

SKATTEFRIE TREKANTFUSJONER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 575
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17.905 ord

25.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>4</u>
1.1	Tema	4
1.2	Problemstilling.....	5
1.3	Avgrensning	5
1.4	Rettskilder og metode.....	6
1.5	Forholdet til EØS-avtalen	8
1.6	Midlertidige forskjeller og korreksjonsinntekt.....	9
1.7	Avskjæring av skattefritak	10
1.8	Videre fremstilling	11
<u>2</u>	<u>RETTLIG PLASSERING AV TREKANTFUSJONER.....</u>	<u>12</u>
2.1	Fusjonsbegrepet.....	12
2.2	Fusjonsformene.....	14
2.3	Er fusjon en skattepliktig realisasjon?	16
2.3.1	Hovedregel – skatteplikt	16
2.3.2	Fritaksmetoden	16
2.4	Skattefri fusjon	17
<u>3</u>	<u>FORUTSETNINGER FOR GJENNOMFØRING AV EN SKATTEFRI TREKANTFUSJON.....</u>	<u>20</u>
3.1	Innledning	20
3.2	Selskapsform	20

3.3	Anvendelsesområdet.....	20
3.4	Kravet til lovlig selskapsrettslig og regnskapsrettslig gjennomføring.....	21
3.4.1	Innledning.....	21
3.4.2	Selskapsrettslig lovlig.....	22
3.4.3	Regnskapsrettslig lovlig.....	22
3.4.3.1	Regnskapsføring etter transaksjonsprinsippet.....	23
3.4.3.2	Regnskapsføring med kontinuitet.....	25
4	<u>EIERKONTINUITET</u>	26
4.1	Innledning	26
4.1.1	Fusjonsvederlaget.....	27
4.1.2	To eller flere aksjeutstedere?.....	29
4.1.3	Tilleggsvederlaget	32
4.1.4	Delt tilleggsvederlag.....	34
4.1.5	Beskatning av tilleggsvederlaget.....	34
5	<u>SKATTEMESSIG KONTINUITET</u>	35
5.1.1	Innledning.....	35
5.1.2	Kontinuitet på selskapsnivå.....	35
5.1.3	Kontinuitet på eiernivå	36
6	<u>FORDRINGSMODELLEN</u>	38
6.1	Innledning	38
6.2	Fordringens pålydende.....	39
6.3	Er fordringsmodellen obligatorisk?.....	42
6.4	Fordringen som aksjeinnskudd	44
6.5	Skattemessig behandling av fordringen.....	45
6.5.1	Innledning.....	45
6.5.1	Skattemessig verdi av fordringen	46
6.5.2	Realisasjon av fordringen	51
6.5.2.1	Innledning	51

6.5.2.2	Høringsnotatet	52
6.5.2.3	Kravet til virksomhetstilknytning.....	54
6.5.2.4	Hensynet til kontinuitet	57
6.5.4	Føring på gevinst og tapskonto	61

KILDER**A**

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for denne oppgaven er gjennomføringen av en skattefri trekantfusjon av aksjeselskaper. En trekantfusjon er en form for selskapsmessig omorganisering, som utmerker seg med sin finurlige konstruksjon sammenlignet med andre omorganiseringsformer som dekkes av fusjonsbegrepet i aksjeloven.

Normalt foregår en fusjon mellom to parter (topartsfusjon), hvor et selskap (overtakende) overtar et annet selskaps (overdragende) eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Eierne av det overdragende selskapet får som motytelse aksjer (vederlagsaksjer) i det overtakende selskapet, tilsvarende verdien av selskapet som blir overdratt. Det overdragende selskapet blir deretter oppløst.

I en trekantfusjon eies det overtakende selskapet (datterselskap) hovedsakelig av et annet selskap (morselskap) som sammen danner et konsern.¹ Det overdragende selskapet fusjoneres inn i konsernet ved at eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras til det overtakende datterselskapet, men hvor det overtakende selskaps morselskap yter vederlagsaksjene. For å dekke morselskapets kapitalforhøyelse ved utstedelsen av vederlagsaksjene, utstedes det en fordring (fusjonsfordring) fra morselskapet mot det overtakende datterselskapet. Fordringen tilsvarer verdien av aksjene som utstedes.

Begrepet ”trekantfusjon” er for mange bedre kjent som ”konsernfusjon”. Sistnevnte betegnelse kan imidlertid sammenblandes med fusjoner der det overtakende og det overdragende selskapet allerede inngår i samme konsern. For å unngå misforståelser omfatter denne oppgaven kun ”konsernfusjoner” hvor det overdragende selskapet er en utenforstående part, og overtakende selskap har et morselskap som yter vederlagsaksjene. På denne måten er det tre parter involvert, og ”trekantfusjon” anses som den beste betegnelsen. Denne formen må igjen avgrenses mot ”firkantfusjoner”

¹ Aksjeloven § 1-3 jf. § 13-2 (2).

som i stor grad følger den samme konstruksjonen som trekantfusjoner, men hvor det utstedes vederlagsaksjer fra det overtakende selskapets søsterselskap.

1.2 Problemstilling

Det gjennomgående vilkåret for skattefrie fusjoner og trekantfusjoner er å gjennomføre omorganiseringen etter kontinuitetsprinsippet. Prinsippet krever og medfører kontinuitet i skatteposisjoner og eierposisjoner, samt et visst krav til utøvelse av videre virksomhet. I utgangspunktet oppstilles de samme kontinuitetsforventninger til trekantfusjoner som topartfusjoner, men trekantfusjoners spesielle konstruksjon fører til at kravet modifieres.

Det spesielle med trekantfusjoner er at formen tilsynelatende bryter med kravet til eierkontinuitet som råder ved gjennomføringen av skattefrie fusjoner. Allikevel har lovgiver funnet rom for trekantfusjoner, men ikke uten utfordrende krav til gjennomføring. Av den grunn vil jeg med denne oppgaven foreta en gjennomgang av en skattefri trekantfusjon.

Per dags dato er ikke gjennomføringen av trekantfusjoner lovregulert i samme grad som topartsfusjoner. Spesielt de skatterettslige sidene kan virke forvirrende, og har til nå basert seg på skattelovens bestemmelser for ordinære fusjoner så langt de har passet. Et økende behov for regulering har på sin side ført til at ligningspraksis har utviklet og subsidiert rettsområdet. Dette har Finansdepartementet ønsket å gjøre noe med, og 18. januar 2010 sendte de ut et høringsnotat (Høringsnotatet) som blant annet tok for seg den skattemessige behandlingen av trekantfusjoner. Dette forslaget vil bli behandlet og sammenlignet med dagens rettsbilde.

1.3 Avgrensning

Ved gjennomføring av trekantfusjoner må man ta stilling til selskapsrettslige, skatterettslige og regnskapsrettslige regler. Samtlige av disse regelsettene er omfattende og kompliserte, hvilket gjør temaet spesielt utfordrende. De regnskapsrettslige sidene ved fusjon, og spesielt trekantfusjoner, stiller i mange sammenhenger krav til inngående kunnskaper om regnskapsføring. Ettersom dette er en masteroppgave i rettsvitenskap, avgrenses oppgaven mot en del regnskapsrettslige sider som hovedsakelig tar sikte på

selve regnskapsføringen. Det vil allikevel til en viss grad utredes for de regnskapsmessige forutsetningene der det kreves for å skjønne samspillet mellom de øvrige regelsettene.

Oppgaven avgrenses også mot behandlingen av allmennaksjeselskap etter allmennaksjeloven. Aksjeloven og allmennaksjeloven er i stor grad sammenfallende, hvilket medfører at den materielle behandlingen av trekantfusjoner i stor grad likestilles mellom selskapsformene.

Gjennomføring av trekantfusjoner medfører prosessuelle problemstillinger. På grunn av oppgavens omfang avgrenses det mot aksjelovens prosessuelle krav til gjennomføring, herunder formelle partshandlinger og verdsettelsestidspunkt. Eksempler på dette er fristen for kreditorvarsel etter aksjelovens §§ 13-13 flg., godkjenning av fusjonsplanen etter aksjeloven § 13-3, og verdsettelsestidspunkt ved beregning av tilleggsvederlaget.

Det avgrenses videre mot de skattemessige virkningstidspunktene etter skatteloven § 11-10. Det vil også avgrenses mot den etterfølgende ligningsføringen i transaksjonsåret.

Ettersom trekantfusjoner synes å være et norsk fenomen, avgrenses det mot en behandling av trekantfusjoner over landegrensene.

1.4 Rettskilder og metode

Rettskildebildet som danner grunnlaget for topartsfusjoner er i stor grad lovregulert. Aksjeloven av 1997, skatteloven av 1999 og regnskapsloven av 1998 er de rådende lover som stort sett statuerer de rettslige utgangspunktene ved de påfølgende drøftelsene. Den rettslige behandlingen av trekantfusjoner utledes også av disse kildene, men er ikke detaljregulert i samme grad som topartsfusjoner.

Lovteksten er spesielt viktig på skatterettens område hvor legalitetsprinsippet står sentralt. Skattlegging er et inngrep i den private rettssfære, og krever dermed som utgangspunkt hjemmel i lov. Dette begrunnes i at den enkelte skatteyter skal kunne forutse sin rettsstilling ved skatterettslige inngrep, som i en rekke tilfeller kan være av betydelig økonomisk karakter.

Det foreligger lite domstolspraksis om trekantfusjoner og fusjoner generelt. Dette gjør at argumenter ofte må hentes i andre kilder for å komme til en fullverdig konklusjon.

Forarbeider gir uttrykk for lovgivers vilje og er derfor av stor betydning ved enhver tolkning av loven. Selv om lovens ordlyd er sentral, spesielt med tanke på legalitetsprinsippet i skatteretten, er ikke Høyesterett fremmed for å legge vekt på forarbeider ved sine avgjørelser. Det er nok at skatteyter i rimelig utstrekning har kunnet forutse sin rettsstilling.² I denne sammenheng bør det påpekes at skattelovens regulering av fusjon i lovens kapittel 11 er en videreføring av selskapskatteloven kapittel 8. Dermed kan tidligere tolkninger av denne loven gjennom forarbeider og rettspraksis få betydning. Dette er også tilfelle for aksjeloven som i stor grad bygger på aksjeloven av 1976.³

Justisdepartementets lovavdeling avgir til tider tolkingsuttalelser av selskapsretten. Selskapene vil ofte innrette seg etter disse ut i fra den autoritative stilling lovavdelingen har og sette preg på selskapspraksis.⁴

Det kan forekomme referanser til Lignings-ABC, men denne har liten eller ingen selvstendig betydning som rettskilde.⁵ Den har funksjon av å være en instruks fra Skattedirektoratet til Skatteetaten, men har for domstolene ingen større vekt enn administrative uttalelser. Redegjørelsene fra denne kan imidlertid feste seg i ligningspraksis som blir opprettholdt over en så lang periode at domstolene til slutt aksepterer praksisen.

Administrative uttalelser fra Skattedirektoratet og Finansdepartementet gis i stor utstrekning. Disse vil refereres til som bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet (BFU) og prinsipputtalelser fra Finansdepartementet. Denne typen uttalelser blir ofte

² Rt.1990 s.1293.

³ Andenæs (2006) s. 4.

⁴ Andenæs (2006) s. 8.

⁵ Zimmer (2009) s. 57.

tillagt stor vekt av ligningsmyndighetene, og kan dermed gå over i ligningspraksis som igjen over tid kan bli akseptert av domstolene. Høyesterett bryter ofte med uttalelsene, men finner også støtte i dem ved mangel på andre kilder.⁶

Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og uttalelser om skattespørsmål samles av Ligningsutvalget og utgis i form av et tidsskrift forkortet Utvalget eller Utv.

Regnskapsretten følger den alminnelige rettskildelæren på lik linje med skatteretten og selskapsretten. Administrative uttalelser utmerker seg imidlertid ikke på samme måte her, men dette dekkes opp av NRS 9, som er en regnskapsstandard for fusjoner.

Det vil også bli referert til Høringsnotat som blir sendt ut i forbindelse med ønsket om ny lovgivning. Dersom forslagene blir lovfestet kan notatene få en viss vekt som forarbeider. Utover dette gir de kun uttrykk for utstedende departements rettsoppfatning. Det blir i denne sammenheng også referert til høringsuttalelser fra instansene som har blitt bedt om å uttale seg om forslagene i høringsnotatet. Uttalelsene kan ikke tillegges noen rettskildemessig vekt, og bærer som regel preg av subjektive bransjeoppfatninger.

1.5 Forholdet til EØS-avtalen

EØS-avtalen får stadig økende betydning for norsk rett, og stiller i denne sammenheng krav til fusjonsbehandlingen gjennom selskapsdirektivet som er innført i allmennaksjeloven. Fusjonsdelen i aksjelovgivningen er spesielt tilpasset EUs tredje selskapsdirektiv, men tilpasningskravet gjelder kun for allmennaksjeselskap.⁷ Det betyr at aksjeselskap som reguleres av aksjeloven i utgangspunktet ikke berøres av selskapsdirektivet. På grunnlag av den nærmest identiske likheten mellom allmennaksjeloven og aksjeloven, er det likevel naturlig å legge det til grunn at i den grad allmennaksjeloven er i samsvar med reglene, må det samme anses å gjelde for aksjeloven.

⁶ Rt.1990 s.958 hvor Høyesterett bryter, og Rt.2001 s.282 hvor Høyesterett legger uttalelsen til grunn.

⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 112, jf. Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) s. 36.

I denne sammenheng har EFTAs overvåkingsorgan (ESA) påpekt at trekantfusjoner kan være i strid med EUs tredje selskapsdirektiv.⁸ ESA har gitt uttrykk for at selskapsdirektivet krever at aksjeeierne i det overdragende selskapet skal motta aksjer i det overtakende selskapet som vederlag. Argumentet var at trekantfusjoner kan være til skade for aksjeeierne i det overdragende selskapet, blant annet fordi verdiene av aksjer i morselskapet kan være mer usikre enn verdiene av aksjene i selve det overtakende selskapet.⁹

Justisdepartementet argumenterte på sin side med at direktivet ikke medfører noe forbud om at statene har egne regler om andre typer sammenslåinger enn det som etter direktivet defineres som fusjoner.¹⁰ Trekantfusjoner faller på denne måten utenfor direktivets anvendelsesområde. Det ble videre påpekt at aksjeeierne i det overdragende selskapet ved trekantfusjoner var beskyttet på lik linje med aksjeeierne i en alminnelig fusjon.

Innvendingen fra ESA ble frafalt ved brev av 27. november 2003, men med forbehold om at dette ikke var til hinder for en senere gjenopptakelse.¹¹ Om trekantfusjoner er i strid med direktivet gjenstår dermed å se avhengig av hva ESA velger å foreta seg videre. Ettersom denne innvendingen i utgangspunktet kun gjelder allmennaksjeselskap, er temaet ikke gjenstand for behandling i denne oppgaven. Synspunktet kaster imidlertid lys på en potensielt fremtidig problemstilling, som med tiden også kan få betydning for aksjeselskaper dersom direktivet innlemmes i aksjeloven.

1.6 Midlertidige forskjeller og korreksjonsinntekt

I deler av oppgaven blir det brukt verdibegreper som krever en nærmere forklaring. Regnskapsmessige verdier og skattemessige verdier utgjør grunnlaget for det som i regnskapsretten heter midlertidige forskjeller. Det hele baserer seg på at det benyttes forskjellige regnskapsformer basert på ulike behandlingsprinsipper. Regnskapsmessige

⁸ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 50.

⁹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 50-51.

¹⁰ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 50-51.

¹¹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 50-51.

verdier reguleres i et finansregnskap, og gir uttrykk for en bedrifts økonomiske utvikling og finansielle stilling hovedsakelig basert på verdivurderinger etter regnskapsloven. Skattemessige verdier reguleres i et skatteregnskap, og gir uttrykk for skatteposisjoner basert på verdivurderinger etter skatteloven. Ettersom verdivurderingene kan være forskjellige oppstår det forskjeller mellom det regnskapmessige og det skattemessige resultatet.

Grunnen til at det oppstår forskjeller er at finansregnskapet baserer seg på lineære avskrivninger, mens skatteregnskapet baserer seg på degressive avskrivninger. Er det skattemessige resultatet lavere enn det regnskapmessige, betegnes forskjellen som en skatteøkende (positiv) midlertidig positiv forskjell. I motsatt tilfelle vil betegnelsen være en skattereduserende (negativ) midlertidig resultatforskjell. En redusert/økt betalbar skatt i ett inntektsår, medfører normalt økt/reduert skatt i ett eller flere senere år.¹² Dette blir regnskapsført i finansregnskapet som en utsatt skatt, eller en utsatt skattefordel. På sikt utjevnes disse forskjellene og kommer over tid i balanse.

Ved utbetaling av utbytte fra et aksjeselskap baserer imidlertid utdelingen seg på de regnskapmessige verdiene, jf. aksjeloven § 8-1. I tilfellene hvor det er snakk om å dele ut regnskapsførte verdier som enda ikke er blitt beskattet, kommer reglene om korreksjonsinntekt etter skatteloven § 10-5 inn. Korreksjonsinntekten har som funksjon at den motvirker at utbytte kan utdeles på grunnlag av regnskapmessig inntekt som ennå ikke er blitt beskattet i selskapet.¹³ Den tekniske prosessen er svært komplisert og blir ikke nærmere behandlet.

1.7 Avskjæring av skattefritak

Reglene om skattefri fusjon er gitt blant annet på bakgrunn av at selskaper skal få innrette seg bedriftsøkonomisk optimalt. Ved innføringen av slike regler oppstår det også en fare for transaksjoner som har som hovedformål å overføre skatteposisjoner mellom skatteyttere, fremfor å gi virksomheten optimale organisatoriske rammer.¹⁴

¹² Zimmer/BA-HR (2006) s. 73.

¹³ Gjems-Onstad (2008) s. 608.

¹⁴ Høringsnotatet s. 116.

For slike tilfeller har skatteloven en regel i § 14-90 som avskjærer skatteposisjoner ved fusjon når ”*det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjon er det overveiende motivet for transaksjonen*”. I tillegg er det gjennom rettspraksis frembrakt en ulovfestet gjennomskjæringsnorm (omgåelsesnorm) som slår inn når det hovedsakelige formålet med disposisjonen har vært å spare skatt.¹⁵ Et tilleggsvilkår er at disposisjonen ut fra en totalvurdering strider mot skattereglenes formål. Den hovedsakelige forskjellen mellom reglene er at skatteloven § 14-90 regulerer virkningen av gjennomskjæringen uttrykkelig gjennom bortfall av skatteposisjonen eller at den eventuelle fordelen inntektsføres. Omgåelsesnormen innebærer ofte at forholdet rekarakteriseres og beskattes ut i fra sitt reelle rettsforholdet.

1.8 Videre fremstilling

I det følgende vil jeg redegjøre for dagens rettstilstand for trekantfusjoner, og knytte deler av denne opp mot den foreslåtte videreføringen eller endringene i høringsnotatet fra Finansdepartementet.

Gjennomgangen begynner i del 2, hvor det gis en rettslig plassering av temaet ved å gi en generell fremstilling av fusjonsinstituttet og trekantfusjoner etter aksjelovens kapittel 13. Dette innebærer blant annet hvorfor og hvordan aksjeloven og skatteloven er sentrale ved gjennomføringen av trekantfusjoner. I del 3 blir det oppstilt formelle forutsetninger som må oppfylles for å kvalifisere til en videre skattefri trekantfusjon. I del 4 tar jeg for meg kravet til eierkontinuitet. I del 5 tar jeg for meg kravet til skattemessig kontinuitet. Avslutningsvis tar jeg i del 6 for meg behandlingen av fordringen som oppstår mellom det overtakende datterselskapet og dets morselskap. Her tar punkt 6.5 flg. for seg sammenligningen mellom forslagene i Høringsnotatet og dagens rettstilstand.

¹⁵ Se Rt.2007 s.209.

2 Rettslig plassering av trekantfusjoner

2.1 Fusjonsbegrepet

Fusjonsbegrepet omfavner en rekke forskjellige rettslige gjennomføringsteknikker, fra frie avtalerettslige oppkjøp til strengt lovregulerte sammenslutningsformer.¹⁶ I denne oppgaven vil fusjonsbegrepet begrense seg til formen i aksjeloven kapittel 13, som kun omfatter en formell sammenslutning av foretak etter kapittelets bestemmelser.

Det alminnelige fusjonsbegrepet i aksjeloven kapittel 13 er definert i § 13-2 som en ”*sammenslåing av selskaper*”. Det følger av aksjeloven § 13-1 at selskapene må være aksjeselskap for å omfattes av kapittelet om fusjon. Dette kravet begrunnes i at aksjeloven kun omfatter aksjeselskap, jf. § 1-1. Reglene i kapittel 13 er å anse som preseptorisk lovgivning for fusjonen ettersom aksjeloven § 13-2 (1) oppstiller som krav at ”*sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her (...)*”.

Etter aksjeloven § 13-2 (1) innebærer fusjonen at et selskap (overtakende) overtar et annet selskaps (overdragende) ”*eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet*”. Eierne av det overdragende selskapet får som motytelse aksjer i det overtakende selskapet basert på fordelingen i aksjeloven § 13-2. Aksjene utstedes etter reglene om kapitalforhøyelse eller stiftelse med det overdragende selskapets verdier som aksjeinnskudd, jf. aksjeloven § 13-4. Som et resultat av dette oppløses det overdragende selskapet, jf. aksjeloven § 13-16 (1) nr 1.

Fusjonsreglene i kapittel 13 er særregler som er innført for å åpne for en enklere transaksjon og mer direkte reguleringer av spørsmålene rundt fusjon av aksjeselskap sammenlignet med andre regler.¹⁷ Et alternativ for å oppnå samme foretakssammensetning etter reglene i aksjeloven, er reglene om oppløsning og avvikling i kapittel 16, sammen med enten reglene om stiftelse i kapittel 2 eller reglene om forhøyelse av aksjekapitalen etter kapittel 10.

¹⁶ Aarbakke m.fl. (2004) s. 774.

¹⁷ Aarbakke m.fl. (2004) s. 774.

Hovedformålet med å gjennomføre en fusjon etter reglene i kapittel 13 begrunnes i det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp, som medfører at det ikke forekommer noen selskapsmessig identitetsendring.¹⁸ Dermed kan selskapet foreta disposisjoner innenfor rammene av kapittel 13, uten at forholdet til selskapets aksjonærer og medkontrahtenter endres i rettslig forstand.

Overnevnte har for det første betydning selskapsrettslig, hvor beslutningen om å inngå fusjon treffes etter de personelle og prosessuelle kravene i aksjeloven kapittel 13.¹⁹ Dette medfører en enklere saksgang enn dersom man skulle gått veien om oppløsning etter kapittel 16 og nystiftelse etter kapittel 2. Resultatet av sistnevnte fører til at den enkelte aksjonær kan kreve seg innløst etter aksjeloven § 4-24, denne muligheten blir normalt stengt ved fusjon etter kapittel 13.²⁰

For det andre får en gjennomføring etter kapittel 13 betydning i kontraktsrettslig forstand.²¹ Selskapene blir bundet som avtaleparter etter de prosessuelle bestemmelsene i kapittel 13, videre trer avtalen i kraft ved registrering i Foretaksregisteret. Disposisjoner som faller utenfor dette rettsforholdet, reguleres i stedet som utgangspunkt av alminnelig kontraktsrett.

For det tredje vil rettigheter og forpliktelser overfor tredjemenn fortsette med kontinuitet, i motsetning til kravet om samtykke til debitorskifte ved en vanlig overdragelse.²²

Det kan være mange grunner til at fusjoner gjennomføres, men ofte er formålet å skape en større og mer slagkraftig virksomhet, ved å spare omkostninger, øke effektiviteten i organisasjonen, produksjonen eller markedsføringen og lignende.²³

¹⁸ Forelesning Andenæs 18. mars 2010.

¹⁹ Giertsen (1998) s. 86.

²⁰ Andenæs (2006) s. 605.

²¹ Giertsen (1998) s. 86.

²² Giertsen (1998) s. 87.

²³ Aarbakke m.fl. (2004) s. 775.

Behovet for fusjonsregler begrunnes gjerne med hensynet til omstillinger i næringslivet.²⁴ Det kan i denne sammenheng argumenteres med at de alminnelige formue- og selskapsrettslige regler kan virke kompliserende i forhold til fusjonsreglene i aksjelovens kapittel 13. Dersom hensynet til den enkelte kreditor og aksjonær skulle blitt ivaretatt med samme grundighet som avtaleloven og aksjeloven i utgangspunktet oppstiller, kan det føre til at selskapsendringer som kan være så vel bedriftsøkonomisk som samfunnsøkonomisk ønskelige ikke foretas.

2.2 Fusjonsformene

Aksjeloven kapittel 13 sonderer mellom horisontal og vertikal fusjon.²⁵ Primært er aksjeloven utformet med sikte på den horisontale varianten som innebærer at fusjonen utføres med selskap på samme selskapsrettslige nivå. Dette kan skje ved at et eksisterende aksjeselskap opptar et annet eller flere aksjeselskap i seg, eller at et nystiftet aksjeselskap opptar to eller flere eksisterende aksjeselskap i seg. Dette fremgår av ordlyden i aksjeloven § 13-2 (1) hvor *”et selskap skal overta et annet selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser (...)”*.

Selv om ordlyden begrenser seg til at *”et selskap skal overta et annet”*, følger det av forarbeidene og praksis at to eller flere selskap kan overdras, men det kan kun være ett overtakende selskap ettersom eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal overtas *”som helhet”*.²⁶

Det følger av aksjeloven § 13-2 (2) at i tilfeller hvor det overtakende selskapet tilhører et konsern, åpnes det for en utvidelse av det horisontale fusjonsbegrepet. Vilkåret for dette er at det foreligger en kvalifisert eierform hvor ett eller flere av selskapene i konsernet *”har samlet mer enn 90 prosent av både aksjene og stemmene på generalforsamlingen i det overtakende selskapet”*. Dersom dette vilkåret er oppfylt, kan vederlaget som det overdragende selskapet skal motta, være aksjer i det overtakende selskaps morselskap, eller i et annet datterselskap hvor *”morselskapet alene eller*

²⁴ NOU 1995: 30 pkt. 5.1.

²⁵ Aarbakke m.fl. (2004) s. 775.

²⁶ Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) s. 210-211.

gjennom datterselskap har mer enn 90 prosent av både aksjene og stemmene på generalforsamlingen". Disse fusjonsformene kalles for trekantfusjoner når det overtakendes selskaps morselskap yter vederlagsaksjene, og firkantfusjoner når et annet datterselskap i konsernet yter vederlagsaksjene.²⁷ Kapitalforhøyelsen i det aksjeutstedende selskapet blir i disse tilfellene typisk gjennomført ved at det utstedes en fordring. Denne gjennomføringsformen blir i det følgende omtalt som "fordringsmodellen". Fordringen tilsvarende egenkapitalen det overtakende selskapet tilføres ved fusjonen, og nyttes som aksjeinnskudd, jf. aksjeloven § 13-2 (2).

Det grunnleggende formålet med aksjeloven § 13-2 (2) er å forenkle innfusjonering i konsern.²⁸ Ved innføringen av bestemmelsen ble det lagt stor vekt på at konsern ofte er organisert på den måten at virksomheten drives i konsernets ulike datterselskap, ved at morselskapet kun fungerer som et eier-/administratorselskap som ikke selv driver virksomhet, eller bare driver virksomhet på klart avgrensede områder.²⁹ Det ble uttalt i forarbeidene at *"når et konsern med en slik organisasjonsstruktur skal overta et utenforstående selskap for å fortsette dettes virksomhet innenfor konsernet, må sammenslåingen skje med datterselskap"*.³⁰ På denne måten opprettholdes organisasjonsstrukturen, men under den forutsetning at vederlaget i det overdragende selskapet må bestå av aksjer i morselskapet. Et annet praktisk tilfelle er der det overdragende selskapet er vesentlig større enn det overtakende. Dersom det skal utstedes vederlagsaksjer fra det overtakende datterselskapet, blir konsernforholdet forskjøvet ved at morselskapet kommer i mindretall. For å opprettholde den opprinnelige konsernposisjonen, kan det derfor være ønskelig å utstede vederlagsaksjer fra morselskapet.³¹

I tillegg har aksjeloven særbestemmelser for én form for vertikal fusjon, som er fusjon innen et konsern hvor et heleid datterselskap fusjonerer inn i et morselskap, jf. aksjeloven § 13-23. Ettersom morselskapet her tar opp noe det allerede eier, ytes det

²⁷ Zimmer/BA-HR (2010) s. 590.

²⁸ Andenæs (2006) s. 582.

²⁹ Ot.prp.nr. 72 (1984-1985) s. 8.

³⁰ Ot.prp.nr. 72 (1984-1985) s. 8.

³¹ Giertsen (1998) s. 137.

ikke noe fusjonsvederlag fordi morselskapet ikke kan utstede aksjer til seg selv.³² Denne formen fører til en forenklet saksbehandling sammenlignet med andre fusjonsalternativer. Aksjeloven § 13-24 åpner for en horisontal fusjon mellom to aksjeselskap som har samme eier. Som det overnevnte alternativet fører også dette til en forenklet saksbehandling ettersom eierforholdet er udelt.

2.3 Er fusjon en skattepliktig realisasjon?

2.3.1 Hovedregel – skatteplikt

Rettslig utgangspunkt etter skatteloven § 11-1 er at fusjon av selskaper følger alminnelige regler om inntektsbeskatning. Det følger av forarbeidene til skatteloven at *”det skatterettslige utgangspunkt er at overføringer av verdier fra et skattesubjekt til et annet utløser beskatning etter de vanlige regler for realisasjon, utbytte og uttak”*.³³ Dermed avhenger den skattemessige behandlingen av hvordan transaksjonene er foretatt.

Høyesterett synes i senere tid å legge til grunn at fusjoner skal anses som realisasjon gjennom dommene i Rt. 2008 s.438 og Rt. 2005 s.86. Dette synspunktet følger ganske klart av forarbeidene, hvilket påpekes i dommene. Gjems-Onstad påpeker imidlertid at et slikt realisasjonssynspunkt på et vis strider mot den historiske bakgrunnen for det skatterettslige fusjonsinstituttet som bygger på skattemessig kontinuitet.³⁴

Konsekvensen av å klassifisere fusjon som realisasjon er at det åpnes for gevinstbeskatning, jf. skatteloven § 5-1, jf. kapittel 9, og fradrag ved tap, jf. skatteloven § 6-2, jf. kapittel 9. Betydningen av klassifiseringen er på sin side størst for personlige aksjonærer ettersom fritaksmetoden nå er innført for selskapsaksjonærene.

2.3.2 Fritaksmetoden

Frem til skattereformen i 2004–2006 var kjedebeskatning av selskapsoverskudd et problem. Som et resultat av dette ble fritaksmetoden innført gjennom skatteloven § 2-38. Metoden skal forebygge kjedebeskatning ved at et selskaps potensielle skatteplikt

³² Zimmer/BA-HR (2010) s. 592.

³³ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) pkt. 1.2

³⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 837.

faller bort så langt det dreier seg om utbytte-/utdelings- og realisasjonsbeskatning for aksjer tilhørende selskapsaksjonærer.³⁵ På den annen side faller retten til fradrag for tap bort. Et resultat av dette er at kjøp og salg av selskaper kan skje skattefritt ved oppkjøp av aksjene, noe som er en enklere prosess enn fusjonsinstituttet. Helt skattefrie blir transaksjonene imidlertid ikke da tre prosent av den fritatte inntekten er gjenstand for beskatning med 28 prosent, noe som er et incentiv for fusjon dersom den kan gjennomføres skattefritt.

2.4 Skattefrie fusjon

Rettslig utgangspunkt etter skatteloven § 11-2 er at aksjeselskap kan fusjoneres uten skattlegging av selskapene og aksjonærene når fusjonen skjer etter kapittel 13 i aksjeloven. I tillegg må vilkårene i skattelovens kapittel 11 oppfylles, jf. skatteloven § 11-1. Dette må anses som et unntak fra det skattrettslige utgangspunkt hvor enhver overføring av verdier utløser beskatning. Unntaket er en lovfesting av tidligere ulovfestet rett som fremkom av høyesterettsdommene i Rt. 1922 s.436 og Rt. 1925 s.1009. Dommene slo fast at dersom virksomheten i de fusjonerte selskaper ble videreført etter fusjonen, skulle transaksjonen ikke regnes som en skatterettslig avhendelse av det overdragende selskaps eiendeler eller aksjer. Den etterfølgende oppløsningen av selskapet ble heller ikke ansett som en likvidasjon av selskapet.

Dersom vilkårene for skattefrie fusjon ikke oppfylles, kan Finansdepartementet likevel samtykke til skattelempe etter skatteloven § 11-11 (2) og § 11-22.

Betegnelsen i skatteloven § 11-2 om at fusjonen er ”skattefrie” er noe upresis, ettersom det kun er transaksjonene i forbindelse med fusjonen som ikke er gjenstand for beskatning. Skatteplikt eller fradragrett som eksempelvis har oppstått gjennom salg av et driftsmiddel til et utenforstående selskap, videreføres til det overtakende selskapet. Dette kalles for skattemessig kontinuitet og er både et vilkår og en konsekvens av skattefrie fusjoner. Det oppstilles et overordnet kontinuitetsprinsipp som gjør seg gjeldende på fire nivåer. Prinsippet innebærer etter skatteloven § 11-7 (1) at det opprettholdes kontinuitet i skatteposisjonene på selskapsnivå. Skatteloven § 11-7 (2)

³⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 834.

oppstiller deretter krav om kontinuitet i skatteposisjonene på eiernivå. Videre kreves det etter skatteloven § 11-2, jf. aksjeloven kapittel 13 kontinuitet på eiernivå ved at eierposisjonene opprettholdes. Endelig kreves det en viss kontinuitet i virksomheten som overdras. Disse kontinuitetskravene samles i kontinuitetsprinsippet som har som formål å sikre at de organisatoriske rammene for virksomheter kan endres, uten at det utløses negative skattemessige konsekvenser.³⁶

Hovedhensynet for at fusjoner kan gjennomføres uten å utløse beskatning er at det dreier som om en omorganisering, og ikke en realisasjon av eierinteresser.³⁷ Et slikt synspunkt er imidlertid ikke alltid helt treffende. Dersom et lite selskap innfusjoneres i et selskap som er betraktelig større, kan eierprosenten potensielt utvannes i en slik grad at det i realiteten ligner mer på en realisasjon enn en omorganisering. Dette kommer blant annet til uttrykk i regnskapsretten hvor hovedregelen er at enhver fusjon anses som en realisasjon, og må føres med regnskapsmessig diskontinuitet, med mindre de samme eierinteresser er representert på begge sider. Dette bryter med synspunktet som ble lagt til grunn i Rt.1922 s.436 og Rt. 1925 s.1009 hvor en fusjon er skattefri under forutsetning av at det foreligger kontinuitet i virksomheten. Noe absolutt virksomhetskrav er det imidlertid ikke snakk om. Etter gjeldende rett er videreføringen av virksomheten snarere et moment i forhold til avskjæring av skattefritak, enn et absolutt krav for skattefri gjennomføring.

Ønsket om en omorganisering gjennom fusjon bunner som utgangspunkt i selskapsmessig effektivisering av ressurser. Selskapene vil på sin side som hovedregel innrette seg bedriftsøkonomisk optimalt, hvor motstykket til effektivisering blir kostnadene ved selve omorganiseringen.³⁸ Dersom skatteregler får betydning for om eller i hvilken form fusjoner gjennomføres, kan dette hindre både selskapsmessige og samfunnsmessige ønskelige løsninger.³⁹

³⁶ Zimmer/BA-HR (2010) s. 583.

³⁷ Gjems-Onstad (2008) s. 833, jf. Rt.1922 s.436 og Rt.1925 s.1009.

³⁸ Folkvord (2006) s. 56.

³⁹ Folkvord (2006) s. 56.

Et spørsmål som melder seg er om man valgfritt kan benytte seg av fremgangsmåten i aksjeloven kapittel 13 om fusjoner, og likevel ”gå fri” av skatteloven kapittel 11 sitt krav om skattemessig kontinuitet. Dette er spesielt aktuelt i tilfeller hvor det foreligger et latent tapsfradrag kombinert med ønsket om fusjonens øvrige virkninger.⁴⁰ Det følger av ordlyden i skatteloven § 11-2 at selskapene ”kan” fusjoneres uten skattelegging. Etter en naturlig språklig forståelse indikerer dette at valget er fritt. Skattedirektoratet la denne løsningen til grunn i BFU 29/09, i tillegg er løsningen videreført i Lignings-ABC 2010.

Konsekvensene av å velge en fusjonsvariant uten skattemessig kontinuitet, fører etter skatteloven § 11-9 til at det overdragende selskapet i utgangspunktet behandles etter reglene i aksjeloven kapittel 16 om oppløsning og avvikling av selskap.⁴¹

Det overdragende selskapet blir dermed skattlagt som om nettoverdiene blir utdelt til aksjonærene jf. aksjeloven § 16-9. Det følger imidlertid av skatteloven § 10-37 at utdeling av likvidasjonsoverskudd anses som realisasjon av aksjer, ikke utbytte. De alminnelige reglene om gevinst og tap kommer derfor til anvendelse. Det er dermed av stor betydning om aksjonærene er selskapsaksjonærer eller personlige aksjonærer. For de personlige aksjonærenes vedkommende kommer reglene om realisasjon etter skatteloven kapittel 9 til anvendelse og medfører enten tapsfradrag eller gevinstbeskatning. Selskapsaksjonærer omfattes derimot som regel av fritaksmetoden, og fradrag for latente tap er dermed ikke mulig.

Det skjer ingen beskatning av det overtakende selskapet ettersom verken selskapets eiendeler eller aksjer blir realisert.

⁴⁰ Folkvord (2006) s. 137.

⁴¹ Folkvord (2006) s. 140.

3 Forutsetninger for gjennomføring av en skattefri trekantfusjon

3.1 Innledning

Majoriteten av de som gjennomfører trekantfusjoner ønsker å gjøre dette uten å utløse realisasjonsbeskatning. I det følgende blir vilkårene som må oppfylles for å oppnå en skattefri trekantfusjon behandlet.

3.2 Selskapsform

Rettslig utgangspunkt er skatteloven § 11-2 (3) siste punktum, hvor det er et krav om at samtlige parter som deltar i trekantfusjonen må være av samme selskapsform.

Det er allerede lagt til grunn at oppgaven tar for seg aksjeselskap, hvilket oppfyller kravet til selskapsform i skatteloven § 11-2 (1). Dette er også en forutsetning for at trekantfusjoner kan gjennomføres etter aksjeloven § 13-2 (2). Ved trekantfusjoner hvor et allmennaksjeselskap er involvert, kommer allmennaksjeloven til anvendelse dersom aksjevederlaget utstedes fra et allmennaksjeselskap, jf. aksjeloven § 13-1.

3.3 Anvendelsesområdet

Rettslig utgangspunkt er skatteloven § 11-1 (2) som pålegger alle selskapene å være hjemmehørende i Norge. Det vil si at selskapene må skatte til Norge, jf. skatteloven § 2-2 (1) a. Om selskapet ikke er stiftet eller registrert i Norge, er nødvendigvis ikke til hinder så lenge selskapene anses som hjemmehørende i Norge. Dette vises blant annet i Høyesteretts avgjørelse i Rt.2002 s.1144, hvor tre selskap som var registrert på Kypros, ble ansett å være skatterettslig hjemmehørende i Norge.

Bestemmelsene i aksjeloven kapittel 13 gjelder bare fusjoner mellom aksjeselskaper som er norske.⁴² Kriteriene for hva som anses som norsk er usikre, og beror hovedsakelig på to teorier.⁴³ Den såkalte seteteorien som tar utgangspunkt i hvor selskapet har sitt faktiske sete eller hovedadministrasjon. Og den såkalte stiftelsesteorien som tar utgangspunkt i hvor selskapet er stiftet, eventuelt registrert.

⁴² Aarbakke mfl. (2004) s. 779.

⁴³ Andenæs (2006) s. 694-695.

Muligheten for grenseoverskridende trekantfusjoner og fusjoner generelt er usikre. Det avgrenses dermed mot en nærmere behandling av dette. Det bør imidlertid nevnes at etter gjeldende rett er fusjoner innen EØS-området selskapsrettslig lovregulert, jf. aksjeloven § 13-25.

Et grunnleggende vilkår for at fusjoner kan gjennomføres over landegrensene i EØS-området er at de er i takt med fusjonsdirektivet, med den følge at alle de berørte EØS-statene anerkjenner sammenslåingen som en fusjon.⁴⁴ Videre må fremgangsmåten være tillatt etter lovgivningen i den enkelte stat som de involverte fusjonspartene hører til.⁴⁵ Ettersom trekantfusjoner er en antatt ukjent rettslig konstruksjon i de øvrige EØS-statene, fant Justisdepartementet det tvilsomt om sammenslutningsformen vil bli anerkjent som fusjon i andre land enn Norge.⁴⁶ Uttalelsen fra ESA trekker i samme retning, og en rettslig tilpasning til EØS-reglene ble ansett å være uten praktisk realitet. På dette grunnlaget omfattes dermed ikke trekantfusjoner av aksjeloven § 13-25.

Det er i Høringsnotatet foreslått å åpne for skattefrie grenseoverskridende fusjoner innen EØS-området, uten å måtte gå om skatteloven § 11-22. Skattefrihet er imidlertid ikke foreslått for trekantfusjoner med den bakgrunn at Justisdepartementet mener at fusjonsformen er selskapsrettslig tvilsom i EØS-rettslig sammenheng.⁴⁷

3.4 Kravet til lovlig selskapsrettslig og regnskapsrettslig gjennomføring

3.4.1 Innledning

Skatteloven § 11-1 (2) oppstiller et krav om at trekantfusjonen må gjennomføres på en lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler dersom sammenslutningen skal skje uten skattlegging. Etter en naturlig språklig forståelse av skatteloven § 11-1 (2) vil det minste brudd på lovlighetskravet føre til beskatning på selskapsnivå og aksjonærnivå. Lovlighetskravet er av Finansdepartementet gjennom Høringsnotatet foreslått opphevet, men er inntil videre fremdeles aktuelt.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 78 (2006-2007) s. 10.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 78 (2006-2007) s. 10.

⁴⁶ Ot.prp.nr. 78 (2006-2007) s. 10.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 78 (2006-2007) s. 10.

3.4.2 Selskapsrettslig lovlig

Finansdepartementet har i Utv.2003 s.796 lagt til grunn at det etter gjeldende rettstilstand bør praktiseres et vesentlighetskriterium for brudd på selskapsrettslige regler. Spesielt brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler bør ikke føre til konsekvenser for den skattemessige behandlingen av fusjonen. Vilkåret for dette er på sin side at feilen er av en slik art at den ikke kan begrunnes i skattemessige hensyn, og ikke kan medføre selskapsrettslig ugyldighet om den blir påberopt.⁴⁸

Vesentlighetskriteriet er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. Rt.2005 s.86, hvor partenes subjektive forutsetninger ved saksbehandlingen ble vektlagt.

3.4.3 Regnskapsrettslig lovlig

Finansdepartementet legger til grunn at vesentlighetsvurderingen også skal gjelde for regnskapsmessig gjennomføring.⁴⁹

Det påpekes i Høringsnotatet på side 48 at *”det er skattemessig uten betydning om fusjonen (...) regnskapsmessig gjennomføres etter transaksjonsmetoden eller kontinuitetsmetoden. Begge metodene er tillatt, men det er de faktiske forhold i den enkelte transaksjon som avgjør hvilket prinsipp som skal anvendes”*.

Regnskapsføringen er ved gjennomføringen av trekantfusjoner av vesentlig betydning for blant annet verdivurderingen av fusjonsfordringen som oppstår, og den påfølgende kapitalforhøyelsen. Dermed er det nødvendig å redegjøre litt for dette.

Hovedregelen etter regnskapsloven § 4-1 er at *”transaksjoner skal regnskapsføres til verdien av vederlaget på transaksjonstidspunktet”*. Dette kalles transaksjonsprinsippet og går ut på at verdivurderingen av transaksjonens innhold settes til virkelige verdier i regnskapet. En fusjon er i realiteten en verdioverføring, og regnskapsrettslig utgangspunkt blir dermed at transaksjonsprinsippet blir lagt til grunn ved verdivurderingen av det overdragende selskaps eiendeler ved regnskapsføringen.

⁴⁸ Høringsnotat s. 46 jf. Utv.2003 s.796.

⁴⁹ Høringsnotat s. 48.

Reglene om regnskapsføring ved fusjon er nærmere regulert i regnskapsloven § 5-14 og § 5-16, og kan prinsipielt skje på to måter. For det første kan regnskapsføringen skje etter transaksjonsprinsippet som nevnt. For det annet finnes visse unntak som medfører regnskapsmessig kontinuitet ved at balanseførte verdier videreføres i det overtakende selskapet.⁵⁰

Selskapsrettslig sett utgjør verdioverføringen et aksjeinnskudd som gir grunnlag for en kapitalforhøyelse etter aksjeloven kapittel 10, og vil i stor grad utgjøre innskudd med andre eiendeler enn penger, jf. aksjeloven § 10-2, jf. § 2-7. Utgangspunktet etter aksjeloven § 2-7 er at innskudd med andre eiendeler enn penger *”skal vurderes til virkelig verdi på dagen for åpningsbalansen, med mindre det følger av regnskapsloven at innskuddet skal videreføres til balanseførte verdier”*.

Det avgjørende blir dermed om fusjonsformen som gjennomføres etter aksjeloven dekkes av fusjonsbegrepet i regnskapsloven. Det følger av regnskapsloven § 1-9 at fusjon etter aksjeloven § 13-2 omfattes av lovens fusjonsbegrep. En subsumsjon av de faktiske omstendighetene ved fusjonen opp mot regnskapslovens nærmere regulering blir dermed avgjørende for regnskapsrettslig metodevalg.

3.4.3.1 Regnskapsføring etter transaksjonsprinsippet

Regnskapsføring av fusjon etter regnskapsloven § 5-14 første punktum sier at en *”fusjon skal regnskapsføres som egenkapitaltransaksjon med overdratte eiendeler og gjeld som tingsinnskudd i det overtakende foretaket.”* Bestemmelsen utgjør hovedregelen om at fusjoner skal regnskapsføres til virkelig verdi. Dette kan ikke utledes direkte av bestemmelsen, men må ses i sammenheng med transaksjonsprinsippet i regnskapsloven § 4-1 (1) nr 1. Bakgrunnen for denne hovedregelen er at det i forarbeidene er lagt til grunn at en fusjon i *”utgangspunktet består av en overdragelse mot vederlag og dermed er å anse som en transaksjon.”*⁵¹

⁵⁰ NOU 1995: 30 s. 155.

⁵¹ Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) s. 145.

En forutsetning for at fusjonen skal kunne anses som en transaksjon er at det skjer en overføring av verdier mellom to uavhengige parter.⁵² Dette strider på sin side mot kontinuitetstanken i skatte- og selskapsretten ved gjennomføring av skattefrie fusjoner. Men regnskapsrettslig knyttes reglene og behandling av egenkapital i større grad opp mot innhold, ikke form, og dermed skiller man ikke mellom formelle og reelle sammenslåinger av virksomhet.⁵³ Hensynet bak dette er i forarbeidene begrunnet i at et regnskap først og fremst bør ha informative egenskaper.⁵⁴ Regnskapsføring til virkelig verdi innebærer at det skjer en oppskrivning eller nedskrivning av eiendelene i forhold til de balanseførte verdiene i det overdragende selskapet.⁵⁵ Dette øker tilsynelatende utbyttmulighetene, jf. aksjeloven § 8-1. Ettersom det overdragende selskapets regnskapsmessige verdier i sin helhet blir benyttet som aksjeinnskudd i det overtakende selskap, vil imidlertid verdiene som overgår vederlagsaksjenes pålydende, gå til overkursfondet og blir dermed bundet egenkapital.

I forarbeidene til regnskapsloven ble det ansett som særlig viktig at regnskapet får frem at utbyttegrunnlaget ikke øker selv om verdiene blir oppskrevet til virkelig verdi.⁵⁶ En føring av de overskytende verdiene i overkursfondet tilfører dermed kreditorene beskyttelse gjennom kravet om kapitalnedsettelse før verdiene kan deles ut til aksjonærene i etterkant av fusjonen. Baksiden ved dette er at utbyttegrunnlaget reduseres dersom det overdragende selskapet har annen egenkapital og/eller merverdier som før overdragelsen ikke var bundet egenkapital.⁵⁷ Den samlede egenkapitalen som oppstår mellom selskapene kan imidlertid bli høyere på grunn av oppskrivningene enn det som var utgangspunktet.

⁵² At partene er uavhengig vil si at hver av partene ivaretar sine egne interesser gjennom reelle forhandlinger og bytteforhold, jf. Den norske Revisorforening (2007) s. 43.

⁵³ Folkvord (2006) s. 296.

⁵⁴ Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) s. 145.

⁵⁵ Zimmer/BA-HR (2010) s. 625.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) s. 145 jf. Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 116.

⁵⁷ Den norske Revisorforening (2007) s. 52.

3.4.3.2 Regnskapsføring med kontinuitet

Fra utgangspunktet i transaksjonsprinsippet kan det oppstilles tre hovedkategorier hvor regnskapsføringen skal foregå med kontinuitet.⁵⁸ For det første finnes det lovfestede kontinuitetsunntak. For det andre kan det være grunnlag for kontinuitetsgjennomskjæring. Og for det tredje kan det være grunnlag for konsernkontinuitet ved konsernforhold. Regnskapsføring med kontinuitet innebærer at de regnskapsmessige balanseførte verdier av eiendeler og gjeld i den overførte virksomheten videreføres uendret i det overtakende selskapet.⁵⁹

De lovfestede unntakene hjemles i regnskapsloven § 5-14 (1) 2. punktum, og regnskapsloven § 5-16. Etter førstnevnte bestemmelse skal fusjon ved nydannelse *”hvor eiendeler og gjeld i det overtakende foretak som i realiteten må anses som et overtakende selskap, likevel videreføres til balanseførte verdier”*. Bestemmelsen retter seg mot situasjoner hvor to selskap fusjoneres til et nytt selskap. Her er i realiteten begge selskapene overdragende, og i utgangspunktet skal da eiendeler og gjeld i begge selskapene skal føres til virkelig verdi som en følge av transaksjonsprinsippet. Ved en opptakfusjon hvor et selskap fusjoneres inn i et allerede eksisterende selskap er utgangspunktet at kun det overdragende selskapet skal oppskrive sine verdier. En slik forskjellsbehandling kan anses urimelig bestemmelsen er gitt for å sikre likebehandling av opptakfusjoner og fusjoner ved nystiftelse.⁶⁰

Unntaket i regnskapsloven § 5-16 oppstiller en mulighet for regnskapsmessig kontinuitet ved fusjon mellom små foretak. Unntaket er begrunnet i praktiske hensyn, og definisjonen av små foretak fremgår av regnskapsloven § 1-6.⁶¹

Den grunnleggende tanken bak kontinuitetsgjennomføringen vises først i tilfellene hvor det ikke foreligger noen reell regnskapsmessig transaksjon, men kun omorganisering med uendret eierskap. NRS 9 punkt 3.2 Fusjon skiller herunder mellom fusjon med

⁵⁸ Zimmer/BA-HR (2010) s. 623.

⁵⁹ Zimmer/BA-HR (2010) s. 625.

⁶⁰ Zimmer/BA-HR (2010) s. 626.

⁶¹ Ot.prp.nr. 39 (2004-2005) punkt 3.6.6.

identisk eiersammensetning, og fusjoner mellom selskaper under samme kontroll.⁶² Her vil oppskrivning av verdiene gi et misvisende bilde av transaksjonens reelle karakter ettersom kun én eierinteresse er involvert. Konsekvensen blir en kontinuitetsgjennomskjæring, hvilket ikke følger av loven, men er klart forutsatt i forarbeidene og følger av en antitetisk tolkning av regnskapsloven § 4-1.⁶³ En slik kontinuitetsgjennomskjæring kan få store skattemessige konsekvenser for selskapene. Grensene for når transaksjonen skal anses som en omorganisering med uendret eierskap, og når det den skal anses som transaksjon kan være vanskelig å trekke. Dette er et moment som taler for opphevelse av det regnskapsmessige lovlighetskravet.

I tillegg har man tilfellene hvor det overtakende selskapet har bestemmende konserninnflytelse over det overdragende, hvilket føres som kontinuitet med hjemmel i NRS 9 Fusjon punkt 4.1.⁶⁴

4 Eierkontinuitet

4.1 Innledning

En grunnleggende del ved fusjonsinstituttet er at det opprettholdes eierkontinuitet ved overdragelsen. Rettslig utgangspunkt er aksjeloven § 13-2 (1) hvor det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras som helhet, mot at aksjeeierne får et vederlag bestående av aksjer i det overtakende selskapet, alternativt kombinert med et tillegg på opptil 20 prosent av det samlede vederlaget. Dette er et vesentlig selskapsrettslig krav som må oppfylles, jf. skatteloven § 11-1 (2).

Kravet om eierkontinuitet danner skillet mot salg av selskapet og utgjør dermed det grunnleggende selskapsrettslige argumentet for at forpliktelser, eiendeler og rettigheter skal videreføres med kontinuitet. For at eierkontinuiteten skal opprettholdes er det begrensede alternativer til hva fusjonsvederlaget kan bestå av, og hvem det kan ytes fra.

⁶² Se NRS 9 Fusjon punkt 3.2 og Folkvord (2006) s. 302 for nærmere forklaring og grensdragning.

⁶³ NOU 1995: 30 s.161.

⁶⁴ NRS 9 Fusjon punkt 4.1 bruker betegnelsen ”konsernkontinuitet”.

4.1.1 Fusjonsvederlaget

Trekantfusjoner medfører et tilsynelatende brudd i eierkontinuitet ved at det overdragende selskapet og dets aksjonærer skilles. Aksjonærene mottar vederlagsaksjer fra et annet selskap (morselskapet) enn det som overtar verdiene i selskapet som overdras (datterselskapet). Realiteten av eierkontinuiteten avhenger på sin side av bytteforholdet mellom bedriftene som fusjoneres. Dersom det overdragende selskapet er et lite selskap, hvor aksjene som utstedes av det overtakende selskaps morselskap kun utgjør 1 % av det totale eierforholdet, kan eierkontinuiteten anses mer som formalia enn en realitet. Slike forhold gjør seg imidlertid også gjeldende ved topartfusjoner. Dersom det overdragende selskap utgjør 1 % av aksjene i det overtakende selskap, er eierkontinuiteten i stor grad utvannet gjennom sterkt avgrensede muligheter for aksjonærene på generalforsamlingen, jf. aksjeloven kapittel 5.

Ved vurderingen av om trekantfusjoner skulle føre til skattefrihet, påpekte lovgiver at hensynet til innfusjonering i konsern veide tungt.⁶⁵ Det ble uttalt i forarbeidene til skatteloven at *”ved en slik fusjon blir ikke kontinuiteten på eiersiden brutt. Eierkontinuiteten består indirekte ved at eierne i det overdragende selskap får aksjer i morselskapet som på sin side helt ut eller i det vesentlige eier datterselskapet som er overtakende selskap i fusjonsprosessen. Etter aksjeloven §§ 14-1 a annet punktum og 14-10 fjerde ledd [nåværende aksjeloven § 13-2] er det et vilkår for fusjon at morselskapet eier mer enn ni tideler av aksjene i datterselskapet som fusjonerer. Ved en slik ombytting av aksjer kan det oppnås større oversikt over eiersiden i et konsern og strukturmessige fordeler for konsernet, sett i forhold til om eierne av det overdragende selskap skulle motta vederlagsaksjer i fusjonsparten.”*⁶⁶

Ved gjennomføring av trekantfusjoner kan vederlaget selskapsrettslig være aksjer i det overtakende selskaps morselskap, eller i et annet datterselskap, jf. aksjeloven § 13-2 (2). Skattefritaket omfatter imidlertid ikke aksjer i *”et annet datterselskap”*, jf. skatteloven § 11-2 (1).

⁶⁵ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s.14-15.

⁶⁶ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s.15.

Hvem som kan utstede vederlagsaksjene synes selskapsrettslig å bero på om det foreligger et kvalifisert eierskap mellom selskapet som utsteder vederlagsaksjene og det overtakende selskapet, jf. aksjeloven § 13-2 (2).

Avgjørende for skattefritaket blir likevel en tolkning av ordlyden i skatteloven § 11-2 (1) om hva som kan anses som et ”annet datterselskap”.

Gjems-Onstad mener at det skattemessig kun er det øverste selskapet i en kjede som kan anses som et legitimt aksjeutstedende selskap.⁶⁷ Begrunnelsen for dette er at et selskap lavere enn det øverste, har funksjon av å være et datterselskap, og dermed stride mot ordlyden i skatteloven § 11-2.

Et slikt tilfelle var oppe i BFU 34/06 hvor situasjonen var at det skulle utstedes vederlagsaksjer fra et morselskap lenger opp i konsernkjeden, et såkalt ”mormorselskap”. Det ble stilt spørsmål om morselskapets posisjon som øverste konsernspiss var avgjørende. Skattedirektoratet la til grunn at selskapsrettslig tilsier ordlyden i aksjeloven § 13-2 (2) at et hvert konsernselskap kan utstede vederlagsaksjer, det avgjørende er om eierkravet anses oppfylt. Det er således ikke kjedeposisjonen, men den enkelte eierposisjon som er avgjørende. Ordlyden i aksjeloven § 13-2 (2) ble dermed ansett åpen for at morselskapet til det overtakende selskaps morselskap (mormorselskapet) kunne utstede vederlagsaksjer, uavhengig av sin kjedeposisjon.

Skatterettslig ble ordlyden i skatteloven § 11-2 ikke ansett avgjørende for skattefritaket. Det ble vist til begrunnelsen i skattelovens forarbeider som sier at det avgjørende for skattefritak bør være at eierkontinuiteten ikke brytes.⁶⁸ Avgjørende for dette er om det vederlagsutstedende selskapet inngår i kjeden av selskaper som eier det overtakende selskapet.⁶⁹

⁶⁷ Gjems-Onstad (2008) s. 840.

⁶⁸ BFU 34/06 jf. Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 14 flg.

⁶⁹ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 14 flg.

En såkalt ”firkantfusjon” er et eksempel på hva som bryter med kravet fra forarbeidene. Et slikt tilfelle medfører et fullstendig kontinuitetsbrudd ved at det overdragende selskapet vil være avskåret fra enhver innflytelse i det overtakende selskapet.⁷⁰

Eksempelvis, sett at selskap A innfusjoneres i et konsern som består av morselskapet M, og datterselskapene B og C. M har 100 % av aksjene i både B og C. Dersom A overfører sine verdier til B og får vederlagsaksjer av C, mister aksjonærene i A enhver form for kontakt med sine tidligere verdier. Konsernstrukturen er basert på at innflytelsen kun kan utøves indirekte fra morselskapet M som eier alle aksjene i B. For at eierkontinuitet etter skatteloven § 11-2 skal bestå, må aksjonærene i A få aksjer i morselskapet M. Det samme kontinuitetsbruddet gjør seg gjeldende der det overdragende selskapet mottar aksjer i et datterselskap av det overtakende selskapet.

Spørsmålet blir etter dette hvordan fordringen som gir grunnlaget for kapitalforhøyelsen i det vederlagsutstedende selskapet, skal ytes. Dersom et mormorselskap utsteder aksjer, oppstår det et ledd mellom det overtakende selskapet og aksjeutstederen. Spørsmålet er ikke direkte lovregulert, men forenklingshensyn taler for at det kan utstedes en fordring direkte fra mormorselskapet mot det overtakende selskapet. Det kan virke unødig kompliserende om det må utstedes to sett med fordringer, et fra morselskapet mot det overtakende selskapet, og så fra mormorselskapet mot det overtakende selskaps morselskap.

4.1.2 To eller flere aksjeutstedere?

Ved utstedelsen av vederlagsaksjene oppstår spørsmålet om alle vederlagsaksjene må utstedes fra morselskapet, eller om det kan forekomme et såkalt delt vederlag, hvor det utstedes aksjer både fra det overtakende selskapet og dets morselskap.

Skatterettslig kan det av skatteloven § 11-2 ikke direkte utledes hvor mange som kan yte vederlagsaksjer. Det kan derfor være naturlig å ta utgangspunkt i hva som er selskapsrettslig lovlig, jf. skatteloven § 11-1 (2).

⁷⁰ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 14.

Selskapsrettslig utgangspunkt er aksjeloven § 13-2 (2) første punktum som sier at fremfor aksjer i det overtakende selskapet *”kan vederlaget i stedet være aksjer i morselskapet, eller aksjer i et annet datterselskap.”* Ordlyden *”i stedet”* og *”eller”* indikerer at det må foretas et valg om hvilket selskap som skal yte vederlagsaksjene.

Utover dette kan det ikke klart utledes av lovteksten om delt vederlag mellom det overtakende selskapet og dets morselskap er en mulighet.

I tilfellet hvor fordringsmodellen benyttes, oppstiller lovteksten som vilkår at det utstedes en fordring som tilsvarer den egenkapitalen det overtakende selskapet tilføres, jf. aksjeloven § 13-2 (2) annet punktum. Bestemmelsen sier at det kan foretas en kapitalforhøyelse i *”morselskapet eller datterselskapet, og som tilsvarer den egenkapitalen det overtakende selskapet tilføres ved fusjonen.”* At ordet *”eller”* er brukt, indikerer at det må foretas et valg. Giertsen mener imidlertid lovteksten kun regulerer fordringens størrelse, og ikke antall aksjeutstedere.⁷¹ Dette støttes også av Aarbakke m.fl. som sier at vederlaget formentlig kan komme dels fra datterselskapet og dels fra morselskapet.⁷²

Skattedirektoratet kom med en uttalelse i BFU 31/03 om en sak som gjaldt en kombinasjon av trekantfusjon og en topartsfusjon. Det var spørsmål om det kunne ytes delt vederlag etter skatteloven § 11-1 jf. aksjeloven § 13-2 (2). Direktoratet kom til at det er anledning til å yte vederlagsaksjer dels fra det overtakende selskap og dels fra morselskapet ved gjennomføring av en skattefri trekantfusjon. Selskapsrettslig ble det lagt vekt på at det etter aksjeloven av 1976, som i stor grad videreføres i loven av 1997, var adgang til å yte delt vederlag. Uttrykket i aksjeloven av 1997, *”i stedet”* mot 1976 lovens *”også”*, ble ikke ansett for å utgjøre et standpunkt fra lovgiver til spørsmålet om delt vederlag. Dette støttes av Giertsen som påpeker at tilfellet ikke er omtalt i forarbeidene til aksjeloven, og han mener tausheten derfor ikke kan tolkes som et forbud mot delt vederlag.⁷³ Giertsen legger videre til grunn at kreditorinteressene i de

⁷¹ Giertsen (1998) s. 159.

⁷² Aarbakke m.fl. (2004) s. 790.

⁷³ BFU 31/03, jf. Giertsen (1998) s. 160.

aksjeutstedende selskapene ikke krenkes ved delt vederlag ettersom fordringen skytes inn som et aksjeinnskudd.⁷⁴ Til slutt ble det i uttalelsen fra Skattedirektoratet slått fast at tilsvarende disposisjoner kunne oppnås ved alternative fremgangsmåter. Reelle hensyn taler dermed for at fremgangsmåten bør aksepteres. Det ble imidlertid forutsatt at fusjonen for øvrig gjennomføres i overensstemmelse med skatterettslige, regnskapsrettlige og selskapsrettslige regler.

Et viktig selskapsrettslig moment som Giertsen påpeker er at kreditor- og aksjeeierinteressene blir opprettholdt.⁷⁵ Ettersom kreditorene må finne seg i et debitorskifte, bør de ikke komme i en dårligere stilling som følge av fusjonen. Dersom et selskap utsteder vederlagsaksjer uten å få noe igjen, kan det forekomme at formuen synker. En forutsetning bør dermed være at vederlagsaksjene blir utdelt i samme utstrekning som verdiene overføres fra det overdragende selskapet. Eksempelvis sett at det overdragende selskapet er verdt 100, og morselskapet skal yte aksjer verdt 70 og datterselskapet skal yte aksjer verdt 30, må verdiene fordeles deretter. Dette er blant annet lagt til grunn i BFU 43/04.

Forutsetningen for fusjon er i følge aksjeloven § 13-2 (1) at selskapet overtas ”*som helhet*”. Motstykket til dette er fusjon etter aksjeloven kapittel 14, hvor selskapet deles. Fusjonsforholdet tilsier dermed at verdiene i det overdragende selskapet ikke kan deles direkte, men må fordeles gjennom en fordring fra morselskapet mot datterselskapet tilsvarende de verdiene som morselskapet skal yte vederlag for. Dette ble ikke påpekt i uttalelsen, men må innfortolkes i at det forutsettes en gjennomføring i samsvar med de øvrige selskapsrettslige reglene. Fordelingen av aksjene medfører imidlertid at eierkontinuiteten splittes ved at det utdeles aksjer fra to forskjellige skattesubjekter. På den annen side er tilfellet der det delvis utstedes vederlagsaksjer fra det overtakende datterselskapet nærmere en eierkontinuitet enn ved en fullstendig trekantfusjon.

I tillegg tilsier kravet om tilstrekkelig konserninnflytelse at vederlagsaksjene fra det overtakende selskap ikke kan ytes i større omfang enn at det kvalifiserte kravet

⁷⁴ Giertsen (1998) s. 160.

⁷⁵ Giertsen (1998) s. 159.

oppretholdes jf. aksjeloven § 13-2 (2). Det overtakende selskaps morselskap skal i følge bestemmelsen ha ”mer enn 90 prosent av både aksjene og stemmene på generalforsamlingen” i datterselskapet både før og etter trekantfusjonen.⁷⁶

4.1.3 Tilleggsvederlaget

Som en konsekvens av kravet til eierkontinuitet etter aksjeloven § 13-2, er det begrenset adgang til å yte noe annet enn aksjer som vederlag. Dersom man ønsker å gjøre opp fusjonen i andre verdier enn aksjer, er det satt en grense på 20 % av det samlede vederlag, jf. aksjeloven § 13-2 (1) annet alternativ. Ut i fra bestemmelsens ordlyd er det ingen videre definisjon av hva tilleggsvederlaget skal bestå av. Grensen er den samme som fra loven av 1976, hvis forarbeider legger til grunn at vederlaget kan bestå av ”penger eller annet vederlag, f.eks, obligasjoner”.⁷⁷ Dette er også den gjeldende rettsoppfatning i følge Aarbakke m.fl.⁷⁸ Under utarbeidelsen av aksjeloven av 1997 ble det foreslått av Aksjelovutvalget at hele vederlaget skulle kunne ytes som kontanter, men Justisdepartementet ønsket å videreføre den gamle grensen og begrunnet dette i skattemessige hensyn.⁷⁹ Skatterettslig tilstrebes det ved fusjon full eierkontinuitet i form av at alle aksjonærer skal ha like store aksjeverdier før og etter fusjonen.⁸⁰ Dette skulle tilsi at det skatterettslig kreves full eierkontinuitet for å oppnå en skattefri fusjon. Ved lovfesting av regler for skattefri fusjon ble det imidlertid lempet på kravet av hensyn til at bytteforholdet mellom aksjene i overdragende og overtakende selskap skal gå opp.⁸¹ Av den grunn er det et praktisk behov for å kunne yte tilleggsvederlag. Det ble videre utalt at utdeling av tilleggsvederlag ved fusjon i utgangspunktet innebærer et brudd på prinsippet om full eierkontinuitet. Innføringen av grensen på 20 % av det samlede vederlagets omsetningsverdi, ble imidlertid ansett for tilstrekkelig å ivareta hensynet til eiermessig kontinuitet.⁸²

⁷⁶ Giertsen (1998) s. 140.

⁷⁷ Ot.prp.nr. 19 (1974-1974) s. 209.

⁷⁸ Aarbakke m.fl. (2004) s. 789.

⁷⁹ NOU 1996: 3 s. 83-84.

⁸⁰ Zimmer/BA-HR (2010) s. 602.

⁸¹ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

⁸² Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

Det kan ikke utledes direkte av aksjeloven § 13-2 om hvem tilleggsvederlaget kan ytes fra, men det mest naturlige og typiske er at både vederlagsaksjene og tilleggsvederlaget ytes av det overtakende selskapet.⁸³ Etter juridisk teori er det også åpent for det overdragende selskapet å yte tilleggsvederlaget.⁸⁴

I trekantfusjonstilfellet oppstår spørsmålet om det er det overtakende selskapet, eller om det er morselskapet, som er berettiget til å utstede tilleggsvederlaget.

En naturlig konsekvens av det som er redegjort for ovenfor, er at morselskapet som utseder vederlagsaksjene, også utsteder tilleggsvederlaget. Morselskapet erverver jo verdier i form av fordringen som benyttes til kapitalforhøyelse og aksjeutstedelse. Det overtakende selskap erverver i utgangspunktet ingen regnskapsmessige verdier. Verdiene som kommer fra det overdragende selskapet overdras jo direkte til morselskapet gjennom fusjonsfordringen.

Ordlyden i aksjeloven § 13-2 (2) synes imidlertid å begrense mulighetene ved kun å uttrykke at *”vederlaget kan være aksjer i morselskapet”*. Om morselskapet også kan yte tilleggsvederlag er ikke nevnt. Spørsmålet er da om dette skal tolkes antitetisk.

Aksjeloven § 13-2 (2) er i følge lovens forarbeider, en videreføring av den tilsvarende bestemmelsen § 14-1 a i loven fra 1976.⁸⁵ Sistnevnte ble tilført ved en lovendring i 1985 hvor det i forarbeidene uttales at det med bakgrunn i praktiske behov gis et nytt annet punktum i § 14-1 (senere 14-1 a) *”som fastslår at hvor det overtakende selskap tilhører et konsern, kan fusjonsvederlaget til aksjonærene i det overdragende selskap bestå i aksjer i morselskapet, eller slike aksjer med tillegg som ikke overstiger 20 % av det samlede vederlaget”*.⁸⁶

Ettersom morselskapet gjennom fordringsmodellen overtar verdiene i det overdragende selskap, er det også naturlig at dette kan utstede et tilleggsvederlag basert på disse verdiene.

⁸³ Giertsen (1998) s. 121.

⁸⁴ Giertsen (1998) s. 122.

⁸⁵ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 168.

⁸⁶ Ot.prp.nr. 72 (1984-1985) s. 9.

4.1.4 Delt tilleggsvederlag

Som redegjort for under punkt 4.1.2, kan vederlagsaksjene utstedes av både det overtakende selskap og dets morselskap. På bakgrunn av dette er det naturlig å ta stilling til om også tilleggsvederlaget kan ytes fra begge selskap. Et slikt tilfelle ble behandlet i BFU 43/04 som gjaldt en kombinasjon av en regulær trekantfusjon og en regulær topartsfusjon. Skattedirektoratet godkjente delt tilleggsvederlag forutsatt at de overførte verdiene ble fordelt i samme forhold som selskapene utsteder tilleggsvederlag. Dette er i takt med avgjørelsen i BFU 31/03 om at kreditorinteressene ikke skal krenkes.

4.1.5 Beskatning av tilleggsvederlaget

Rettslig utgangspunkt er skatteloven § 11-6 som sier at annet vederlag enn aksjer i det overtakende selskapet beskattes. Vederlag som ikke er aksjer medfører at verdier ikke videreføres i konsernet. Dette representerer et brudd på kontinuitetsprinsippet og bør gi grunnlag for beskatning. I følge forarbeidene følger det av ligningspraksis at tilleggsvederlaget beskattes som utbytte eller realisasjon.⁸⁷

Det avgjørende for grensdragningen er om eiersammensetningen forskyves.⁸⁸ Det vil si at dersom tilleggsvederlaget fordeles likt mellom aksjonærene, slik at aksjonærene ikke får redusert sin forholdsmessige eierandel, beskattes tilleggsvederlaget som utbytte. Vederlaget anses dermed som en vederlagsfri overføring fra selskapet som betaler tilleggsvederlaget.⁸⁹ Dette beskattes som utbytte for aksjonærene etter skatteloven § 10-11 jf. § 10-12.

Selskapsrettslig anses ikke utbetaling av tilleggsvederlag som utbytte, jf. aksjeloven § 3-6. Tilleggsvederlaget er derfor ikke underlagt de samme krav til fri egenkapital som ved utbytte etter aksjeloven § 8-1.

⁸⁷ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 37.

⁸⁸ Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 38.

⁸⁹ Høringsnotat s. 36.

Tilleggsvederlaget anses som realisasjon av aksje dersom det oppstår en skjevfordeling av vederlagsaksjene ved at noen får færre aksjer enn andre. Aksjonærens eierandel blir dermed redusert og beskattes som realisasjon av aksje etter skatteloven §§ 10-30 flg. Ved avgjørelsen av hvilke aksjer som anses realisert får det såkalte FIFU-prinsippet anvendelse, jf. skatteloven § 10-36. FIFU står for ”først inn, først ut” og innebærer at den aksjen som anses for å være først anskaffet, også skal anses for å være realisert først.

For selskapsaksjonær kommer fritaksmetoden etter skatteloven § 2-38 til anvendelse både ved utbytte og realisasjon.

5 Skattemessig kontinuitet

5.1.1 Innledning

Skattemessig kontinuitet innebærer at skatteposisjonene overføres fra det overdragende til det overtakende selskap, og at aksjonærene i det overdragende selskapet beholder sine verdier og skatteposisjoner i form av nye aksjer.

5.1.2 Kontinuitet på selskapsnivå

Rettslig utgangspunkt for skattemessig kontinuitet på selskapsnivå er skatteloven § 11-7 (1). Bestemmelsen medfører at det overtakende selskapet må videreføre sine egne og overta det overdragende selskaps skattemessige inngangsverdier og ervervstidspunkter for de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres. Som en konsekvens av dette anses ingen eiendeler for å bli realisert, hvilket medfører at det ikke foreligger oppskrivningsrett eller nedskrivningsplikt av de skattemessige verdiene. Avskrivningsgrunnlaget kan dermed verken økes eller reduseres som motsetningsvis er utgangspunktet ved skattemessig realisasjon, jf. skatteloven kapittel 14.

I tillegg skal det overdragende selskaps øvrige skatteposisjoner overtas på samme måte uendret av det overtakende selskap. Med øvrige skatteposisjoner menes skatteposisjoner

som ikke er knyttet til spesielle eiendeler, eksempelvis gevinst og tapskonto, negativ saldo og fremførbart underskudd.⁹⁰

Fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet uavhengig av regnskapsføringen. Dersom fusjonen skjer med regnskapsmessig kontinuitet er de skattemessige verdiene og de regnskapsmessige verdiene sammenfallende. Men dersom fusjonen gjennomføres med regnskapsmessig diskontinuitet etter transaksjonsprinsippet, kan dette medføre en midlertidig resultatforskjell mellom de skattemessige og regnskapsmessige verdiene.

5.1.3 Kontinuitet på eiernivå

Rettslig utgangspunkt for skattemessig kontinuitet på eiernivå er skatteloven § 11-7 (2). Bestemmelsen medfører at inngangsverdien og ervervstidspunktet for vederlagsaksjene i det overtakende selskap, settes lik inngangsverdien og ervervstidspunktet for aksjene man avstår i det overdragende selskapet. På denne måten oppstår det ingen skift i skatteposisjonene, og full kontinuitet oppfylles ved at latent tap og gevinst føres videre. Man kan si at ”hele historikken” til hver enkelt aksje videreføres.⁹¹

Fritaksmetoden i skatteloven § 2-38 og aksjonærmodellen i skatteloven § 10-11 jf. § 10-12 medfører at reglene i § 11-7 (2) får ulik betydning for henholdsvis selskapsaksjonærer og personlige aksjonærer. Ettersom fritaksmetoden medfører svært liten skattlegging ved realisasjon og utbytte av aksjer for selskapsaksjonærene, samt at fradrag ved tap ikke gis, er naturligvis inngangs- og utgangsverdi av mindre betydning for disse. For de personlige aksjonærene derimot, er inngangs- og utgangsverdien av relativt stor betydning med tanke på fremtidig beregning av gevinstbeskatning og fradrag for tap.

Resultatet skal bli at den samlede inngangsverdien på vederlagsaksjene blir lik den samlede inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet. Utgangspunktet er at alle skatteposisjoner aksjonæren hadde i tilknytning til sine aksjer i det overdragende selskapet, skal overføres til vederlagsaksjene som utstedes av det overtakende selskaps

⁹⁰ Zimmer/BA-HR (2010) s. 614.

⁹¹ Gjems-Onstad (2008) s. 847.

morselskap. Dette medfører at antallet aksjer som overføres er av betydning. Er det like mange aksjer i det overdragende selskapet som det er antall aksjer som utstedes av det overtakende selskaps morselskap, videreføres verdien på den enkelte aksje. I det tilfellet hvor det utstedes færre eller flere vederlagsaksjer, må inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet omfordes forholdsmessig på vederlagsaksjene.⁹²

Ettersom det skal opprettholdes full kontinuitet, må alle elementer av inngangsverdien i det overdragende selskapet omfordes, jf. skatteloven § 10-34 (1) d). Etter bestemmelsens innhold omfatter dette ”kostpris og skjerming for aksjene”. Etter skatteloven § 10-11 (2) omfattes også innbetalt aksjekapital og overkurs, ettersom dette har betydning for utbyttreglene.

På bakgrunn av at aksjene kan være ervervet til forskjellig tidspunkt, resulterer forutsetningen for kontinuitet i at det ikke kan foretas en gjennomsnittsberegning som kan fordeles på hver enkelt aksje. I tillegg kan det hende bytteforholdet ikke går opp, hvilket medfører at aksjer må deles.

Sett at en aksjonær har 4 aksjer i det overdragende selskap hvor 2 av aksjene var ervervet i 2006 til en inngangsverdi på 5, og 2 av aksjene var ervervet i 2008 til en inngangsverdi på 8. Som et resultat av fordeling av vederlagsaksjene som mottas fra det overtakende selskaps morselskap, skal aksjonæren motta 5 aksjer. Ettersom antallet aksjer er ulikt, må den siste aksjen deles opp for å få bytteforholdet til å gå opp med kontinuitet. Aksjonæren skal motta aksjer til en verdi av 26. Settes bytteforholdet til en inngangsverdi på 5 pr aksje vil bytteforholdet bli for lavt ettersom $(5 \times 5 = 25)$. Settes inngangsverdien til 8 pr aksje blir bytteforholdet for høyt $(5 \times 8 = 40)$. Inngangsverdien på de 5 vederlagsaksjene blir da $(4/5 \text{ av } 5 = 4)$ for de to aksjene som var ervervet i 2006. For de to aksjene ervervet i 2008 blir verdien på vederlagsaksjene $(4/5 \text{ av } 8 = 6,4)$. Den siste vederlagsaksjen må deles, og verdien blir dermed det resterende beløpet $(5 \times 2)/5 + (8 \times 2)/5 = 5,2$, denne anses ervervet med en halvdel i 2006 og en halvdel i 2008. Bytteforholdet går dermed opp ettersom $(2 \times 4) + (2 \times 6,4) + (5,2) = 26$.

⁹² Zimmer/BA-HR (2010) s. 611.

Ved realisasjon får FIFU-prinsippet etter skatteloven § 10-36 anvendelse.

6 Fordringsmodellen

6.1 Innledning

For at morselskapet skal kunne utstede aksjer til det overdragende selskap kreves det normalt en kapitalforhøyelse i morselskapet. En kapitalforhøyelse finansieres normalt ved nytegning av aksjer eller gjennom en fondsemissjon. Et tredje alternativ som ikke krever finansiering er å bruke egne aksjer dersom selskapet har en stor nok beholdning.

Lovteksten på sin side peker på kapitalforhøyelse ved nytegning, hvor det overtakende selskapet utsteder en fordring som nyttes til aksjeinnskudd i morselskapet. Dette er kjent som ”fordringsmodellen”, og lovgiver har lagt til grunn at modellen gir den mest riktige beskrivelse av den økonomiske realiteten i en trekantfusjon.⁹³ Bakgrunnen for modellen var forandringen av regnskapsloven av 1977, som til da hadde gitt mulighet til å gjennomføre den nødvendige kapitalforhøyelsen ved en regnskapsmessig oppskrivning av verdien av morselskapets aksjer i datterselskapet (det overtakende selskapet).⁹⁴ Ettersom datterselskapet tilføres verdier ved overtakelsen av det overdragende selskapet, øker også verdien av morselskapet aksjer i datterselskapet.⁹⁵

Adgangen til regnskapsmessig oppskrivning falt bort etter endring av regnskapsloven med den begrunnelse at oppskrivning ikke er i samsvar med transaksjonsprinsippet om at virkelige verdier skal legges til grunn, men baserer seg for mye på den regnskapspliktiges subjektive vurderinger.⁹⁶ På bakgrunn av endringene i regnskapsloven ble det vedtatt endringer i aksjeloven av 1997 som førte til at konsernfusjoner skulle kunne gjennomføres ved etablering av et fordringsforhold mellom mor- og datterselskapet som vederlag for de aksjer som ble utstedt av

⁹³ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 19.

⁹⁴ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 17.

⁹⁵ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 17.

⁹⁶ Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) s. 120.

morselskapet.⁹⁷ Et sentralt hensyn var her at dersom fondsemisjon skulle være den eneste løsningen for kapitalforhøyelsen, var det *”ikke lenger noen sammenheng mellom verdiøkningen i datterselskapet og aksjeutstedelsen i morselskapet”*.⁹⁸ Grunnen til dette er at ved en fondsemisjon må selskapet ta av sine egne midler for å utføre en kapitalforhøyelse. Etersom verdiene fra det overdragende selskapet tilføres datterselskapet, kommer det ikke inn eksterne verdier til morselskapet som gir grunnlag for kapitalforhøyelsen. Morselskapet vil dermed tappe seg selv ved å utstede aksjer til det overdragende selskapet uten å få skutt inn gjengjeldende midler. Det samme gjelder der morselskapet utsteder egne aksjer fra en egen beholdning.

Utstedelsen av en fordring som aksjeinnskudd ble dermed ansett som den beste løsningen under den forutsetning at fordringen måtte tilsvare den egenkapitalen det overtakende datterselskapet ble tilført ved overtakelsen. Det ble i forarbeidene begrunnet med at *”dersom fordringen tilsvare den egenkapitalen det overtakende datterselskapet tilføres ved overtakelsen av det overdragende selskapet, skulle det tilsi at det i prinsippet ikke finner sted noen endring av verdiene i datterselskapet. Morselskapets aksjer i datterselskapet endrer dermed heller ikke verdi. De verdier som ligger i det overdragende selskapet, blir derimot tilført morselskapet ved fordringen på datterselskapet, og disse verdiene gir grunnlaget for aksjeutstedelsen i morselskapet.”*⁹⁹

6.2 Fordringens pålydende

Fordringens pålydende har betydning ikke bare for kapitalforhøyelsen i morselskapet, men også i forhold til en eventuell skattepliktig realisering av fordringen i etterkant. Sistnevnte blir behandlet under punkt 6.5 flg.

Etter aksjeloven § 13-2 (2) annet punktum skal fordringen tilsvare den egenkapital som det overtakende selskapet tilføres ved fusjonen. Det fremgår av forarbeidene at det siktes til den balanseførte egenkapitalen som reguleres av regnskapsloven.¹⁰⁰ Dette er

⁹⁷ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 18, jf. NOU 1995:30 s. 161.

⁹⁸ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 18.

⁹⁹ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 18.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 28.

også lagt til grunn i BFU 56/03 og støttes av juridisk litteratur.¹⁰¹ På denne bakgrunn anses fastsettelsen av fordringens størrelse etter regnskapsloven som preseptorisk.

Regnskapsrettslig utgangspunkt er regnskapsloven § 5-14 hvor fusjoner regnskapsføres som en egenkapitaltransaksjon med overdratte eiendeler og gjeld som tingsinnskudd i det overtakende foretaket. Utgangspunktet modifiseres i tilfellene hvor fusjonen regnskapsrettslig ikke anses som en egenkapitaltransaksjon, men som en omorganisering med uendret eierskap.¹⁰² På denne bakgrunn avhenger verdien av fordringen av hvilken regnskapsføring som benyttes.

Dersom fusjonen regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet, er egenkapitalen målt etter virkelig verdi og egenkapitalen målt etter bokført verdi sammenfallende. Gjennomføres fusjonen med regnskapsmessig kontinuitet, kan derimot fordringens pålydende kunne variere fra den virkelige verdien av eiendelene som overføres.

Folkvord påpeker at i tilfeller hvor fordringens verdi settes lavere enn virkelig verdi av egenkapitalen som overføres, overføres i realiteten verdier fra morselskapet til datterselskapet.¹⁰³ Datterselskapet mottar verdier ved fusjonen som i realiteten er høyere enn verdiene som videreføres til morselskapet via fordringen. I dette tilfellet oppfylles ikke fordringsmodellens formål om videreføring av nettoverdiene fra datterselskapet til morselskapet. Reelt sett er forholdet uproblematisk ettersom differansen likevel tilfaller morselskapet ved at aksjene i datterselskapet øker tilsvarende i verdi.¹⁰⁴ Forandringen av regnskapsreglene har imidlertid komplisert situasjonen. Ettersom man ikke lenger kan skrive opp aksjenes verdi kan forholdet føre til en underdekning ved tegningen av vederlagsaksjene.

Et grunnleggende selskapsrettslig krav for tingsinnskudd er at det skal gi en reell dekning for kapitalforhøyelsen, jf. aksjeloven § 2-6 jf. § 10-2. Risikoen for at

¹⁰¹ Se Giertsen (1998) s. 146 og Folkvord (2006) s. 201 flg.

¹⁰² Se oppgavens punkt 3.4.3 flg. jf. Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 28.

¹⁰³ Folkvord (2006) s. 200.

¹⁰⁴ Folkvord (2006) s. 200.

morselskapet ikke anses å ha blitt tilført tilstrekkelig med verdier i forhold til det nødvendige antall vederlagsaksjer som skal ytes, kan dermed oppstå ved gjennomføring til regnskapsmessig kontinuitet.

Eksempelvis sett at det overdragende selskap har en virkelig verdi på 5 millioner med en aksjekapital på 500.000. Verdiene er fordelt på 100 aksjer pålydende 5000 per aksje. Det overtakende selskaps morselskap har en virkelig verdi på 10 millioner med en aksjekapital på 1 million. Verdiene er fordelt på 100 aksjer pålydende 10.000 per aksje. Verdsettelsen av vederlagsaksjene og eventuelt tilleggsvederlag, baseres på aksjenes omsetningsverdi.¹⁰⁵ Bytteforholdet blir 2:1 hvor det overdragende selskapets aksjonærer skal motta aksjer til en verdi på 5 millioner. I dette tilfellet utstedes det 50 aksjer pålydende kroner 10.000 per aksje. Forholdet tilsier en kapitalforhøyelse på 500.000 i morselskapet. Dersom den regnskapsmessige verdien av det overdragende selskapets egenkapital er på 450.000 vil det mangle 50.000 for å dekke kapitalforhøyelsen i morselskapet. Ettersom verdsettelsen av fordringen etter regnskapsloven er preseptorisk, er det ikke adgang til å forhøye fordringens verdi etter behov. Problemet med underdekning kan løses gjennom et tilleggsvederlag, men da med krav om tilstrekkelig kreditorbeskyttelse.¹⁰⁶

En annen løsning er en kapitalnedsettelse i morselskapet før fusjonen etter aksjeloven kapittel 12. Fra eksempelet over dekker ikke fordringens regnskapsmessige verdi den påkrevde kapitalforhøyelsen. Forutsatt at forholdene ligger til rette for en kapitalnedsettelse, kan det gjennomføres en forberedende kapitalnedsettelse i morselskapet til 800.000, med den effekt at gjennomføringen av fusjonen kun krever en kapitalforhøyelse på 400.000 i morselskapet.¹⁰⁷ En slik kapitalforhøyelse dekkes av

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 37 oppstiller denne verdsettelsesnormen som anses å være i takt med gjeldende rett, jf. Høringsnotatet s. 35. Omsetningsverdien per aksje er selskapets reelle verdi delt på antall aksjer. Én aksje i mor er verdt $10 \text{ mill}/100 = 100.000$, én aksje i det overdragende selskap $5 \text{ mill}/100 = 50.000$. Aksjonærene i det overdragende selskapet skal tilføres verdier tilsvarende de som overdras.

¹⁰⁶ Se oppgavens punkt 4.1 flg.

¹⁰⁷ Virkelig verdi av selskapene er fremdeles 2:1, kapitalforhøyelsen baserer seg på aksjekapitalen, ikke omsetningsverdien. $2:1$ av aksjekapitalen er $800.000/2 = 400.000$.

fusjonsfordringen og det overskytende beløp på 50.000 overføres med kontinuitet. Summen på 200.000 som nedsettes fra morselskapets aksjekapital kan for eksempel overføres til annen egenkapital for å øke selskapets fremtidige utbyttegrunnlag, jf. aksjeloven § 12-1. Beløpet fra kapitalnedsettelsen kan alternativt benyttes på andre måter, eksempelvis til utdeling til aksjeeierne, jf. aksjeloven § 12-1, men da med skattemessige konsekvenser jf. skatteloven § 10-11 jf. § 10-12. Sistnevnte vil også få konsekvenser for bytteforholdet, da en utdeling på 150.000 reduserer verdien i morselskapet tilsvarende.

En kapitalnedsettelse tar imidlertid lang tid å utføre rent selskapsrettslig. En tredje løsning kan dermed være å avtale en rente på fordringen.¹⁰⁸ Det kan imidlertid oppstå et problem dersom renten overstiger markedsrenten og blir ansett som utbytte fra datterselskapet til morselskapet.¹⁰⁹

6.3 Er fordringsmodellen obligatorisk?

Ettersom fordringsmodellen er spesielt tilpasset trekantfusjoner, reiser spørsmålet seg om modellen er enerådende. Problemstillingen blir her om vederlagsaksjene kan ytes etter de alminnelige alternativene ved fondsemisjon eller ved beholdning av egne aksjer, og likevel oppnå skattefritak.

Ettersom fusjonsinstituttet har både selskaps-, regnskaps-, og skatterettslige sider, må løsningen bero på de kravene disse reglene oppstiller.

Skatterettslig er kontinuitetskravet ved fusjon regulert i skatteloven § 11-7. Det er gjennom Høringsnotatet foreslått en lovfestet regulering av tilfellene hvor fusjon skjer etter aksjeloven § 13-2 (2) med følgende ordlyd: *"Ved fusjon i konsern etter aksjeloven (...) § 13-2 (2) (...), der vederlaget er aksjer i det overtakende selskaps morselskap, og der kapitalforhøyelsen i morselskapet gjennomføres ved at en fordring utstedt av overtakende selskap nyttes som aksjeinnskudd, skal skattemessig verdi på fordringen settes lik skattemessig verdi av egenkapitalen (...)"*.

¹⁰⁸ Giertsen (1998) s. 150.

¹⁰⁹ Giertsen (1998) s. 150.

Etter bestemmelsens ordlyd er det kun den skattemessige verdien av fordringen som foreslås lovregulert i de tilfeller fusjonen faktisk gjennomføres ved bruk av fordringsmodellen. Utover dette kan det ikke utledes av forslaget at fordringsmodellen skal anses obligatorisk ved trekantfusjoner.

Forutsetningen for en skattefri trekantfusjon beror på om *”fusjonen gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler”* jf. skatteloven § 11-1 (2). Dette kravet er som sagt modifisert, og foreslått endret, men etter dagens rettstilstand må vesentlighetskriteriet legges til grunn.

Det selskapsrettslige utgangspunkt er aksjeloven § 13-2 (2), som sier at kapitalforhøyelsen *”kan”* skje etter fordringsmodellen. Med utgangspunkt i ordlyden tyder dette på at modellen ikke er obligatorisk. Dette støttes av forarbeidene som sier at *”den nødvendige kapitalforhøyelsen i morselskapet, eventuelt datterselskapet, kan gjennomføres ved at en fordring på datterselskapet benyttes som aksjeinnskudd (...)”* (min utheving).¹¹⁰

Forarbeider og juridisk teori fremhever at fordringsmodellen ble innført på bakgrunn av en regnskapsfaglig oppfatning om at dette gir den riktige beskrivelsen av den økonomiske realiteten i trekantfusjon.¹¹¹ Men Giertsen påpeker at ettersom denne oppfatningen ikke ble uttrykt i aksjeloven ordlyd eller forarbeider som et standpunkt til selskapsrettens grense for disposisjonsretten, kan en slik regnskapsfaglig oppfatning ikke få avgjørende vekt ved tolkingen av aksjeloven.¹¹² Etter den alminnelige rettskildelæren må dermed ordlyden tillegges avgjørende vekt, og konklusjonen blir at selskapsrettslig er ikke fordringsmodellen obligatorisk. Konklusjonen støttes også av Justisdepartementets lovavdeling samt Aarbakke m.fl.¹¹³

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 20.

¹¹¹ Giertsen (1998) s. 155, jf. Folkvord (2006) s. 194, jf. Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 19.

¹¹² Giertsen (1998) s. 155.

¹¹³ Høringsnotatet s. 49.

Det avgjørende blir da om fordringsmodellen kan anses regnskapsrettslig obligatorisk. Det regnskapsrettslige utgangspunkt er regnskapsloven § 5-14 hvor en *”fusjon skal regnskapsføres som egenkapitaltransaksjon med overdratte eiendeler og gjeld som tingsinnskudd i det overtakende foretaket”*. Ut i fra utgangspunktet om transaksjonsprinsippet følger det unntak i § 5-14 annet punktum jf. § 5-16 som krever gjennomføring med regnskapsrettslig kontinuitet. Det kan verken fra utgangspunktet i § 5-14 eller unntakene utledes direkte om fordringsmodellen skal anvendes eller ikke. Regnskapsføring etter fordringsmodellen var tidligere inntatt i regnskapsloven § 5-14 (2), men ble fjernet ved lovendringen i 2005. Det ble i NOU 2003:23 punkt 12.2 side 230, lagt til grunn at det ikke var nødvendig med en særskilt regel for trekantfusjoner. Dette ble fulgt opp Ot.prp.nr.39 (2004-2005) punkt 3.6.6 side 67, hvor det ble konkludert med at regnskapsføring av trekantfusjoner kan *”utledes av generelle regler og utdypes ved god regnskapsskikk”*. Denne endringen taler for at det regnskapsrettslig er åpent for andre former for kapitalforhøyelse. Hva som skal anses som regnskapsrettslig lovlig blir etter dette å vurdere ut fra hva som anses som god regnskapsskikk. En slik vurdering krever inngående innsikt i regnskapsregler og regnskapsføring og vil ikke bli tatt stilling til i denne oppgaven.

Svaret om fordringsmodellen må anses som obligatorisk må stå åpent inntil det nye lovforslaget skulle komme med en løsning, eller om andre alternativer anses å være i takt med god regnskapsskikk.¹¹⁴

6.4 Fordringen som aksjeinnskudd

Rettslig utgangspunkt etter aksjeloven § 2-4 jf. § 2-7 jf. § 10-12 er at et aksjeinnskudd må gjøres i penger, eller eiendeler som kan balanseføres etter regnskapsloven. Etter regnskapsloven § 6-2 B III kan fordringer balanseføres som eiendeler. Fordringen må imidlertid bestå av realobjekter eller finansobjekter. Rene arbeidsprestasjoner og usikre fremtidige ytelser kan derfor ikke benyttes, jf. aksjeloven § 2-7 annet punktum. Utover dette er det i utgangspunktet avtalefrihet om hva som kan skytes inn. Med mindre det

¹¹⁴ Se Folkvord (2006) s. 207 flg. for regnskapsmessig drøftelse.

finnes preseptoriske unntak i lov eller andre rettskilder, må avtalefriheten også anses å gjelde for fordringens innhold.¹¹⁵

Justisdepartementets lovavdeling har uttalt at det må tas forbehold for tilfeller der aksjetegneren selv står som skyldner for fordringen.¹¹⁶ En slik tegning er etter aksjeloven § 2-18 jf. § 10-9 (2) i strid med lovens system om at aksjeinnskudd skal ytes i nærmest umiddelbar tilknytning til stiftelsen og kapitalforhøyelsen. Lovavdelingen påpeker at dersom man tillater en aksjetegner å gjøre opp aksjeinnskudd med en fordring på seg selv, åpnes det i realiteten for et system med at selskap kan tilkalle aksjekapital etter behov.¹¹⁷ Dette kan føre til usikkerhet blant selskapets kreditorer, som i et slikt tilfelle må forholde seg til eiernes formuesstilling fremfor selskapets. En slik fordring kan i tillegg anses å være i strid med aksjeloven § 8-10, hvor et selskap ikke kan *”stille midler til rådighet eller yte lån (...) i forbindelse med erverv av aksjer (...) i selskapet eller selskapets morselskap.”* Ettersom fordringsmodellen nå er lovfestet, må modellen anses som et unntak fra aksjelovens utgangspunkt, i form av å være lex specialis. Dette forutsettes også i forarbeidene hvor det påpekes at *”det er lite tvilsomt at en lovbestemmelse som uttrykkelig tillater bruk av fordringsmodellen, går foran forbudet i § 8-10.”*¹¹⁸

6.5 Skattemessig behandling av fordringen

6.5.1 Innledning

Ved gjennomføring av trekantfusjoner oppstår spørsmålet om hvordan fordringen som etableres etter fordringsmodellen skal behandles skattemessig. Per dags dato er ikke spørsmålet regulert i loven, men er blitt løst på bakgrunn av de grunnleggende forutsetningene om skattemessig kontinuitet som reguleres av reglene om topartsfusjoner.¹¹⁹

¹¹⁵ Giertsen (1998) s. 146.

¹¹⁶ Lovavdelingen jnr. 97/5351 E av 26. mai 1997.

¹¹⁷ Lovavdelingen jnr. 97/5351 E av 26. mai 1997.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) s. 20.

¹¹⁹ Høringsnotat s. 49, se Utv.2003 s.1282 og Utv.2005 s.373.

Det vil si at skatteloven § 11-7 har blitt lagt til grunn med den konsekvens at det oppstilles en rett og plikt til skattemessig kontinuitet. Kravet til skattemessig kontinuitet må dermed føre til at verdiene i det overdragende selskapet i sin helhet tilføres det overtakendes selskap morselskap, dersom dette skal utstede vederlagsaksjene.

Utgangspunktet er her som ved topartfusjoner, at det overdragende selskap og det overtakende selskap samlet sett skal stå i samme skattemessige stilling etter gjennomføring av fusjonen. Resultatet man vil frem til er det som sikrer best mulig skattemessig kontinuitet i samsvar med fusjonsinstituttets utgangspunkt.

6.5.1 Skattemessig verdi av fordringen

De skattemessige verdiene overføres fra det overdragende selskapet til det overtakende selskaps morselskap via fusjonsfordringen. Verdifastsettelsen av denne utgjør grunnlaget for de skattemessige virkningene av trekantfusjonen, og får betydning på spesielt to hold. For det første har den betydning for muligheten for utbytteutdeling og tilbakebetaling av aksjeinnskudd fra morselskapet. For det andre har den betydning for et potensielt fradrag for tap eller gevinstbeskatning ved realisasjon av fusjonsfordringen.

I forbindelse med behandling av søknader om skattefritak ved konvertering av fusjonsfordringer til aksjekapital, har det oppstått en praksis hvor Finansdepartementet har lagt til grunn at skattemessig verdi på fusjonsfordringen skal tilsvare skattemessig verdi av den egenkapital som overføres ved fusjonen.¹²⁰ Gjennom Høringsnotatet er denne praksisen nå foreslått lovregulert som en generell standard ved vurderingen av fordringens skattemessige verdi. Det som tilstrebes er å sikre skattemessig kontinuitet og likebehandling med topartsfusjoner.¹²¹

For å oppnå skattemessig kontinuitet er det blitt lagt til grunn at fordringens skattemessige verdi settes lik den netto skattemessige egenkapital som er overdratt til

¹²⁰ Høringsnotatet s. 49-50.

¹²¹ Høringsnotatet s 51.

det overtakende selskapet. Med netto skattemessig egenkapital menes ifølge Finansdepartementet *”den egenkapitalstørrelse som beregnes på bakgrunn av de skattemessige verdier av aktiva- og gjeldsposter (...) som overføres. Beløpmessig vil den skattemessige egenkapital som overføres tilsvare den regnskapsmessige egenkapital som overføres justert for den beregnede egenkapitalandel av eventuelle netto midlertidige forskjeller som overføres/etableres hos overtakende selskap”*.¹²²

Den grunnleggende tanken bak denne verdsettelsesnormen er at ettersom den regnskapsmessige verdien av eiendelene som blir overført ofte er høyere enn den skattemessige verdien, vil den ubeskattede kapitalen som overføres til det overtakende selskapet reflekteres i fordringen. Ubeskattet kapital utgjør de midlertidige forskjeller som foreligger mellom de regnskapsmessige og skattemessige verdiene som overdras. Skattemessig kontinuitet sikres dermed ved at den ubeskattede kapitalen i datterselskapet, ikke kan deles ut fra morselskapet uten at dette gir grunnlag for korreksjonsinntekt, og dermed blir gjenstand for beskatning.¹²³ Fordringens skattemessige verdi er videre foreslått å holdes konstant på bakgrunn av at det blir for komplisert å endre verdiene som fordringen baserer seg på, i takt med endringene i midlertidige forskjeller på eiendelene som overføres.¹²⁴

Overnevnte er etter Høringsnotatet foreslått i et nytt annet ledd i nåværende sktl. § 11-7 med følgende ordlyd: *”Ved fusjon i konsern etter aksjeloven og allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd (...) der vederlaget er aksjer i overtakende selskaps morselskap, og der kapitalforhøyelsen i morselskapet gjennomføres ved at en fordring utstedt av overtakende selskap nyttes som aksjeinnskudd, skal skattemessig verdi på fordringen settes lik skattemessig verdi av egenkapitalen som overføres ved fusjonen (...).”*

Behovet for lovregulering av den skattemessige verdsettelsen av fordringen ble fremstilt allerede i Ot.prp.nr.1 (1998-1999). Proposisjonen tok for seg blant annet tilpasninger for trekantfusjoner til de den gang nye regnskaps-(av 1999) og aksjelovgivning (av 1997).

¹²² Utv.2005 s.373.

¹²³ Høringsnotatet s. 51.

¹²⁴ Høringsnotatet s. 51.

Det ble fremstilt et eksempel på side 55 i proposisjonen som kan tolkes i retning av at den skattemessige verdien av fusjonsfordringen skal tilsvare regnskapsmessig verdi. Eksempelet var følgende:

”Ved en skattefri konsern fusjon (...) mottar det overtakende datterselskap et driftsmiddel med regnskapsmessig (virkelig) verdi lik 150, og skattemessig verdi lik 50. Det er med andre ord en positiv midlertidig forskjell på 100 knyttet til driftsmiddelet, med en tilhørende utsatt skatteforpliktelse på 28. Datterselskapet tilføres således en regnskapsmessig egenkapital på $150 - 28 = 122$, som igjen skal tilsvare den fordring som etableres mot datterselskapet, og som skal anvendes ved kapitalforhøyelsen i morselskapet. For morselskapet vil fordringen ha regnskapsmessig/virkelig og skattemessig verdi lik 122. Den midlertidige forskjell mellom regnskapsmessige og skattemessige verdier på datterselskapets hånd (100), elimineres hos morselskapet. Dette kan blant annet få betydning for morselskapets mulighet til å realisere fordringen uten beskatning og for utdeling av utbytte uten at utdelingen medfører plikt til å inntektsføre korreksjonsinntekt (...) Dersom innskuddet av fordringen på 122 mot datterselskapet også anses som skattemessig innbetalt kapital i morselskapet, vil dette ha betydning for morselskapets adgang til å foreta en tilsvarende skattefri tilbakebetaling til aksjonærene.”

Eksempelet viser at fordringens skattemessige verdi settes lik den regnskapsmessige verdien, med fradrag for den utsatte skatteforpliktelsen. I det følgende ser det ut til at Finansdepartementet fraviker eksempelet ved å sette den skattemessige verdien av fordringen lik den skattemessige egenkapitalen, i eksempelet tilsvarende 50. Ved realisasjon utløser dette en skatteplikt på differansen mellom fordringens utgangsverdi og inngangsverdi. Inngangsverdien er skattemessig verdi på 50 og utgangsverdien er fordringens pålydende på 150. Det oppstår et skattepliktig beløp på 100, hvor 28 blir trukket til beskatning. I sum blir resultatet det samme, men beskatningen blir beregnet først ved en eventuell realisasjon eller ved utdeling av utbytte, i motsetning til eksempelet hvor beskatningen blir beregnet når fordringen oppstår. Dersom skattemessig kontinuitet skal tilstrebes fullt ut, tilsier det at fordringen må få forskjellig skattemessig og regnskapsmessig verdi.

Finansdepartementet varslet en nærmere vurdering av fordringsmodellen som ble foretatt i høringsnotat av 21. oktober 1998. Det ble påpekt i notatets punkt 1.1 at *”de lovendringer som foreslås innebærer etter departementets oppfatning kun presiseringer av hva som kan utledes som gjeldende rett.”*

Deretter redegjøres det for at fordringens skattemessige verdi må settes lik den skattemessige verdi av egenkapitalen som overdras.¹²⁵ Det uttales at *”de skattemessige verdier på gjelden/fordringen må fastsettes uavhengig av den regnskapsmessige verdsettelse av gjeldsposten hos det overtakende selskap og av fordringen, d.v.s. det beløp gjelden/fordringen faktisk lyder på.”* Begrunnelsen for dette var at en *”tolkning av det skattemessige kontinuitetskrav (...) medfører med andre ord at den skattemessige egenkapital som er overført fra overdragende selskap, i sin helhet skal videreføres hos det overtakende selskapet.”* En slik verdifastsettelse fører til at aksjonærene i det overdragende selskapet gjennom vederlagsaksjer i morselskapet kommer i samme posisjon med hensyn til utbyttebetalinger, korreksjonsinntekt og tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.¹²⁶ Dermed forekommer det ikke skattemessige vridninger ved omorganiseringen, og forholdet mellom morselskapet og aksjonærene blir som om morselskapet var det overtakende selskapet.¹²⁷

Forslaget fra 1998 ble ikke fremmet som odelstingsproposisjon (i dag stortingsproposisjon), og dermed ikke vedtatt.¹²⁸ Ettersom forslaget ikke resulterte i en lovendring, kan det ikke tillegges noen rettskildemessig verdi som forarbeider. Uttalelsene setter imidlertid lys på hva som ble ansett som den daværende rettstilstanden, og viser grunnlaget for den praksis Finansdepartementet ønsker å lovfeste. Det er tydelig at skattemessig kontinuitet vektlegges ved at den skattemessige egenkapital som helhet skal overføres, og ikke justeres slik som i eksempelet fra Ot.prp.nr.1 (1998-1999).

¹²⁵ Høringsnotat av 21. oktober 1998 punkt 3.2.

¹²⁶ Almvik m.fl. (2006) s. 515.

¹²⁷ Almvik m.fl. (2006) s. 515.

¹²⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 856.

I Ot.prp.nr.1 (2005-2006) pkt. 29.3.2.1 redegjør Finansdepartementet for enkeltsaker som er avgjort av departementet i 2004 etter skatteloven §§ 11-21 og 11-22. Utspillene fra høringsnotatet i 1998 videreføres her ved at departementet begrunner sin praksis ut fra kravet i skatteloven § 11-7 (1) om skattemessig kontinuitet ved fusjoner. Og som i høringsforslaget fra 2010, skal fordringens skattemessige verdi settes lik skattemessig verdi på den overførte egenkapitalen.

Finansdepartementets standpunkt i Høringsnotatet vises gjennom redegjørelser og praksis, som bekrefter at skatterettslige kontinuitetsprinsipp står sterkt i vurderingen av den skattemessige verdifastsettelsen av fordringen.

Juridisk teori synes også stort sett å basere seg på at fordringens skattemessige verdi skal settes lik den skattemessige egenkapitalen som overføres.¹²⁹

Folkvord på sin side mener at fordringens skattemessige verdi bør settes til fordringens pålydende.¹³⁰ Han tar som Finansdepartementet utgangspunkt i at skattemessig kontinuitet og nøytralitet skal tilstrebes, men et sentralt moment er at verdien fastsettes slik at det i minst mulig grad oppstår skattemessige vridninger.¹³¹ Dette begrunner han i at konsekvensen av å sette fordringens verdi lik de skattemessige nettoverdiene i det overdragende selskapet, og realisasjon av fordringen ikke er skattenøytral, skaper mulighet for dobbeltfradrag eller dobbeltbeskatning.¹³²

Folkvord synes å mene at en beskatning av fordringen i realiteten tilsvarer beskatning av eiendelene som overføres fra det overdragende selskapet på fusjonstidspunktet. Etter min mening har Folkvord her et poeng. Han påpeker at skatteposisjonene i det overdragende selskapet ”klones” slik at det oppstår to sett med skatteposisjoner på noe som i realiteten er én.¹³³ Eksempelvis dersom verdiene i et selskap består av en maskin som overdras med en skattemessig verdi på 100 og en regnskapsmessig verdi på 200,

¹²⁹ Se Zimmer/BA-HR (2010) s. 617 og Gjems-Onstad (2008) s. 854.

¹³⁰ Folkvord (2006) s. 199.

¹³¹ Folkvord (2006) s. 196.

¹³² Folkvord (2006) s. 197.

¹³³ Folkvord (2010) s. 179.

vil dette forholdet gjenspeiles i fordringen. Selges maskinen fra det overtakende selskapet, til regnskapsmessig verdi, oppstår en beskatning på 100.¹³⁴ Og dersom fordringen selges til regnskapsmessig verdi, oppstår det også potensielt en beskatning på 100. På denne måten oppstår det beskatning to ganger basert på samme gjenstand.

En løsning på ”problemet” kan være å sette fordringens skattemessige verdi tilsvarende regnskapsmessig verdi. Det oppstår da ikke midlertidige forskjeller, men til gjengjeld oppnås det ikke full kontinuitet.¹³⁵

Langvarig praksis og hensynet til fullstendig kontinuitet taler på sin side for å sette skattemessig verdi av fordringen til den skattemessige egenkapitalen. For at forholdet skal bli komplett, synes imidlertid denne løsningen å forutsette en konsekvent praksis ved realisasjon av fordringen.¹³⁶ En slik praksis er blitt foreslått av Finansdepartementet og behandles i neste punkt.

6.5.2 Realisasjon av fordringen

6.5.2.1 Innledning

Selv om fordringen har karakter av å være et aksjeinnskudd kan morselskapet disponere rettslig over fordringen som et selvstendig formuesobjekt.¹³⁷ Dette betyr at fordringen blant annet kan selges, innfris, ettergis eller konverteres til aksjer.

I tilfellene hvor fordringen overføres mot vederlag eller opphører å eksistere ved at den eksempelvis konverteres til aksjer, ettergis eller innfris, foreligger det etter skatteloven § 9-2 en realisasjon.

¹³⁴ Gevinsten baserer seg på forholdet mellom skattemessig verdi (inngangsverdi) og i dette tilfellet fordringens pålydende (utgangsverdi).

¹³⁵ Se eksempel fra Ot.prp.nr.1 (1998-1999), oppgavens side 46.

¹³⁶ Se oppgaven punkt 6.5.2.

¹³⁷ Giertsen (1998) s. 148, jf. høringsnotatet s. 51.

Skatterettslig utgangspunkt etter skatteloven § 5-1 (1) er at gevinst vunnet ved virksomhet er skattepliktig. Dette omfatter etter skatteloven § 5-30 realisasjon av formuesobjekter i virksomheten.

Dette utgangspunktet modifiserer imidlertid av særreglene i skatteloven kapittel 9, som begrenser skatteplikten. Etter skatteloven § 9-3 (1) er gevinst ved realisasjon av muntlige fordringer og andre gjeldsbrev jf. bokstav c) 1), *utenfor* virksomhet unntatt fra skatteplikt. Med utgangspunkt i at fordringen som oppstår mellom det overtakende selskap og dets morselskap anses som en ren formuesrettslig gjeldsfordring, vil gevinst ved realisasjon være skattefri dersom den ikke anses å ha virksomhetstilknytning.

Motsetningsvis følger det av skatteloven § 9-4 at det gis fradragsrett for tap ved realisasjon i samme utstrekning som en gevinst er skattepliktig etter bestemmelsene i skatteloven kapittel 9. Skattelovens utgangspunkt om at det gis fradragsrett for tap ved realisasjon av formuesobjekt etter skatteloven § 6-2 (1) i og utenfor virksomhet kommer dermed til anvendelse. På denne måten ser vi skattelovens symmetriprinsipp komme til syne. Tap er altså fradragsberettiget dersom gevinsten ved samme transaksjon ville vært skattepliktig. Symmetriprinsippet er ikke stadfestet i skatteloven som en absolutt forutsetning for forholdet mellom skatteplikt og fradrag, men er viktig å tilstrebe for å oppnå balanse og dermed forutberegnelighet i loven.

Et spørsmål som melder seg er om fritaksmetoden etter skatteloven § 2-38 får innvirkning på forholdet. Ettersom fordringen i seg selv ikke kan anses som en eierandel etter skatteloven § 2-38 (2), kan eksempelvis et salg av fordringen ikke anses å oppfylle kravene. En konvertering til aksjekapital dekkes heller ikke av bestemmelsen, men dersom beskatning oppstår, kan det søkes om lemping etter skatteloven § 11-22, jf. Ot.prp.nr. 1 (2005-2006) pkt. 29.3.2.

6.5.2.2 Høringsnotatet

Det følger av høringsnotatet at Finansdepartementet ønsker å lovfeste at gevinst eller tap ved realisasjon og innfrielse av fusjonsfordringen skal være skattepliktig eller

fradragsberettiget for morselskapet.¹³⁸ Det er videre foreslått å lovfeste at tap eller gevinst som følge av at fordringen innfris til en annen verdi enn skattemessig verdi, medfører fradragsrett eller skatteplikt for datterselskapet.¹³⁹

Gevinsten for morselskapet, som kreditor, inntreffer hvis summen som betales overstiger den skattemessige verdien av fordringen.¹⁴⁰ Gevinst for datterselskapet, som er debitor, inntreffer hvis de skattemessige verdiene er høyere enn de regnskapsmessige.¹⁴¹ Som vi ser vil forslaget føre til at en gevinst hos morselskapet som regel utløser et tap hos datterselskapet, og omvendt.

Et spørsmål som melder seg er om lovforslaget skal gjelde generelt eller kun retter seg mot fusjonsfordringer som anses å ha virksomhetstilknytning.

Finansdepartementet foreslår følgende ordlyd lovfestet: ”*Gevinst ved realisasjon av fordring som nevnt i annet ledd, anses som skattepliktig inntekt for morselskapet. Det gis fradrag for tap. Tap eller gevinst som følge av at fordringen innfris til en annen verdi enn skattemessig verdi er fradragsberettiget eller skattepliktig for det overtakende selskapet.*”

Ordlyden er generelt utformet, og skiller tilsynelatende ikke mellom fordringer med eller uten virksomhetstilknytning.

Høringsnotatet sier regelen er i tråd med den rettsoppfatningen departementet tidligere har lagt til grunn og viser bl.a. til Ot.prp.nr.1 (2001-2002) pkt. 17.3 og Ot.prp. nr.1 (2004-2005) pkt. 33.3.

I forbindelse med behandling av skattefri overføring mellom selskaper etter skatteloven § 11-21, viste departementet i Ot.prp.nr.1 (2001-2002) pkt. 17.3 til tre saker som gjaldt

¹³⁸ Høringsnotatet s. 51

¹³⁹ Høringsnotatet s. 51

¹⁴⁰ Høringsnotatet s. 51.

¹⁴¹ Høringsnotatet s. 51.

lemping for gevinst ved realisasjon av fusjonsfordring mellom mor og datterselskap, ved at den ble konvertert til aksjekapital i datterselskapet. Det ble oppstilt som vilkår for lemping at verdien på fordringen ble videreført på vederlagsaksjene. Verdien som ble overført gjennom fordringen kunne utgjøre det maksimale beløpet på hva som kan anses som innbetalt aksjekapital, herunder overkurs i datterselskapet. Det ble på prinsipielt grunnlag i en av de tre sakene, uttalt at det er skatteplikt på gevinst og fradragrett for tap ved realisasjon av fusjonsfordringen. En forutsetning for skattefritaket var altså at det ikke skulle etableres nye og bedre skattposisjoner enn det som det enkelte selskapet hadde før sammenslutningen. Dermed kunne en skatteplikt utledes både av reelle hensyn og prinsippet om kontinuitet som reglene om skattefrie topartfusjoner ellers ble bygget på.

Overnevnte ble fulgt opp i Ot.prp.nr.1 (2004-2005) pkt. 33.3 hvor departementet uttaler at ved realisasjon av fusjonsfordringen, herunder konvertering til aksjekapital i datterselskapet, kan utløse skatteplikt eller fradrag for kreditor ”*uavhengig av fordringens næringstilknytning*”. Tilsvarende ble også ansett å gjelde for datterselskapet som debitor.

Finansdepartementet argumenterer i Ot.prp.nr. 1 (2001-2002) pkt. 17.3 med at reelle hensyn og prinsippet om kontinuitet i beskatningen taler for at beskatning skal foreligge uavhengig av næringstilknytning. Ettersom pålegg om å betale skatt kan anses som et inngrep, må legalitetsprinsippet krav om lovhjemmel legges til grunn. Dersom forslaget i høringsnotatet legges til grunn som ny lov, vil dette kravet utvilsomt være oppfylt.

Spørsmålet blir da om beskatning og fradragrett uten næringstilknytning strider mot det skatterettslige system, og i så fall oppstiller en god nok løsning for å legitimere dette.

6.5.2.3 Kravet til virksomhetstilknytning

Utgangspunktet for at en fordring kan medføre skatteplikt og fradragrett ved realisasjon, er at fordringen har tilstrekkelig virksomhetstilknytning. Med dette menes at det ligger et krav om at selskapet som skal tillegges skatt, eller få fradrag for tap, må

drive virksomhet etter skattelovens forstand.¹⁴² I tillegg må det i følge rettspraksis foreligge en ”særlig og nær” tilknytning mellom virksomheten og fordringen.

Skatterettslig utgangspunkt for at et selskap skal anses å drive virksomhet, er at det utøver en aktivitet som kan gi skattepliktig inntekt, jf. skatteloven § 5-1, jf. § 5-30. I enkelte av tilfellene hvor det gjennomføres trekantfusjoner har ofte morselskapet stilling av å være et holdingselskap med begrenset aktivitetsnivå utover å eie aksjer. I Rt. 1990 s.958 ble det uttalt at selv om et morselskap har aksjer i et datterselskap og utøver en styringsmulighet, kan det ikke i seg selv anses for å drive næring. Det ble påberopt at Finansdepartementet har gitt uttrykk for at aksjer i et heleid datterselskap alltid må anses som aksjer i næring, uansett om virksomhetskravet er oppfylt.

Høyesterett avviste dette og sa at kravet også gjelder like fullt konsernforhold. Kravet er opprettholdt i rettspraksis og ble senest lagt til grunn i Rt. 2008 s.145. Det ble på sin side lagt til grunn i BFU 92/04 at så fremt morselskapet utøver *”en overordnet styring av datterselskapets virksomhet – utover det å forvalte aksjeformuen, stemmeretten og utbyttekravet – [vil en] slik aktiv styring kvalifisere som næringsutøvelse, forutsatt at datterselskapet anses å drive næring”*.

Kravet til hva som har blitt anset som ”særlig og nær” tilknytning synes å være noe varierende. Med utgangspunkt i Rt-1976-1467 ble det oppstilt et strengt krav om at motivet med fordringen må ha vært å fremme egen virksomhet, samtidig som debitors virksomhet må ha vært en integrert del av kreditors virksomhet.¹⁴³ I dommen hadde Løiten Brænderi AS, som drev med sprit- og konserveproduksjon, overført brenneriets konservevirksomhet til et eget selskap. Aksjekapitalen gikk etter hvert tapt, og det ble spørsmål om aksjene kunne anses å ha virksomhetstilknytning. Høyesterett kom til at virksomhetskravet var oppfylt og tapet kunne fradragsføres. Høyesterett uttalte:

”Jeg ser det slik at det her har foreligget en integrert virksomhet, hvor brennerivirksomheten og konservevirksomheten, også etter at denne var organisert

¹⁴² BFU 92/04.

¹⁴³ Faktum i dommen er tap på aksjer, men grensen mellom fordringer og aksjer i næring trekkes likt, jf. Rt. 1993 s.700.

*som et eget selskap, har vært så nær sammenknyttet at ervervet av aksjer i det selskap som skulle fortsette konserverproduksjonen, må karakteriseres som erverv av aksjer i næring. Det var den tidligere konserverproduksjon som ble fortsatt under en annen organisasjonsform, men fremdeles nøye forbundet med spritproduksjonen. At konserverproduksjonen kunne fortsette, var av avgjørende betydning for de inntekter brennerivirksomheten kunne gi.*¹⁴⁴

Det ble videre lagt vesentlig vekt på at produksjonen fortsatt ble drevet på samme sted og i samme lokaler og med samme arbeidsstokk som tidligere. Selskapet ble, til tross for sin selvstendige posisjon som aksjeselskap, ansett så integrert i den forestående virksomhet at aksjene ble anset som erverv i næring.

Tilknytningskravet synes liberalisert i Rt. 2005 s.1157, hvor det ble uttalt at kravet ikke kan tolkes så strengt at fordringen må ha hatt betydning for selskapets øvrige virksomhet. Det ble videre påpekt at man må ta hensyn til utviklingen i den enkelte bransje, hvor det i mange tilfeller kan være vanlig at en virksomhet drives ut fra et morselskap som konsernspiss. Her vil morselskapets aktivitet potensielt være ganske annerledes enn den som utøves i datterselskapet, og driften anses dermed ikke som integrert i samme forstand som Rt. 1976 s.1467 legger opp til.

Høyesterett snur imidlertid i Rt. 2008 s.145 (dissens 3-2), og går tilsynelatende tilbake til kravet fra Rt.1976 s.1467. Dommen fra 2008 er på sin side avsagt med sterk dissens, hvor mindretallet legger tolkningen fra 2005 til grunn.

Rettspraksis har vært noe sprikende i forhold til hva virksomhetskravet innebærer, men det foreligger utvilsomt et relativt strengt vilkår om virksomhetstilknytning for fordringer. Når det kommer til realisasjon av fusjonsfordringer som har oppstått gjennom en trekantfusjon, har temaet ikke nådd domstolene. Høyesterett har imidlertid gjennom sin praksis ikke tatt hensyn til om fordringen er basert på et konsernforhold ved vurderingen av virksomhetstilknytningen. Konsernstrukturer bygger til tider på at rene holdingselskaper opptrer som morselskap, hvilket gjør det vanskelig å oppfylle

¹⁴⁴ Rt. 1976 s.1467(s. 1472).

virksomhetskravet.¹⁴⁵ Kravet til det enkelte datterselskap er også relativt strengt. Som det vises i Rt. 1976 s. 1467 skal datterselskapet ha en svært nær tilknytning til morselskapet for at kravet til ”særlig og nær” tilknytning er oppfylt. I tillegg må det ha gitt morselskapet inntekter. Dette kravet kan ikke alltid anses oppfylt i store konsernforhold hvor det enkelte datterselskap driver innenfor avgrensede områder. Senere praksis har imidlertid vist en tendens til en dynamisk tilnærming av kravet, hvilket åpner for en bedre tilpasning til trekantfusjonene enn det som tidligere var praktisert.¹⁴⁶ Allikevel er det ingen tvil om at virksomhetskravet står sterkt i vurderingen.

6.5.2.4 Hensynet til kontinuitet

Finansdepartementet legger på sin side stor vekt på hensynet til fullverdig skattemessig kontinuitet. Departementet baserer seg på at hensynet til den skattemessige kontinuitet som ligger til grunn for skattefri fusjon, bør være avgjørende ved konvertering av fusjonsfordringen.¹⁴⁷ Tanken om at en realisert gevinst på fordringen innebærer et kontinuitetsbrudd og dermed anses skattepliktig, er i utgangspunktet i takt med kontinuitetsprinsippet. Forslaget vil på denne måten bli et unntak fra det skatterettslige system på lik linje med andre konsekvenser ved skattefri fusjon. Kontinuitetsbrudd ved fusjon anses som skattepliktig, og ønsket om fullverdig kontinuitet taler dermed for at kontinuiteten opprettholdes også ved konvertering av fordringen til aksjekapital.

I forbindelse med en kommentar av tidligere ligningspraksis har Ligningsnemnda kommet med sitt syn på kravet om beskatning.¹⁴⁸ Ligningsnemnda synes å mene at forholdet må være skattepliktig og fradragberettiget av hensyn til både partene og kontinuitetsprinsippet. Begrunnelsen er at *”dersom fordringen kan realiseres uten at beskatning inntrer, vil eiendeler og virksomhet fra det overdragende selskapet kunne selges skattefritt ut av konsernet gjennom salg av aksjene i datterselskapet.”*¹⁴⁹ Det påpekes videre at den latente gevinsten er overført til fusjonsfordringen, slik at

¹⁴⁵ Se Rt. 1990 s.958.

¹⁴⁶ Se Rt. 2005 s.1157, jf. BFU 92/04.

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.1 (2001-2002) pkt. 17.3.

¹⁴⁸ Almvik m.fl. (2006) s. 513.

¹⁴⁹ Almvik m.fl. (2006) s. 513 flg.

datterselskapets verdi forblir uendret på grunn av fordringen som utstedes til morselskapet. Dermed vil det i tilfellet hvor fordringen kan realiseres uten beskatning, føre til at den skattefrie gevinsten kan deles ut som utbytte uten at korreksjonsskatt i morselskapet øker tilsvarende.

Videre blir det i kommentaren fremstilt at en beskatning av gevinsten på fusjonsfordringen i realiteten tilsvarer en beskatning av samtlige latente skatteposisjoner i det overdragende selskapet på fusjonstidspunktet.¹⁵⁰ Dersom eiendeler som er overført fra den overdragende til det overtakende datterselskapet realiseres, kommer den samme gevinsten til beskatning igjen på datterselskapet hånd. På denne bakgrunn må datterselskapet gis fradrag for tapet ved innløsning av gjelden, og konsernet unngår dermed å bli dobbeltbeskattet for de latente skatteposisjonene i det overdragende selskapet. En dobbeltbeskatning er i strid med prinsippet om kontinuitet ved fusjon.¹⁵¹ Scenarioet som Ligningsnemnda oppstiller viser at Folkvord har gode grunner for sin kritikk angående dobbeltbeskatning.¹⁵²

Ligningsnemndas kommentar synes å legge grunnlaget for der Høringsnotatet begynner noe brått med et ”krav” om beskatning og fradrag uavhengig av virksomhetstilknytning. Kommentaren fra Ligningsnemnda er etter min mening et godt argument for skattemessige konsekvenser ved realisasjon av fordringen. Pålagt skatt synes imidlertid å kreve at det konsekvent kan gis et tilsvarende fradrag for å unngå dobbeltbeskatning.

Konsekvensene av en eventuell skattebelastning skal ifølge Høringsnotatet bli ”*utlignet ved at et tilsvarende tap vil være fradragsberettiget for datterselskapet. Når selskapene tilhører et skattekonsern, vil en beskatning og fradragsføring samme år normalt ha liten reell betydning. Konsernets totale skattebelastning i det aktuelle inntektsåret vil normalt ikke bli påvirket av inntekts- og fradragsføringen.*”¹⁵³ En slik løsning forutsetter på sin

¹⁵⁰ Almvik m.fl. (2006) s. 514.

¹⁵¹ Almvik m.fl. (2006) s. 514.

¹⁵² Se oppgavens punkt 6.5.1.

¹⁵³ Høringsnotatet s. 51-52.

side at et konsernbidrag kan nøytralisere den skattemessige effekten mellom mor- og datterselskap.

Rettslig utgangspunkt for konsernbidrag er aksjeloven § 8-5, jf. skatteloven § 10-2 til § 10-4. Et konsernbidrag innebærer at et skattepliktig overskudd i et selskap kan utlignes med et fradragsberettiget underskudd i et annet selskap. Det er imidlertid et vilkår om at giver og mottaker tilhører samme konsern hvor morselskapet eier mer enn ni tideler av aksjene og stemmene i datterselskapet, jf. skatteloven § 10-4 (1). For giver gjelder fradragsretten så langt konsernbidraget ligger innenfor den ellers skattepliktige inntekt, jf. skatteloven § 10-2. I tillegg anses bidraget selskapsrettslig som utbytte, og må derfor følge reglene om tilstrekkelig egenkapital i aksjeloven § 8-5 (1), jf. § 8-1. For mottakeren er bidraget kun skattefritt så lenge det ikke overstiger den ellers skattepliktige inntekt, jf. skatteloven § 10-3.

Forslaget kritiseres av Folkvord med den begrunnelse at vilkårene for å yte og oppnå full utnyttelse av konsernbidraget ofte ikke er oppfylt.¹⁵⁴ Etter min mening har Folkvord et poeng. Kravene for konsernbidrag er opplagt strenge, og synes nok enklere å oppfylle i teori enn praksis.

Zimmer og advokatfirmaet BA-HR påpeker at symmetrieffekten som Finansdepartementet forutsetter vil være til stede, kan være brutt når fordringen realiseres, for eksempel ved at det nødvendige konsernforholdet er oppløst.¹⁵⁵ Videre påpekes det at *”dersom fordringen er overdratt til tredjemann, er samtidig bare kreditorposisjonen realisert. Det har da ikke oppstått tap hos debitor (datterselskapet), samtidig som salget har medført gevinst hos morselskapet.”*¹⁵⁶ Eksempelet fører til at realisasjonstidspunktet er forskjellig for mor og datter ettersom debitorposisjonen ikke realiseres, men flyttes til en ny kreditor. Konsekvensen blir at morselskapet potensielt får et overskudd som ikke kan fradras i datterselskapet i realisasjonsåret.

¹⁵⁴ Folkvord (2010) s. 179.

¹⁵⁵ Zimmer/BA-HR (2010) s. 617.

¹⁵⁶ Zimmer/BA-HR (2010) s. 617.

Advokatfirmaet Harboe mener på sin side at en lovfesting av skatt/fradrag ved realisasjon vil bryte med nøytralitetsprinsippet ettersom forslaget innebærer en ulik beskatning av fordringer og aksjer. De påpeker at hensynet til nøytralitet tilsier at alle inntekter av ulike typer kapital skal skattlegges med samme effektive skattesats.¹⁵⁷

Den Norske Advokatforening stiller seg imidlertid positiv til forslaget ved at det klargjør en usikker rettstilstand, men har ingen videre begrunnelse for sitt samtykke utover dette.¹⁵⁸

Etter min mening synes Finansdepartementets standpunkt sammenholdt med Ligningsnemndas forklaring å ha gode grunner for seg. Den skattemessige kontinuitet blir i teorien komplett ved en gjennomføring med symmetrisk gevinstbeskatning og tapsfradrag. Det totale fraværet av virksomhetskravet ved realisasjon av fusjonsfordringen synes imidlertid ikke å være i takt med den øvrige rettstilstanden. Kravet til virksomhetstilknytning taler på den ene siden for at det ønskes nøytralitet i skatteretten ved at tilknytningskravet skal gjelde likt uavhengig av disposisjonen som realiseres. På den annen side vil en innføring av beskatning og tap finne sin plass blant de andre fusjonsunntakene, og medføre en komplett form for kontinuitet.

Finansdepartementets forslag medfører imidlertid mange betenkeligheter. Først og fremst bryter løsningen med skattelovens nøytralitetsprinsipp om at potensielle inntektskilder skal behandles likt. Videre er nødvendige forhold som at konsernbidrag kan ytes på realisasjonstidspunktet og konsernforholdets eksistens ikke alltid til stede. Dette er forhold som etter min mening er for usikre til at hensynet til kontinuitet kan gå foran hensynet til konsekvens i skattesystemet. En forutsetning for Finansdepartementets forslag må i så fall være at konsernstrukturen opprettholdes fra inngåelsen av trekantfusjonen til en eventuell realisasjon. Dette synes imidlertid å være urealistisk, og bedrer for så vidt ikke den regnskapsmessige muligheten for å kunne yte konsernbidrag. En annen løsning kan være at skattemyndighetene må vurdere det enkelte realisasjonstilfelle, og så avgjøre om det er forsvarlig å pålegge beskatning eller

¹⁵⁷ Harboe (2010) s. 3.

¹⁵⁸ Den Norske Advokatforening (2010) s. 3.

ikke. Sistnevnte kan imidlertid bli svært ressurskrevende. Etter min mening må det kreves en nærmere konsekvensutredning før Finansdepartementets forslag skal kunne føre frem.

6.5.4 Føring på gevinst og tapskonto

Rettslig utgangspunkt etter skatteloven § 14-2 (1) er at en fordel tas til inntekt det året fordelten tilflyter skatteyteren, alternativt når skatteyteren får en ubetinget rett til ytelsen, med mindre annet er bestemt. Tilsvarende kan en kostnad fradras det året det oppstår en ubetinget forpliktelse for skatteyteren til å dekke eller innfri kostnaden, med mindre annet er bestemt, jf. skatteloven § 14-2 (2). Bestemmelsen gir uttrykk for det såkalte realisasjonsprinsippet som medfører at gevinst eller tap ved realisasjon i sin helhet tas til inntekt eller fradras i realisasjonsåret.

Finansdepartementet ønsker å bevege seg bort fra dette utgangspunktet ved å lovfeste at skattepliktig gevinst *kan* og fradragberettiget tap *skal* ved realisasjon av fordringen føres på gevinst- og tapskontoen etter skatteloven § 14-45.

Konsekvensen av å benytte seg av en gevinst- og tapskonto etter skatteloven § 14-45, er at en skattepliktig gevinst fordeles over tid, fremfor å bli beskattet i sin helhet i realisasjonsåret. Det er for mange ønskelig med en slik skattekreditt ved å dele opp gevinstbeskatningen ved store gevinster. Motstykket til dette er at fradrag for tap blir delt opp i samme utstrekning. Dette er som regel ikke like ønskelig, ettersom man gjerne ønsker fradrag for tap fortest mulig.

Bak dette forslaget synes hensynet til korreksjonsinntekt å være fremtredende.

Finansdepartementet legger til grunn at som en konsekvens av full beskatning hos morselskapet og tilhørende fradragføring i datterselskapet i innfrielsesåret, kan det føre til at den midlertidige forskjellen mellom fordringens skattemessige og regnskapsmessige verdi kan deles ut uten korreksjonsinntektsberegning.

Overnevnte kan fremstilles med følgende eksempel: sett at det overføres en eiendel fra det overdragende til det overtakende datterselskapet med en regnskapsmessig verdi på 200, og en skattemessig verdi på 100. Det er her en positiv midlertidig forskjell på 100

som vil være gjenstand for korreksjonsbeskatning ved ubytteutdeling. Denne verdien blir overført til morselskapet gjennom fusjonsfordringen, med en latent midlertidig forskjell på 100. Fordringen innfris ved at datterselskapet betaler ned fusjonsfordringen med 200. Dermed oppstår det etter forslaget en gevinstbeskatning for morselskapet på 100 og et fradrag hos det overtakende datterselskapet på 100.¹⁵⁹ Dette kan utjevnes gjennom et konsernbidrag, og beskatning for verdiene på 100 ”forsvinner”. På den måten har det overtakende datterselskapet og morselskapet samlet sett, fått tilført en verdi på 100 som ikke har vært gjenstand for beskatning, og som nå kan deles ut fra morselskapet uten korreksjonsbeskatning.

Finansdepartementet mener denne effekten bør nøytraliseres. I realiteten kunne problemet blitt avskaffet ved å endre de midlertidige forskjellene på fusjonsfordringen i takt med de midlertidige forskjellene på eiendelene i datterselskapet.¹⁶⁰

Dette ble imidlertid ansett som for komplisert, og særlig problematisk der konsernforholdet mellom mor og datterselskapet har blitt brutt ved salg av aksjene i datterselskapet.¹⁶¹

Av forenklingshensyn har Finansdepartementet foreslått at det innføres en ensartet måte å inntektsføre gevinsten og fradragføre tapet på. Tap skal føres på gevinst- og tapskontoen, samtidig som det gis anledning til å føre gevinst på gevinst- og tapskontoen. Finansdepartementet uttaler i Høringsnotatet: *”Når morselskapet og datterselskapet ses under ett, vil skatteplikten i morselskapet bli utlignet i fradragføringen i datterselskapet. Korreksjonsinntekt vil oppstå hvis det foretas utdelinger av ubeskattet kapital før gevinsten på fordringen er tatt til beskatning.”*¹⁶²

¹⁵⁹ Gevinsten for morselskapet er betalingssummen (regnskapsmessig verdi) fratrukket den skattemessige verdien. Tapet for datterselskapet er tilsvarende skattemessig verdi fratrukket de regnskapsmessige verdiene.

¹⁶⁰ Høringsnotatet s. 51.

¹⁶¹ Høringsnotatet s. 51.

¹⁶² Høringsnotatet s. 51.

Tilfellet som er beskrevet over er imidlertid forutsatt at fordringen innfris eller konverteres til aksjekapital. Dersom eiendelen blir overdratt til tredjemann, oppstår det ikke noe tap i datterselskapet før fordringen innfris overfor tredjemann.¹⁶³

Denne løsningen ønsker departementet å lovfeste med følgende ordlyd: *”Skattepliktig gevinst føres på gevinst- og tapskonto, jf. § 14-45 i den utstrekning gevinsten ikke inntektsføres i realisasjonsåret. Fradragsberettiget tap føres på gevinst- og tapskonto.”*

Ordlyden er generelt utformet og gir uttrykk for at saldføring er påbudt både for mor og datterselskapet, med mindre gevinsten ikke inntektsføres i realisasjonsåret. Høringsnotatet sier at morselskapet skal få *”anledning til å føre gevinsten på gevinst- og tapskontoen”*, mens datterselskapet *”må føres på gevinst- og tapskontoen.”* Dette kan gi inntrykk av at det kun er datterselskapet som påbys bruk av gevinst- og tapskonto. Ordlyden og nøytralitetsprinsippet taler imidlertid for at påbudet også gjelder morselskapet i den grad det oppstår tap. I samme grad skal overskudd i datterselskapet kunne tas til inntekt realisasjonsåret.

Forslaget har ført til en rekke innvendinger blant høringsinstansene. Det er i stor grad blitt argumentert med at forslaget fører til at det oppstår en innlåsnings effekt mellom morselskapet og datterselskapet.¹⁶⁴ Med dette menes at selskapene potensielt må forbli i konsernposisjon lenger enn rent bedriftsøkonomisk ønskelig etter fusjonen for å kunne benytte seg av konsernbidrag. Dette kan være uheldig blant annet ut fra samfunnsøkonomiske hensyn, hvor det bør være et mål å legge til rette for omorganiseringer som er avgjørende for en effektiv drift. Eksempelvis er mulighetene for å kunne gi konsernbidrag kun til stede dersom morselskapet eier mer enn ni tideler av aksjene og stemmene i datterselskapet, jf. skatteloven § 10-4 (1). Dersom det er behov for nye eiere i datterselskapet, vil en rent skatterettslig tilpasning være at et nytt eierskap begrenses til under en tidel for at ikke utligningsmuligheten skal brytes.¹⁶⁵ Den uheldige effekten kan illustreres med et eksempel:

¹⁶³ Høringsnotatet s. 52.

¹⁶⁴ Se PwC (2010) s.3, Den norske revisorforening (2010) s. 2, KPMG (2010) s. 3.

¹⁶⁵ PwC (2010) s. 3.

Sett at det foretas en trekantfusjon hvor selskap A overdras til selskap B. Det utstedes vederlagsaksjer fra B sitt mormorselskap C, som er et rent holdingselskap som ikke har noen videre administrativ funksjon utover å ha aksjer. B eies direkte av morselskapet X som driver den reelle administrative ledelsen av B. Det oppstår en fusjonsfordring mellom B og mormorselskapet C med en skattemessig verdi på 10 millioner og en regnskapsmessig verdi på 20 millioner. Fusjonsfordring blir så innløst med en gevinst på 10 millioner for C og et tilsvarende tap for B. Dersom dette skal måtte nedskrives på en gevinst- og tapskonto, vil det etter skatteloven § 14-45 (4) kunne ta 30 år før gevinsten er fullstendig nedskrevet.¹⁶⁶ Dette utgjør en svært lang innlåsningsperiode som kan være hemmende for bedriftsøkonomiske løsninger. Den uheldige effekten kan dermed oppstå hvis C ønsker å få inn mer kapital for å kjøpe ytterligere et selskap. Samtlige potensielle aksjonærer ønsker imidlertid å gå inn på eiersiden i X, fordi de ønsker en mer direkte kontakt med selskapet enn gjennom holdingselskapet. Dersom det overdras aksjer til en større andel enn § 10-4 (1) tillater, går konsernbidragsmuligheten tapt. Innlåsningseffekten er dermed et faktum og forretningsmessige motiverte transaksjoner blir forhindret. Dette kan føre til at avtaler som isolert sett ville ha vært lønnsomme unngås for å slippe innlåsningseffekten.¹⁶⁷

Den Norske Advokatforening mener at *”trekantfusjoner sjelden gjennomføres for å redusere eller komme rundt problematikken knyttet til korreksjonsinntekt. Konsernfusjonsreglene benyttes i det vesentlige for å etablere hensiktsmessige selskapsstrukturer”*.¹⁶⁸ Etter min mening har Advokatforeningen her et poeng. I tilfellet hvor trekantfusjoner åpenbart gjennomføres for å utnytte skattemessige posisjoner felles disposisjonen av skatteloven § 14-90 eller den ulovfestede omgåelsesnormen.

¹⁶⁶ PwC (2010) s. 3. Se skatteloven § 14-45 (4) som setter en årlig degressiv inntektsføring på minst 20 % ved positiv saldo. Tilsvarende maksimalt 20 % fradrag ved negativ saldo.

¹⁶⁷ PwC (2010) s. 3.

¹⁶⁸ Den Norske Advokatforening (2010) s. 3

Den Norske Revisorforening mener begrunnelsen om å hindre utdeling av utbytte fra morselskapet uten korreksjonsinntekt er for svak.¹⁶⁹ De mener videre at korreksjonsinntekten har utspilt sin rolle etter innføringen av aksjonærmodellen. Dette støttes også av Storbedriftenes skatteforum.¹⁷⁰ Advokatforeningen støtter opp under dette ved å uttale at *"perspektivet knyttet til korreksjonsskatt bør underordnes hensynet til å sikre skatteyter hurtig ligning av skatteeffekten ved realisasjon av fusjons- og fisjonsfordringer."*¹⁷¹ Flere instanser herunder, NHO setter spørsmål ved korreksjonsskattereglens egentlige betydning etter omleggingen av aksjonærbeskatningen i 2006.¹⁷² Aksjonærbeskatningen medfører at ethvert utbytte til personlige aksjonærer skattlegges så lenge det overstiger skjermingsgrunnlaget, jf. skatteloven § 10-30 flg. Selskapsaksjonærene er på sin side dekket av fritaksmetoden etter skatteloven § 2-38. Dette taler i retning av at korreksjonsskatteordningen muligens er på hell. Dersom dette er tilfellet, er det etter min mening uheldig å innføre en regel som hovedsakelig bygger på tilsynelatende foreldede skattemessige hensyn.

KPMG Law Advokatfirma mener at gjeldende rett bør lovfestes, ved at det er inntekts- og fradragsføring fullt ut i realisasjonsåret.¹⁷³ En slik løsning er også i tråd med det som er gjeldende rett for skattemessig behandling av fordringer generelt. Av hensyn til nevnte innlåsnings-effekt, korreksjonsreglens innskrenkede virkeområde og symmetrien i skattesystemet generelt, ser jeg meg enig i at gjeldende rett bør legges til grunn. Inntekts- og fradragsføring fullt ut i realisasjonsåret utgjør en bedriftsøkonomisk bedre løsning. Finansdepartementets forslag om føring på gevinst og tapskonto bør derfor ikke føre frem.

¹⁶⁹ Den Norske Revisorforening (2010) s. 3.

¹⁷⁰ Storbedriftenes skatteforum (2010) s. 10.

¹⁷¹ Den Norske Advokatforening (2010) s. 3.

¹⁷² NHO (2010) s. 3.

¹⁷³ KPMG (2010) s. 3.

Kilder

Lover:

Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (aksjeloven 1976).

Lov 20. juli 1991 nr. 65 om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap (regnskapsloven).

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Direktiver:

Tredje selskapsdirektiv om fusjon mellom selskaper av ASA-typen (Fusjonsdirektivet), jf. 78/855/EØF.

Forarbeider:

Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper.

Ot.prp.nr. 72 (1984-1985) Om lovendringer i lov 4. juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m.m.

Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) (endringslov) Lov 4 juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m.v (EØS-tilpasning).

Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper.

Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) Aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) Om lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

Ot.prp.nr. 44 (1997-1998) (endringslov) Forsikringslovgivningen, aksjelovgivningen og enkelte andre lover.

Ot.prp.nr. 1 (1998-1999) Skatteopplegget 1999 – lovendringer.

Ot.prp.nr. 1 (2001-2002) Skatte- og avgiftsopplegget 2002 – lovendringer.

Ot.prp.nr. 39 (2004-2005) Om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) og enkelte andre lover (evaluering av regnskapsloven).

Ot.prp.nr. 1 (2005-2006) Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – lovendringer.

Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Ot.prp.nr. 78 (2006-2007) Om lov om endringer i aksjeloven, allmennaksjeloven og enkelte andre lover (fusjon og fisjon over landegrensene).

NOU 1995: 30 Ny regnskapslov

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

NOU 2003: 23 Evaluering av regnskapsloven

Norsk Rettstidende (Rt.):

Rt. 1922 s. 436.

Rt. 1925 s. 1009.

Rt. 1976 s. 1467.

Rt. 1990 s. 958.

Rt. 1990 s. 1293.

Rt. 2001. s. 282.

Rt. 2002 s. 1144.

Rt. 2005 s. 86.

Rt. 2005 s. 1157.

Rt. 2007 s. 209.

Rt. 2008 s. 145.

Rt. 2008 s. 438.

Dommer, uttalelser mv i skattesaker og skattespørsmål (Utv.)

Utv. 2003 s. 796 (FIN).

Utv. 2003 s. 1282 (FIN).

Utv. 2005 s. 373 (FIN).

Utv. 2007 s. 1571 (FIN).

Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet (BFU):

BFU 31/03.

BFU 56/03.

BFU 43/04.

BFU 92/04.

BFU 34/06.

BFU 29/09.

Uttalelser fra Justisdepartementets Lovavdeling:

Lovavdelingen jnr. 97/5351 E av 26. mai 1997.

Høringsnotat:

Finansdepartementet 18. januar 2010. Høringsnotat – om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet.

URL: http://www.regjeringen.no/pages/2287730/h_notat_jw.pdf

Finansdepartementets Høringsnotat av 21. oktober 1998 - Høringsnotat om endringer i selskapskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon som følge av nye aksjelover og ny regnskapslov.

URL:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/1998/horingsnotat-22101998.html?id=92729>

Høringsuttalelser:

Advokatfirmaet Harboe & Co AS. 1. juni 2010.

Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS. 1. juni 2010.

Den Norske Advokatforening. 1. juni 2010.

Den norske Revisorforening. 1. juni 2010.

KPMG Law Advokatfirma DA. 31. mai 2010.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO). 4. juni 2010.

Storbedriftenes skatteforum. 1. juni 2010.

URL: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/Horing---utkast-til-regler-om-skattemessig-behandling-av-omorganisering-og-omdanning-av-virksomhet-mv/Horingsuttalelser.html?id=591218>

Litteratur:

Almvik, Fred-Ove m.fl. *Bedriftsbeskatning i praksis*, 3. utgave. Bergen, 2006.

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave. Oslo, 2006.

Den norske Revisorforening. *Egenkapitaltransaksjoner*, 3. utgave. Oslo, 2007.

Folkvord, Benn. *Skatt ved fusjon og fisjon*. Oslo, 2006.

Giertsen, Johan. *Fusjon og fisjon*. Bergen, 1998.

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*, 6. utgave. Oslo, 2008.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*, 6. utgave. Oslo, 2009.

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BA-HR. *Bedrift, selskap og skatt*, 4. utgave. Oslo, 2006.

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BA-HR. *Bedrift, selskap og skatt*, 5. utgave. Oslo, 2010.

Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven*. Kommentartutgave, 2. utgave Oslo, 2004.

Artikler:

Folkvord, Benn. *Kommentar til forslag om nye regler for trekantfusjoner og trekantfisjoner*. Skatterett 2 2010 s. 178-183. [Sitert fra idunn.no]

URL: <http://www.idunn.no/ts/skatt/2010/02/art03?highlight=folkvord#highlight>

Regnskapsstandarder:

Norsk RegnskapsStandard Fusjon (NRS 9 Fusjon) (revidert oktober 2009).

URL: http://www.regnskapsstiftelsen.no/arch/_img/9477421.pdf