eller innmat bør inneholde viktige forutsetninger for kjøpet, for eksempel at overdragelsen aksepteres av konkurransetilsynet. Særlig i kunnskapsbaserte selskaper bør det vurderes om nøkkelpersonell skal bindes til å fortsette å arbeide i selskapet og/eller om det skal kreves konkurransebegrensninger. Videre bør avtalen ta med viktige garantier (ikke uvanlig med såkalte garantikataloger) og betalingsbestemmelser som tar hensyn til forhold som kan være viktig for partene (f. eks. at betalingen deles opp og utbetales ved oppnådde milepæler).

16. Oppsummering

Om du skal kjøpe/selge aksjer eller innmat vil bero på en konkret og grundig analyse av ønske og mål. Ulike ønsker vil gi ulike løsninger, ofte med svært store økonomiske følger.

Videre kan forhold knyttet til skatte-, avgifts-, arbeids-, kontrakts- eller konsesjonsforhold etc. innebære at den ene overdragelsesformen er å anbefale fremfor den andre.

For at du skal ha oversikt over hva du selger/kjøper vil det ofte være en lønnsom investering å gjennomføre en hel eller delvis DD, hvor relevante forhold blir belyst og vurdert.

-o0o-

Temaheftet er utarbeidet av advokatene Espen Egseth og Aleksander Ryan i Advokatfirmaet Seland DA.

Både Egseth og Ryan har mangeårig erfaring og kompetanse innen virksomhets- og aksjeoverdragelsesprosesser, både på selger- og kjøpersiden.

Advokatfirmaet Seland DA består av 12 advokater /advokatfullmektiger. Firmaet yter bistand innenfor hele det forretningsjuridiske feltet, med hovedvekt på selskapsrett, kontraktsrett, rettsforhold vedrørende fast eiendom skatte- og avgiftsrett, immaterialrett, børso- og verdipapirrett, IKT-rett, samt prosedyre for voldgiftsretter og ordinære domstoler, herunder for Høyesterett.

Gjennom et internasjonalt nettverk er firmaet tilknyttet samarbeidende advokatfirmaer over hele verden, herunder i samtlige EU-land, USA, Russland, Japan, Kina og en rekke øvrige land i Asia.



Advokat
Espen Egseth



Advokat
Aleksander Ryan

Har du spørsmål eller kommentarer til dette temaheftet, kan du kontakte Espen Egseth eller Aleksander Ryan på tlf. 24 13 43 40 eller på e-post espen.egseth@seland-law.no aleksander.ryan@seland-law.no.

Innholdet i temaheftet er basert på gjeldende regler pr. 1. april 2010.

Fremstillingen er ment å være en kort innføring og oversikt over temaet og kan ikke erstatte juridisk rådgivning. Forfatterne og Advokatfirmaet Seland DA fraskriver seg ethvert ansvar for tap som måtte oppstå som følge av disposisjoner foretatt kun med bakgrunn i innholdet i dette heftet.



Seland

Advokatfirmaet Seland DA

Klingenbergt. 7A • Postboks 1938 Vika • N-0125 Oslo
Telefon +47 24 13 43 40 • Telefax +47 24 13 43 41
post@seland-law.no • www.seland-law.no