

KONTINUITETSPRINSIPPET VED FISJON

En selskapsrettslig-, skatterettslig- og regnskapsrettslig behandling



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 690
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 15 457 ord

22.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDENDE</u>	<u>1</u>
1.1	Innledende om oppgavens tema	1
1.2	Problemstilling	4
1.3	Systematikk og avgrensning	4
1.4	Rettskildespørsmål	7
<u>2</u>	<u>FISJONSBEGREPET</u>	<u>9</u>
2.1	Hva er fisjon?	9
2.2	Reguleringen av fisjon	9
2.3	Ulike fisjonsmåter	11
<u>3</u>	<u>DET SELSKAPSRETTLIGE KONTINUITETSPRINSIPP</u>	<u>14</u>
3.1	Innledende om det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp	14
3.2	Selskapsrettslige kontinuitetsvilkår	15
3.2.1	Eiendelskontinuitet/rettighetskontinuitet	15
3.2.2	Forpliktelseskontinuitet	16
3.2.3	Eierkontinuitet	18
3.3	Solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd	19
3.4	Selskapsrettslig kontinuitet ved ytelse av tilleggsvederlag	23
3.5	Selskapsrettslig kontinuitet ved trekantfisjon og firkantfisjon	25
3.6	Selskapsrettslig kontinuitet ved skjevdelingsfisjon	26

4	<u>DET SKATTERETTLIGE KONTINUITETSPRINSIPP</u>	28
4.1	Innledende om skattemessig kontinuitet	28
4.2	Kontinuitetsvilkår for skattefrihet	30
4.2.1	Oversikt	30
4.2.2	Kvantitativ kontinuitet	30
4.2.3	Kvalitativ kontinuitet	31
4.2.4	Kontinuitet på selskapsnivå	32
4.2.5	Kontinuitet på aksjonærnivå	33
4.3	Skattemessig kontinuitet ved ytelse av tilleggsvederlag	35
4.4	Skatterettslig kontinuitet ved skjevdelfisjon	38
4.5	Skatterettslig kontinuitet ved trekantfisjon og firkantfisjon.	39
4.6	Skatterettslig gjennomskjæringslære	40
4.7	Grenseoverskridende fisjoner	45
4.7.1	Fisjon mellom overtakende utenlandsk selskap hjemmehørende i EØS og norsk overdragende selskap	46
4.7.2	Fisjon med overtakende norsk selskap og overdragende utenlandsk selskap	47
4.8	Valgfrihet eller plikt til å følge skattemessig kontinuitet?	48
5	<u>DET REGNSKAPSRETTLIGE DISKONTINUITETSPRINSIPP</u>	51
5.1	Innledende om det regnskapsrettslige diskontinuitetsprinsipp	51
5.2	Regnskapsføring av fisjon	52
5.2.1	Hovedregel – Transaksjonsprinsippet	52
5.2.2	Kontinuitetsunntak og kontinuitetsgjennomskjæring	52
5.3	Regnskapsbestemmelsene før og nå	55
6	<u>AVSLUTTENDE SAMMENLIGNING</u>	57

1 Innledende

1.1 Innledende om oppgavens tema

Emne for oppgaven er kontinuitetsprinsippets betydning ved fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

Kontinuitetsprinsippet er en felles betegnelse for flere bestemmelser.¹ Kravet om kontinuitet er felles for en rekke bestemmelser. Bestemmelsene forutsetter at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser uten at det behøves et samtykke fra medkontrahent om endringen.² Dersom de selskapsrettslige og skatterettslige vilkår er fulgt, kan fisjonen utføres uten beskatning. Bestemmelsene i aksjelovene og skatteloven må altså kombineres for å oppnå en skattenøytral transaksjon ved fisjon. Kontinuitetsprinsippet er et felles vilkår for at en fisjon kan gjennomføres både selskapsrettslig og skatterettslig.

Kontinuitetsprinsippet er ikke klart uttrykt i loven, men det fremgår av flere bestemmelser at prinsippet er et grunnleggende vilkår for vurderingen av blant annet skattefrihet.

Kontinuitetsprinsippet har mange kontaktflater, noe som fremkommer i flere bestemmelser. Eksempler av betydning for oppgaven er aksjelovens § 14-2 og skatteloven § 11-7, samt ved gjennomskjæring av transaksjonsprinsippet i regnskapsretten. Hva kontinuitetsprinsippet innebærer må ses i forhold til de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som ønskes overført.

Kontinuitet er ikke et nytt begrep ved regulering av aksjeselskaper.³ Allerede den første norske aksjeloven av 1910 inneholdt et prinsipp om kontinuitet ved sammenslåing av aksjeselskaper. Både selskaper og aksjonærer ble berørt av kontinuitetsprinsippet. Det

¹ Bråthen, Selskapsrett 2008, s. 190.

² Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven 2009, s. 64.

Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 27-28.

³ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 28-29.

overdragende selskaps eiendeler ble overdratt i sin helhet av det overtakende selskap. Vederlaget for overdragelsen skulle fordeles på aksjeeierne i det overdragende selskap og besto av aksjer i det overtakende selskap. Dersom sammenslåingen ble utført på denne måten, kunne det overdragende selskap oppløses etter mindre kompliserte bestemmelser enn de ordinære regler om oppløsning. Det forelå imidlertid ikke kontinuitet ved forpliktelser slik det gjør i de nåværende bestemmelser. Debitorskifte ble løst ved å betale selskapets forpliktelser eller samtykke av kreditor. Aksjeloven av 1976 videreførte prinsippet og innførte også mulighet for å videreføre selskapets forpliktelser ved kontinuitet.⁴ Spesielle bestemmelser for fisjon fantes imidlertid ikke i aksjeloven 1976. I praksis ble selskaper fortsatt delt, men delingen foregikk gjennom andre selskapsrettslige bestemmelser. Delingen kunne skje ved kapitalnedsettelse eller oppløsning, for deretter å danne nye selskap eller forhøyelse av kapital ved nytegning.⁵

Kontinuitetsprinsippet utviklet seg også tidlig på det skatterettslige området. Den første høyesterettsdommen av vesentlig betydning er Rt. 1922 s. 436 De forenede Uldvarefabrikker, hvor selskapene fusjonerte ved å overdra deres eiendeler til et nystiftet selskap. Høyesterett fant at det ikke var skjedd en transaksjon med realisasjon, men at transaksjonen var utført med kontinuitet slik at skatteyder kunne påberope seg skattefrihet. Den andre sentrale høyesterettsdommen er Rt. 1925 s 1009 Bergen Privatbank. Saken gjaldt en transaksjon fra overdragende selskap til et eksisterende overtakende selskap. Høyesterett kom til at det ikke var skjedd en realisasjon. Avgjørelsen klargjorde at også transaksjon til eksisterende selskap kunne utføres uten å utløse beskatning. Dommene resulterte i at kontinuitet ble anvendt også på det skatterettslige området og åpnet for utførelse av transaksjoner uten skattlegging. Prinsippet var ikke lovfestet, men kunne anvendes på bakgrunn av fast og langvarig praksis. Kontinuitetsprinsippet ble lovfestet i skatteloven i 1996.⁶ Lovgiver fant det nødvendig å klargjøre prinsippet for å unngå usikkerhet. Bestemmelsen tilsvarte

⁴ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 29

⁵ Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2009, s. 608,
Woxholth, Selskapsrett 2012, s. 359-360.

⁶ Ot.prp. nr. 71 s. 5.

reguleringen i dagens bestemmelser.⁷ Etter skatteloven kapittel 11 kan fusjon og fisjon foretas uten beskatning hvis transaksjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Kontinuiteten må foreligge på selskapsnivå og eiernivå og gjelder overføring til eksisterende eller nye selskaper.

Før lovreguleringen var det også fast praksis å utføre fisjon uten beskatning.⁸ Rt. 1978 s. 1184 Grecon er et eksempel på dette. Saken dreide seg om en søster og en bror som overførte søsterens andel til et nystiftet selskap. Høyesterett anså at overføringen ikke kunne skattlegges som utbytte, da overføringen skjedde til det nystiftede selskapet og ikke til søsteren personlig.

I motsetning til fusjon, som innebærer at et selskap mottar alt i sin helhet, innebærer fisjon at rettigheter, eiendeler og forpliktelser overdras til to eller flere selskap. Skillet mellom et vanlig salg av virksomhet og fisjon er at vederlaget blir ytet aksjeeierne i det overdragende selskapet, jf. aksjelovens § 14-2 første ledd.

Den alminnelige selskapsrett og formuerett bygger på et diskontinuitetsprinsipp.

Prinsippet vil si at det ikke kan skje endringer som berører kreditors eller medkontrahenters posisjon uten medkontrahentens eller kreditors samtykke.⁹

Diskontinuitet kan gjøre det vanskelig å foreta en samlet overføring av selskapets forpliktelser, eiendeler og rettigheter.¹⁰ Ved anvendelse av de selskapsrettslige og skatterettslige fusionsbestemmelser vil prinsippet om diskontinuitet imidlertid avvikes. Kreditor og medkontrahenter må derfor, i de fleste tilfelle, godta et eierskifte ved fisjon uten deres samtykke.

Ved regnskapsføring av fisjon, vil hovedregelen være at fisjonen skal anses som en realisasjon. Hovedregelen vil med andre ord anses som diskontinuitet. Dette innebærer at fisjonen skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet.

⁷ Skatteloven kapittel 11

⁸ Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett 2008, s. 856.

⁹ Woxholth, Selskapsrett 2012 s. 356.

¹⁰ Giertsen, Fusjon og fisjon, 2. opplag 2000, s. 29.

1.2 Problemstilling

Oppgaven begrenses til kun å gjelde fisjon ved aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Fisjon av samvirkeforetak og selskaper som etter skatteloven § 10-1 anses som likestilt med aksjeselskap og allmennaksjeselskap, faller således utenfor.

Kontinuitetsprinsippet påvirker tolkninger på flere rettsområder. Oppgaven vil derfor omhandle både selskapsrett, skatterett og regnskapsrett. Hovedregelen i selskapsrett og skatterett er at fisjoner skal gjennomføres med selskapsrettslig, eventuelt skatterettslig kontinuitet. I regnskapsrett er hovedregelen at en fisjon skal regnskapsføres etter et diskontinuitetsprinsipp, også kalt transaksjonsprinsippet. Regnskapsrett inneholder imidlertid gjennomskjæringsbestemmelser som kan bidra til å klarlegge kontinuitetsprinsippet ved fisjon. Da fisjonsbestemmelsene i selskapsrett og skatterett i stor grad bygger på hverandre, vil det være naturlig med en samlet behandling av bestemmelsene.¹¹

I motsetning til selskapsrett og skatterett, bygger obligasjonsrett og avtalerett på et diskontinuitetsprinsipp. Som det vil fremgå av avhandlingen, kan imidlertid temaer fra avtalerett og obligasjonsrett bidra til å belyse problematikken rundt kontinuitetsprinsippet.

1.3 Systematikk og avgrensning

For at en fisjon skal kunne gjennomføres er kontinuitetsprinsippet av stor betydning. Oppgaven vil i hovedsak baseres på hva som ligger i de ulike kontinuitetsbegrepene og hvilken betydning disse har ved utføring av fisjon.

¹¹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 27-28.

Innledningsvis har jeg skrevet litt generelt om kontinuitetsprinsippet og prinsippets betydning, samt forskjellen mellom fisjon og fusjon. Da en fisjon naturligvis aldri kan utføres uten endringer, blir spørsmålet hvor grensen går mellom anvendelse av skattemessig kontinuitet og ordinære bestemmelser om beskatning.¹²

Det er nødvendig å dele oppgaven inn i de forskjellige rettsområdene, da kontinuitetsprinsippet har ulik betydning ved selskapsrett, skatterett og regnskapsrett.

I kapittel 2 behandles fisjonsbegrepet. Her behandles kort hva fisjon er og hvordan fisjon reguleres. Da det er flere måter å fisjonere på, vil jeg skrive litt om de ulike fisjonsmåtene.

I kapittel 3 vil det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet behandles. Prinsippet inndeles i eiendelskontinuitet og rettighetskontinuitet, forpliktelseskontinuitet samt eierkontinuitet.

Solidaransvaret er et viktig grep i å bevare forpliktelseskontinuitet ved fisjon. De deltakende selskaps ansvar ved fisjon vil derfor behandles i et eget punkt. Videre vil jeg vurdere det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp ved ytelse av tilleggsvederlag, ved skjevdelingsfisjon og ved trekant og firkantfisjoner.

Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp omhandles i kapittel 4. Fisjon etter skatteloven kapittel 11 kan gjennomføres til skattemessig kontinuitet dersom de skatterettslige vilkår er fulgt. Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp er et av flere vilkår som skal oppfylles. Jeg vil i oppgaven forutsette at de øvrige vilkår er oppfylt.

Kontinuitetsprinsippet deles opp i kvantitativ og kvalitative kontinuitet, samt kontinuitet på selskapsnivå og kontinuitet på aksjonærnivå. Videre vil jeg vurdere kontinuitetsprinsippet ved ytelse av tilleggsvederlag, ved skjevdelingsfisjon og ved trekantfisjoner og firkantfisjoner. Da gjennomskjæringsbestemmelsene har betydning for hvilke fisjoner som skal godtas skattefritt, vil disse bestemmelsene behandles.

¹² Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 53.

De nye bestemmelsene om grenseoverskridende fisjon bør behandles i den grad de har betydning for kontinuitetsprinsippet. Bestemmelsene er forskjellig ut fra om det overdragende selskapet er hjemmehørende i Norge eller et land i EØS. Det vil derfor kort behandles forskjellen mellom bestemmelsene. Endelig vurderes det om fisjon med skattemessig kontinuitet må følges, eller om det er en valgfrihet knyttet til anvendelsen av bestemmelsene.

Videre vil det regnskapsrettslige diskontinuitetsprinsipp behandles i kapittel 5. Regnskapsretten behandles ikke like fyldig som selskapsrettslig- og skatterettslig kontinuitetsprinsipp. Grunnen er at regnskapsretten i utgangspunktet opererer med et diskontinuitetsprinsipp. Da fisjon unntaksvis skal regnskapsføres med kontinuitet, fortjener emnet en plass i oppgaven.

Endelig vil jeg foreta en avsluttende sammenligning i kapittel 6. Jeg vil vise at fisjon er et aktuelt verktøy for omorganisering. De ulike kontinuitetsvilkår har sammenheng med hverandre innen deres respektive områder. Jeg vil derfor vise denne sammenhengen ved hjelp av eksempler. Jeg vil også vise at det er sammenheng mellom det skatterettslige og selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp.

Ofte reiser de samme rettsspørsmålene seg ved fusjon og fisjon. Reglene ved fisjon kan derfor i stor grad tolkes ved hjelp av fusjonsbestemmelsene og deres forarbeider. For øvrig vil jeg ikke gå nærmere inn på bestemmelsene om fusjon.

For enkelthetsens skyld benyttes betegnelsen ”selskap” om både aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Med det ”overdragende selskap” menes selskapet som overdrar sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap. ”Overtakende selskap” er selskapet som overtar de aktuelle eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Selv om det kan være flere overtakende selskap ved fisjon, forutsetter jeg av fremstillingstekniske grunner at det er bare et overtakende selskap.

1.4 Rettskildespørsmål

Bestemmelsene vedrørende fisjon endres stadig. Endringen skjer ofte i forbindelse med behovet for et enklere regelsett og ved tilpasning til sjette selskapsdirektiv om fisjon.¹³

Spørsmålene som reiser seg i oppgaven vil baseres på de norske bestemmelser og forarbeider. Ved behandlingen av den selskapsrettslige kontinuitet, vil aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 og allmennaksjeloven av 13. juni 1997 nr. 45 benyttes. Den norske aksjelovgivning er imidlertid blitt tilpasset bestemmelsene i EØS og dennes praksis.¹⁴ EUs direktiver kan således gi veiledning i tolkingen, jf. art. 77 og EØS-avtalens vedlegg XXII.¹⁵ Aksjeloven inneholder henvisninger til bestemmelser i allmennaksjelovens kapittel 14, og de to lovene er i stor grad sammenfallende. EUs sjette selskapsdirektiv kan derfor gi en pekepinn for begge lovgivningene.

Norske rettskilder er utgangspunktet for tolking av selskapslovgivningen, da selskapsdirektivene gir dårlig veiledning på dette punktet. Skulle vår lovgivning være i strid med gjeldende EU direktiv, vil avgjørelsen bero på en tolking. Bestemmelsene i aksjeloven/allmennaksjeloven er for øvrig klare. At bestemmelsene anses direktivstridig, vil ikke hindre at den norske bestemmelsen tas i bruk.¹⁶

EUs fusionsdirektiv er i stor grad bygget på det tredje selskapsdirektiv om fusjon.¹⁷ Fusionsdirektivet må derfor tillegges vekt ved vurderingen av fusionsdirektivet. Sjette selskapsdirektiv gjelder kun fisjon i allmennaksjeselskap, jf. art1 nr. 1.

Da bestemmelser om grenseoverskridende fisioner nylig er inntatt i de norske lovbestemmelser, vil tiende selskapsdirektiv 2005/56/EF være av betydning for

¹³ Rdir. 82/891/EØF.

¹⁴ jf. EØS-loven av 27. November 1992 nr. 109 art. 6.

¹⁵ Woxholth, Selskapsrett 2012, s. 83.

¹⁶ Finnangerdommen, Rt. 2000 s. 1811.

Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2009 s. 7.

¹⁷ EUs sjette selskapsdirektiv 82/891/EØF av 17 desember 1982, Bråthen, Selskapsrett 2008, s. 51 og 191.

vurderingen av rekkevidden av de norske bestemmelsene. Selv om direktivet omhandler fusjoner, er det relevant ved tolkingen.

Den skatterettslige kontinuitet gjennomgås med fokus på skatteloven av 26.mars 1999 nr. 14. Flere av skattelovens fisjonsbestemmelser er imidlertid nylig endret. Skattelovens forarbeider, Finansdepartementets uttalelser og proposisjoner, samt juridisk teori blir derfor viktig.

Ved fisjon skal både aksjeloven, allmennaksjeloven og skatteloven tolkes på bakgrunn av kontinuitetsprinsippet. Dette kan gi et annet tolkingsresultat enn ved omorganiseringer for øvrig. Av hensyn til kreditorer er for eksempel hovedregelen at man ikke kan overføre forpliktelser til andre selskap uten deres samtykke. Med kontinuitetsprinsippet i fisjonsbestemmelsene kan hovedregelen omgås.

Ved vurdering av regnskapsrettslig kontinuitet vil regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56 og regnskapsstandarden NRS (F) anvendes. Standarden er kun en foreløpig standard, men den bør legges til grunn ved regnskapsføring av fisjon.¹⁸

¹⁸ Ernst & Young, Årsavslutning 2011, s. 28.

2 Fisjonsbegrepet

2.1 Hva er fisjon?

Med fisjon menes en deling av et selskaps rettigheter, forpliktelser og eiendeler på to eller flere selskaper. Formålet ved fisjonen vil ofte være å etablere flere selskaper som fordeles mellom aksjonærene, for eksempel i forbindelse med generasjonsskifte. Vederlaget kan bestå av vederlagsaksjer eller vederlagsaksjer i kombinasjon med tilleggsvederlag.

En fordel ved fisjon er at transaksjonen ikke vil anses som en realisasjon.

Transaksjonen kan derfor bli skattefri for eier og selskap. Hva som anses som en skattefri fisjon, vil bero på om skattelovens vilkår er fulgt. Fisjonsbestemmelsene avviker fra de øvrige bestemmelser for kapitalinnskudd i aksjelovens kapittel 10.

2.2 Reguleringen av fisjon

Kravene for å gjennomføre en fisjon følger av aksjelovens kapittel 14 og skatteloven kapittel 11. Fisjon utført i henhold til aksjelovens kapittel 14, kan begrunne skattefrihet etter skatteloven kapittel 11, jf. skatteloven § 11-4 første ledd. Fisjonen vil ikke medføre at skatteplikten bortfaller. Fisjonen utløser imidlertid ikke umiddelbar skatteplikt etter gjennomføringen.¹⁹ Zimmer hevder derfor at skatterettslig kontinuitet er mer treffende betegnelse, mens Folkvord benytter uttrykket skattenøytralitet.²⁰ I uttrykket skattenøytral foreligger et vilkår om at transaksjonen ikke medfører en endring i selskapets skatteposisjoner. Selv om transaksjonen ikke utløser beskatning vil det ikke være riktig å kalle dette nøytralitet om endringen medfører endring i skatteposisjonene. Forarbeidene benytter for øvrig uttrykket skattefri og jeg vil benytte denne betegnelsen i fremstillingen.

¹⁹ Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 387.

²⁰ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 46.

Ved skatterettslig kontinuitet bidrar skattelovens fisjonsbestemmelser til å redusere realisasjonsprinsippets uheldige effekter.²¹ Eksempelvis vil samfunnsøkonomisk gunstige fisjoner som tidligere ble forhindret av uønsket beskatning, nå kunne utføres.

Deling av et selskap ble i forarbeidene ansett som et videre begrep enn fisjon.²² Aksjelovens kapittel 14 inneholder er en mer direkte regulering av fisjon enn aksjelovens øvrige omorganiseringsbestemmelser.²³ Formålet med kontinuitetsprinsippet i aksjelovene er å forenkle og legge til rette forholdene for fisjon.²⁴

Tidligere omfattet særbestemmelsene i kapittel 14 kun fisjon mellom norske selskap.²⁵ Begrensningen gjaldt både overdragende og overtakende selskap. Et norsk selskap kunne fisjonere med et selskap i EØS, men bare etter de alminnelige bestemmelser i aksjelovene. I dag er det imidlertid inntatt bestemmelser om fisjon over landegrensene, jf. aksjelovens § 14-12. Norge har implementert EUs tiende selskapsdirektiv om grenseoverskridende fisjon.²⁶ Bestemmelsen åpner for at et norsk selskap kan fisjonere med et overtakende selskap hjemmehørende i en eller flere EØS-stater. Det samme gjelder om overdragende selskap er hjemmehørende i EØS og overtakende selskap i Norge.

EØS-avtalen inneholder ikke noen krav om harmonisering av skatteretten. EØS-avtalens generelle bestemmelser vil imidlertid ha innvirkning på den norske skatteretten.²⁷ EØS-avtalens innvirkninger gjelder for eksempel ved overholdelse av de

²¹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 59.

²² NOU 1996:3 s.82, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 112.

²³ Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave 2004, s. 845.

²⁴ NOU 1996:3 s. 120.

²⁵ Aarbakke m.fl., Aksjeselskap og allmennaksjeselskap- kommentarutgave 2004, s. 847.

²⁶ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 8.2.2.

²⁷ Lignings ABC 2011/2012 s. 470.

fire friheter, diskriminering og forbud mot begrensninger av grenseoverskridende transaksjoner.

2.3 Ulike fisjonsmåter

Det er flere måter å fisjonere på. Hvordan fisjonen gjennomføres har skatterettslig og regnskapsrettslig betydning.

For det overdragende selskap kan fisjonen for det første bety at selskapet enten videreføres eller blir oppløst i takt med fisjonen. Videreføres selskapet, må det gjennomføres en kapitalnedsettelse. Dermed reduseres kapitalen tilsvarende det som er overført til det overtakende selskap.²⁸ Et overdragende selskap kan også overføre fri egenkapital.²⁹ Lovgivningen hindrer ikke fisjon uten kapitalnedsettelse.

For det annet kan fisjon gjennomføres ved at samtlige av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til to eller flere overtakende selskap. Selskapet vil ved en slik overdragelse bli oppløst ved det nye selskapets overtakelse. Hvor det overdragende selskapet blir oppløst ved fisjon, kommer aksjelovens § 14-2 annet ledd til anvendelse. Et selskap som overdrar samtlige av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser, skal straks oppløses og avvikles, jf. skatteloven § 11-9. Da bestemmelsene i aksjelovens kapittel 14 ikke inneholder henvisning til lovens kapittel 16, må det antas at kapittel 14 er uttømmende for oppløsende fisjoner.³⁰ Oppløsning av selskap er imidlertid ofte lite praktisk, da det er oftest er mer lønnsomt å beholde tidligere selskap.

Med hensyn til det overtakende selskap kan det skilles mellom fisjon ved stiftelse av et nytt overtakende selskap eller overtakelse av et allerede eksisterende selskap.

²⁸ Zimmer/BAHR, *Bedrift, selskap og skatt* 2010, s. 599.

²⁹ Ot.prp. nr. 71 s.71-72 om §8-7 nr. 2.

³⁰ Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* 2009, s. 611.

Fisjon med nystiftet overtakende selskap kan for eksempel bli aktuelt ved generasjonsskifte, ved uenighet blant aksjonærene, eller ved et ønske om å skille ut en del av virksomheten til et spesialisert selskap. Spesialisering av virksomhet utføres gjerne av bedriftsøkonomiske grunner.³¹ Selskapene kan bli mer lønnsomme hver for seg, eller aksjonærene kan ha et ønske om å spre risiko.

Ved fusjon med nystiftelse av selskap blir det overdragende selskap utfisjonert til et eller flere nystiftede selskap. Slike fisjoner kalles også rene fisjoner. Fisjonsreglene blir støttet opp med reglene om stiftelse i kapittel 2. Forholdet er regulert i aksjelovenes § 14-2 første ledd.

En kombinasjon av fusjon og fisjon ("fisjonsfusjon") foreligger når det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser blir overført helt eller delvis til ett eller flere eksisterende selskap. Selskapet foretar først en fisjon og deretter fusjon i samme transaksjon. Overførselen reguleres i sin helhet av reglene om fisjon, uten at det blir snakk om fusjon, jf. aksjelovenes §§ 14-2 første ledd og 14-3 annet ledd.³² Fisjon med et eksisterende selskap omfattes av bestemmelsene om skattefri fisjon i skatteloven § 11-4.

Aksjelovenes kapittel 14 gjelder horisontale fisjoner. Et konsern som skiller ut eiendeler i eget nystiftet eller eksisterende datterselskap, gjennomfører "en vertikal fisjon", som faller utenfor aksjelovenes fisjonsbestemmelser. Ved vertikale fisjoner er selskapet og ikke aksjonærene i det overdragende selskapet som vil motta vederlag.³³ Dette anses derfor som en konsernintern fisjon. En vertikal fisjon omfattes av de skatterettslige bestemmelser om konserninterne overføringer, jf. skatteloven kapittel § 11-20.

Bestemmelsene i aksjelovenes § 14-2 tredje ledd legger også til rette for trekantfisjoner og firkantfisjoner. Fisjonen skjer ved at vederlaget overføres til det overdragende

³¹ Woxholth, Selskapsrett 2012, s. 359.

³² Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.3.3.4.

³³ Prinsippfråsegn /fortolking, 30.05.2002, 02/905 SL VP/KR

selskap fra et annet selskap i samme konsern som det overtakende selskapet.³⁴ Det er for øvrig kun trekantfisjoner som kan foretas med skattemessig kontinuitet.

Overdragelsen skjer normalt mot et vederlag i aksjer. Vederlaget kan bestå av aksjer i det overtakende selskap, morselskap eller i et annet datterselskap.³⁵

Fordelingen av vederlaget behøver ikke skje på samme måte som eierforholdet i det overdragende selskapet. En fisjon med en slik fordeling kalles skjevdelingsfisjon.³⁶

³⁴ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 104.

³⁵ Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2009, s. 610-611.

³⁶ Woxholth, Selskapsrett 2012 s. 360.

3 Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp

3.1 Innledende om det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp

De ordinære selskapsrettslige og formuerettslige bestemmelsene er et resultat av ønsket om å regulere og fremme næringsvirksomhet. Som et ledd i reguleringen er det bestemmelser som søker å beskytte minoriteter og kreditorer.³⁷ Vernet er også grunnen til at de alminnelige bestemmelsene ikke åpner for å dele selskaper uten at kreditor samtykker i overdragelsen.³⁸ Realisasjonsbegrepet vil i utgangspunktet omfatte alle ufrivillige og frivillige salg.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp følger ikke direkte av aksjelovene. En forutsetning om et kontinuitetsprinsipp følger imidlertid av aksjelovene § 14-2. Kontinuitetsprinsippet er en forutsetning for at eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal kunne overføres ved fisjon. Dette medfører at selskapets medkontrahenter ikke uten videre kan gå fra avtalen på grunn av endringene utført hos det overdragende selskap.³⁹ Transaksjonen kan overføres uten identitetsskifte.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet kan deles inn i eiendels- og rettighetskontinuitet, forpliktelseskontinuitet samt eierkontinuitet.⁴⁰ En beskrivelse av det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp kan ta utgangspunkt i denne tredelingen.

Tidligere inneholdt skatteloven § 11-1 annet ledd et krav om at fisjonen blant annet måtte følge selskapsrettslige bestemmelser for å kvalifisere til skattemessig kontinuitet. Etter et forslag fra Finansdepartementet, er vilkåret nå opphevet.⁴¹ Det ble vektlagt at brudd på de selskapsrettslige bestemmelser om saksbehandling ikke burde få

³⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) 3.1.2 og 3.1.3

³⁸ Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 243.

³⁹ Aarbakke m.fl., Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2004, s. 580.

⁴⁰ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 29.

⁴¹ Endringslov av 10. juni 2011 nr. 16

skatterettslig betydning med mindre skattemessige hensyn skulle tilsi dette.⁴²

Departementet fastsatte at de vilkår av betydning for skattefri gjennomførelse reguleres i skatteloven § 11-2 flg. Kravene til de ulike fisjonstyper, skattemessig kontinuitet for selskaper og aksjonærer, samt krav til tilleggsvederlag finnes her. Departementet anså derfor at det ikke var nødvendig at fisjonen skulle gjennomføres etter de selskapsrettslige bestemmelser. Da skatteloven kapittel 11 inneholder henvisninger til aksjelovgivningens fisjonsbestemmelser, forutsettes det imidlertid fortsatt at flere av de selskapsrettslige bestemmelser skal følges for å oppnå skattemessig kontinuitet.⁴³ Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp vil derfor ha betydning for skatterettslig kontinuitet.

3.2 Selskapsrettslige kontinuitetsvilkår

3.2.1 Eiendelskontinuitet/rettighetskontinuitet

Eiendels- og rettighetskontinuitet vil si at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps eiendeler og rettigheter som eier.⁴⁴ Dette forutsettes i aksjelovene § 14-2 første og annet ledd.

At eiendeler og rettigheter kan overføres, følger også av alminnelig kontraktsrett. Adgangen til overførsel går imidlertid lenger ved fisjon.⁴⁵ Husleieloven er et eksempel på dette. Selv om fremleie normalt kun er tillatt der det foreligger samtykke, jf. husleieloven § 8-4 første og tredje ledd, må utleier normalt godta at det overtakende selskap blir ny leietaker etter fisjonen.

Et krav om kontinuitet ved overføring av rettigheter har betydning for at selskapet skal kunne fortsette driften. Dersom selskapene måtte ha samtykke før overføring av

⁴² Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.1.

⁴³ Prop 78 L (2010- 2011) punkt 7.5.1 og skatteloven § 11-4 første ledd.

⁴⁴ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 30

⁴⁵ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s.201.

rettighetene, kunne innhenting av samtykke vanskeliggjøre omorganiseringen. Innhenting av samtykke ville således stride mot fisjonsbestemmelsenes hensikt om forenklet og effektiv omorganisering.

Hvordan eiendelene blir fordelt, har betydning for videreføring av det overdragende selskaps forpliktelser. For kreditor kan det være en bristende forutsetning om eiendelene fordeles uten at eiendelenes tilknyttede forpliktelser følger med. Forarbeidene til den tidligere selskapskatteloven forutsetter derfor at den som overtar en eiendel, også overtar de medfølgende forpliktelser.⁴⁶ Det er altså ikke tillatt å fisjonere ut selskapets eiendeler og la forpliktelsene være igjen i det overdragende selskapet.⁴⁷

3.2.2 Forpliktelseskontinuitet

Kreditorer har som regel ikke særlig innvirkningsmulighet for videreføring av låneavtaler slik de ellers har mulighet til etter aksjelovens alminnelige bestemmelser. Det følger indirekte av aksjelovene § 14-2 første ledd at selskapene ved fisjon kan overdra forpliktelser fra overdragende selskap til det overtagende selskap uten at kreditor samtykker til overdragelsen.⁴⁸ Bestemmelsen må anses som en særskilt hjemmel, da hovedregelen tilsier at man ikke kan overføre forpliktelser til andre uten samtykke fra kreditor.⁴⁹

Tidligere ble overføring av forpliktelser regulert av alminnelige bestemmelser om debitorskifte.⁵⁰ Overføring av forpliktelser med kontinuitet kunne ikke ensidig kreves av selskapet.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 71 punkt 2.3.6.1.

⁴⁷ NOU 1992:29 s.207-208.

⁴⁸ Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 243.

⁴⁹ Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven: kommentarutgave 2004, s.854, Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s.42-43, Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011, s.869-670.

⁵⁰ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42.

Det er hensynet til kreditors sikkerhet som tilsier at et selskap vanligvis ikke kan overføre sine forpliktelser til et annet selskap uten samtykke. Hadde selskapet hatt fri adgang til å fragå forpliktelser ved å sette en annen inn i hans sted, kunne det skape usikkerhet for kreditor. Det kan derfor spørres om kontinuitet ved forpliktelser går på bekostning av kreditorvernet.

Forpliktelseskontinuitet stiller seg annerledes ved fisjon enn fusjon.⁵¹ Ved fusjon vil det overdragende selskaps aktiva og passiva overføres til det overtakende selskap i sin helhet. De eiendeler og rettigheter kreditorene tidligere hadde mulighet til å legge beslag på, vil fortsatt finnes i det overtakende selskapet og kan tjene som dekning for kreditorene i henhold til vanlige regler. Ved fisjon er situasjonen en annen ettersom eiendeler, rettigheter og forpliktelser deles på flere selskaper. Fisjonen kan dermed svekke selskapets evne til oppfyllelse. Kreditor skal etter aksjelovene § 14-7 jf. § 13-14 varsles om fisjonen og gis mulighet til å uttale seg. Selskapene behøver imidlertid ikke ta hensyn til kreditors innvendinger.

Aksjelovene skal blant annet beskytte kreditor og å hindre useriøs virksomhet.⁵² Kontinuitet kan imidlertid ses på som en motpol til kreditorvernet.⁵³ Aksjelovens fisjonsbestemmelser må derfor bidra til å ivareta hensynet til kreditor. Kreditorene beskyttes i den avgrensning fisjonsbestemmelsene i aksjelovene kapittel 14 gir.⁵⁴ På bakgrunn av kreditors stilling er det også lagt til grunn at aksjeinnskuddet skal gi reell dekning for aksjekapitalen. Forbudet mot å tegne aksjer til underkurs, jf. aksjelovene § 2-12 første ledd, kan også ses som et resultat av kreditorvernet. Nedenfor behandles også solidaransvaret aksjelovene kapittel 14. Solidaransvaret er en viktig del av vilkåret om forpliktelseskontinuitet.

⁵¹ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42-43.

⁵² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) 3.1.2 og 3.1.3.

⁵³ Giertsen, fusjon og fisjon 2000, s. 60.

⁵⁴ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 59, Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 200.

3.2.3 Eierkontinuitet

Eierkontinuitet er når det overdragende selskaps aksjonærer mottar aksjer som vederlag i det overtakende selskap. Vederlaget mottas for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres til det overtakende selskapet. Eierkontinuitet er et grunnleggende vilkår for skattefri omorganisering og skiller fisjon fra andre typer overdragelser.

For aksjeeierne i det overdragende og det overtakende selskap kan en fisjon være en inngripende transaksjon.⁵⁵ Aksjelovgivningen tar derfor sikte på å verne aksjeeiere. En generalforsamling kan for eksempel sette et vederlag for lavt til skade for aksjonærminoriteten i det overdragende selskapet. Settes vederlaget for høyt vil dette være til skade for aksjonærminoriteten i det overtakende selskapet.

Fullstendig eierkontinuitet vil være vanskelig å oppnå, da aksjeloven inneholder flere fissionsmuligheter som vil bryter med denne. For å ivareta eierkontinuitet ved fisjon, inneholder imidlertid aksjelovene kapittel 14 flere bestemmelser for å sikre at eierkontinuiteten er tilstrekkelig.

Et eksempel er fissionsplanen. Her er vernet om eierne søkt ivaretatt dersom fisjonen griper inn i aksjeeiers rettsstilling. Etter aksjelovene §§ 13-7, jf. 14-4 tredje ledd skal aksjeeiers rettsstilling angis i fissionsplanen dersom fisjonen medfører endringer. Et ytterligere vern kan ses i aksjelovene § 14-6 tredje ledd. Når aksjeeiernes rettsstilling blir endret slik at aksjeeierne får en annen rettsstilling i det overtakende selskapet kreves det tilslutning fra alle avgitte stemmer og hele den representerte aksjekapital. Aksjonæren blir imidlertid bundet til vedtakelsen dersom han/hun ikke deltar på generalforsamlingen.

Det kreves ikke eierkontinuitet etter fissionsdirektivet.⁵⁶ I følge aksjelovens forarbeider er imidlertid hensynet til eierkontinuitet viktig.⁵⁷ Det søkes størst mulig trygghet i aksjonærenes investering. Da formålet med aksjelovgivningene er å tilrettelegge for

⁵⁵ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 62.

⁵⁶ Art. 2 nr.1, jf. art. 24.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) 3.1.2 og 3.1.3.

næringsvirksomhet, kan imidlertid ikke aksjonærvernet gå på bekostning av virksomheten. Det må være en balanse mellom hensynene.

Ved en fisjon hvor det overdragende selskapet ikke opphører, vil selskapet stå igjen med færre eiendeler og rettigheter. Ut fra prinsippet om forpliktelseskontinuitet, vil også forpliktelsene bli mindre i det forpliktelsene skal følge eiendelene de er tilknyttet til. Selskapet vil for øvrig stå igjen med de forpliktelser som ikke fulgte med fisjonen. Dette kan føre til at kreditorene vil få dårligere mulighet for dekning.

For å ivareta eierkontinuitet ved fisjon, inneholder også aksjelovene kapittel 14 flere bestemmelser med for å sikre at eierkontinuiteten er intakt. Disse behandles nedenfor.

3.3 Solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd

I utgangspunktet vil anvendelse av kontinuitetsprinsippet føre til at det overtakende selskapet skal hefte for de forpliktelser selskapet har overtatt.⁵⁸ Kreditor kan da risikere å få sine fordringer plassert i et mindre solid selskap enn tidligere. Som et ledd for å ivareta kreditorvernet, er det derfor oppstilt et solidaransvar i aksjelovene § 14-11 tredje ledd. Bestemmelsen er ment å motvirke de negative sidene ved fisjonen og samsvarer med fusionsdirektivet art.12 nr.3.⁵⁹ Kreditor blir på denne måten bedre sikret, da alle deltakende selskaper i fisjonen blir ansvarlig. Aksjelovene § 14-11 tredje ledd beskytter til en viss grad det overdragende selskaps kreditorer mot at forpliktelser skal overføres til et mindre solid selskap.⁶⁰ Bestemmelsen oppstiller et begrenset solidaransvar for de parter som har deltatt i fisjonen. Ansvarer er begrenset til nettoverdien av det som ble mottatt ved fisjonen.

⁵⁸ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42.

⁵⁹ Rdir. 82/891 EF.

⁶⁰ Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2009, s. 615.

På tross av at ansvaret er begrenset, kan ansvaret utgjøre en betydelig gjeldspost.⁶¹ Dersom aksjelovene § 14-11 tredje ledd ikke hadde inneholdt en slik begrensning, ville kostnadene imidlertid være svært mye høyere, noe som ville ført til færre fisjoner.

Hvor det overdragende selskapet blir oppløst og alle selskapets eiendeler blir overført til to eller flere overtakende selskaper, hefter ikke det overdragende selskapet lenger for forpliktelsene. Heller ikke aksjonærene hefter for det oppløste selskapets forpliktelser utover det som følger av vanlige regler. I Rt. 1991 s. 119 Normount Africa Line kom Høyesterett frem til at det måtte kreves en spesiell og uansvarlig handling for at ansvarsgjennombrudd kunne kreves. Løsningen må derfor bli at de selskaper som overtar det overdragende selskaps aktiva og passiva vil være solidarisk ansvarlige. Giertsen nevner at en konsekvent benyttelse av kontinuitetsprinsippet tilsier at bare selskapet som skal stå ansvarlig etter fisjonsplanen, skal hefte.⁶² Ved en slik behandling risikerer kreditorene at de overføres til et mindre solid selskap uten mulighet for dekning fra andre selskaper. Løsningen ville stride mot kreditorvernet og kan ikke være en heldig løsning. I forarbeidene ble det vurdert om det skulle foreligge en tidsbegrensning for solidaransvaret.⁶³ Justisdepartementet anså imidlertid solidaransvaret for forpliktelser som et vesentlig element der fisjonsreglene representerer et tvungent debitorskifte slik at en tidsbegrensning ikke ville være rimelig.

Alminnelig kontrakts- og formuerett inneholder en lignende solidaransvarsbestemmelse som i aksjelovene § 14-11 tredje ledd.⁶⁴ Debitor kan ikke ensidig bestemme at en annen debitor skal overta forpliktelsene. I PECL artikkel 12:101 er det forutsatt at selv om forpliktelsene overdras til annet selskap, vil det overdragende selskapet kunne stilles til ansvar. Forskjellen fra solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd er imidlertid at solidaransvaret i de kontraktsrettslige bestemmelsene innebærer et ubegrenset ansvar. Prinsippet om solidaransvaret følger for eksempel av gjeldsbrevloven §§ 2 og 39. De

⁶¹ Giertsen, Fisjon og fusjon 2000, s. 42 note 81.

⁶² Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42-43.

⁶³ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s.242, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 174.

⁶⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011, s. 869.

alminnelige reglene om debitorskifte utgjør et sterkt kreditorvern. Det finnes for øvrig unntak fra den alminnelige bestemmelsen om solidaransvar.

Kreditor er, som nevnt, søkt beskyttet gjennom aksjelovenes bestemmelser om begrensning av tilleggsvederlag mv. Bestemmelsene utgjør imidlertid ikke alene særlig god beskyttelse av kreditor. Et solidaransvar vil derfor være nødvendig for å opprettholde vernet om kreditor. Uten et solidaransvar, kunne kreditor risikere at fordringene fikk dårligere dekningsgrunnlag. Det bør derfor vurderes om solidaransvaret etter fisjonsbestemmelsene inneholder de samme unntak som etter alminnelig formue- og kontraktsrett.

Et unntak er at kreditor samtykker til at den tidligere debitor blir fri for ansvar.⁶⁵ Det kan derfor stilles spørsmål om det overdragende selskapet kan bli unntatt fra solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd dersom kreditor samtykker til dette. Aksjelovene § 14-11 tredje ledd søker å styrke vernet om kreditor. Det oppstår derfor spørsmål om en avtale om å fri det overdragende selskap for ansvar vil føre til at kreditorvernet svekkes.

Det kan dras en parallell til avtale om samtykke for gjennomføring av fisjon. Det følger av forarbeidene at et selskap ikke kan utføre fisjon med kontinuitet dersom selskapet har avtalt med kreditor at det kreves samtykke ved omorganisering.⁶⁶ Avtalen vil gå foran kontinuitetsprinsippet og kreditor må godkjenne at det skjer et debitorbytte ved fisjonen. Dette kan indikere at man har mulighet til å avtale ansvarsfraskrivelse. Slik jeg ser det, vil ikke en slik avtale føre til betenkeligheter, da avtalen ikke vil føre til svekkelse av vernet. Kreditor har samtykket til avtalen og sagt fra seg det vernet § 14-11 tredje ledd gir. Bestemmelsen oppstiller også et solidaransvar hvor hovedansvaret ligger hos det selskap som har overdratt forpliktelsen.⁶⁷ Avskrivning av ansvar vil ikke føre til mer ansvar for de andre selskapene. På grunn av begrensningen til nettoverdien som ble tilfalt selskapet vil deres ansvar være uavhengig av avtalen. At

⁶⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011, s. 873

⁶⁶ NOU 1992:29 s.200, jamfør s. 198.

⁶⁷ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 300.

fisjonsbestemmelsene gir en slik mulighet følger også av kapittel 4.3 i Fusjon og Fisjon.⁶⁸

Et annet unntak ved ordinær gjeldsovertakelse er når kreditor behandler det nye selskapet som debitor. I følge Hagstrøm har terskelen for godkjenning av slikt ”handlende samtykke” vært meget lav, noe han er skeptisk til.⁶⁹ Praksisen følger av Rt 1938 s. 598 hvor avgjørelsen gjaldt hvem som skulle anses som debitor etter et kjøp av eiendom. Om det kan oppstilles et slikt unntak for solidaransvaret etter fisjonsbestemmelsene, er uklart. I utgangspunktet vil det ikke foreligge samtykke fra kreditor for utførelsen av fisjon. Det kan derfor virke uheldig å godta at kreditors beslagsmulighet blir avkortet ved å henvende seg til et av de solidarisk ansvarlige kreditorene. Departementet har heller ikke satt noe tidsbegrensning for solidaransvaret.⁷⁰ Dette styrker synet om at lovgiver ikke ønsker å avkorte kreditors muligheter for dekning. Av hensyn til kreditorvernet som fremstilles i aksjelovgivningens forarbeider og lovgivning for øvrig, kan det vanskelig tenkes at det finnes en slik mulighet ved fisjon.

For solidaransvaret er det ofte snakk om et skifte av debitor. Det kan derfor stilles spørsmål om ansvaret også gjelder de gjenværende forpliktelsene i det overdragende selskap. Det følger også av ordlyden i aksjelovene § 14-11 tredje ledd at solidaransvaret kun gjelder forpliktelse omfattet i fisjonsplanen. Det følger av aksjeloven § 14-4 første ledd nr. 1 at fisjonsplanen skal angi ”...fordelingen av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser på de selskapene som deltar i fisjonen”. Det må derfor antas at de gjenværende forpliktelser også omfattes av solidaransvaret.

Kreditor får ikke automatisk en dårligere stilling enn han hadde før fisjonen. En fisjon med oppløsning og overføring til eksisterende selskaper vil kunne føre til at kreditorene får flere beslagsmuligheter enn tidligere. Vernet vil dermed kunne bli bedre enn i det overdragende selskap.

⁶⁸ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42 note 81.

⁶⁹ Hagstrøm. Obligasjonsrett 2011, s. 873

⁷⁰ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s.242, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 174.

3.4 Selskapsrettslig kontinuitet ved ytelse av tilleggsvederlag

Normalt vil aksjonærene i det overdragende selskap motta aksjer i det overtakende selskap som vederlag.⁷¹ Vederlagsaksjene skal, som utgangspunkt, fordeles på aksjeeiere i det overdragende selskap i samme forhold som den enkeltes aksjepost.⁷² Foreligger det avvik, vil det føre til brudd på eierkontinuiteten. Det er for øvrig ikke alltid bytteforholdet går opp når aksjene fordeles forholdsmessig.⁷³ Det er derfor hensiktsmessig med bestemmelser som tillater vederlag i annet enn aksjer og at det er rom for elastisitet.⁷⁴

Aksjelovene § 14-2 første ledd nr. 2 åpner for at selskapene kan utbetale et vederlag i tillegg til aksjevederlaget. Bestemmelsen setter en grense på 20 %. Bestemmelsen er perseptorisk, da det anses rettsstridig å gi tilleggsvederlag ut over dette.⁷⁵

Konsekvensen blir at transaksjonen ikke anses som fisjon i selskapsrettslig forstand.

Likhetsprinsippet tilsier at vederlagsaksjene og tilleggsvederlaget skal fordeles forholdsmessig mellom det overdragende selskaps aksjeeiere.⁷⁶ Dersom skjevdelingen kun omfatter tilleggsvederlaget, vil verken kreditorvern eller eierkontinuitet bli berørt. Det er derfor ingen betenkeligheter ved slik ytelse av tilleggsvederlaget. Dersom tilleggsvederlaget skjevdeles for å medføre endringer fra det overdragende selskaps eiersammensetning, vil imidlertid eierkontinuiteten påvirkes. Aksjonærenes interesser ivaretas ved at fisjon med tilleggsvederlag skal godkjennes med flertall som for vedtektsendringer etter aksjeloven § 14-6 første ledd. I tillegg påvirker begrensningen i tilleggsvederlaget selskapets endringsmuligheter. Selskapet kan derfor ikke utføre store

⁷¹ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 30.

⁷² Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 113.

⁷³ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 122.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 209.

⁷⁵ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 119.

⁷⁶ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 125.

endringer i eiersammensetningen ved hjelp av fisjon.⁷⁷ Hadde det vært mulighet til å avtale denne grensen selskapene i mellom, ville minoriteter og kreditor bli skadelidt.

Ytelse av tilleggsvederlag ved fisjon er en lovlig utdeling og vil ikke omfattes av aksjelovens bestemmelser om utbytte, jf. aksjelovene § 3-6 første ledd.⁷⁸ Selskapet kan derfor yte tilleggsvederlag selv om vederlaget overstiger den frie egenkapital. Uttak fra selskapets overskuddsfond vil imidlertid gjøre at selskapets soliditet svekkes. Dette kan berøre selskapets kreditorer.

Siden aksjelovene § 14-2 første ledd nr. 1 kan utgjøre et brudd på eierkontinuiteten, vektla justisdepartementet særlig hensynet til eierkontinuitet ved utformingen av bestemmelsen. Det ble ansett at eierkontinuiteten fortsatt var intakt ved utdeling av tilleggsvederlag under 20% av det samlede vederlag.⁷⁹ Tilleggsvederlagets ramme var også gjenstand for evaluering, da aksjelovutvalget ønsket at hele vederlaget kunne ytes som kontanter.⁸⁰ Av hensyn til eierkontinuitet førte ikke forslaget frem. Giertsen er for en endring til 100% kontant vederlag.⁸¹ Han har imidlertid betenknninger ved kontantvederlag som overstiger den frie egenkapital. Siden det i dag er muligheter til å gjøre uttak fra overskuddsfondet ved utdeling av tilleggsvederlag, bør det kanskje være rom for å fortsette med det. Uttak vil imidlertid kunne ramme kreditors muligheter for dekning svært hardt, noe som kan være uheldig både for selskapet og kreditor. Å gå utover den bundne egenkapital vil naturligvis ikke kunne gjennomføres, da uttak medfører at selskapet ikke oppfyller kravene for aksjeselskap eller allmennaksjeselskap.

Et tilleggsvederlag kan utbetales av det overtakende selskap, det overtakende selskaps morselskap eller det overdragende selskap selv.⁸² Aksjelovene § 14-2 første ledd nr. 2

⁷⁷ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s.118 og 122.

⁷⁸ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 127.

⁷⁹ NOU 1996:3 9.4, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) 11.3.4,
Giertsen, Fisjon og fusjon 2000, s. 118.

⁸⁰ NOU 1996:3 punkt 9.4.3.

⁸¹ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 328.

⁸² Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett 2008, s. 604,

gjelder imidlertid kun for tilleggsvederlag som utbetales til aksjonær i det overdragende selskap. Hvorfor man ikke kan yte vederlag til aksjonærer i det overtakende selskap kan diskuteres.⁸³ Hensynet til minoritetsaksjonærer og kreditorer er like godt ivaretatt i begge selskaper.

3.5 Selskapsrettslig kontinuitet ved trekantfisjon og firkantfisjon

Trekantfisjon er hvor vederlaget består av aksjer i et annet selskap enn det overtakende selskap, normalt morselskapet.⁸⁴ En firkantfisjon kjennetegnes ved at vederlaget består av aksjer i et annet datterselskap i samme konsern som det overtakende selskap. De selskapsrettslige bestemmelsene legger til rette for å utføre trekantfisiomer og firkantfisiomer etter § 14-2 tredje ledd.

Ved trekantfisjon og firkantfisjon må det overtakende selskapet tilhøre et konsern, jf. aksjelovene § 14-2 tredje ledd. Et eller flere av konsernselskapene må i tillegg utgjøre minst 90 % av det overtakende selskaps aksjekapital og stemmer.

Trekantfisiomer og firkantfisiomer utgjør imidlertid utfordringer knyttet til det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp. Fisiomene bryter med fullstendig eierkontinuitet, da det overtakende selskapet ikke selv yter vederlagsaksjene. Ved en trekantfisjon, hvor vederlagsaksjene ytes av det overtakende selskaps morselskap, vil eierkontinuiteten være begrenset. Fisiomen medfører for øvrig en viss grad av kontinuitet, da det er en nær tilknytning mellom morselskapet og det overtakende selskapet. Trekantfisjon er godtatt da det er ansett at fisiomen gjennomføres med en tilstrekkelig grad av eierkontinuitet.

Ved en firkantfisjon vil et annet datterselskap i konsernkjeden kunne overføre vederlag til det overdragende selskap. De selskapsrettslige bestemmelser om firkantfisjon bryter

Andersen m.fl., Fusjon og fisjon 2002 s. 57.

⁸³ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 252.

⁸⁴ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 52 og 135.

dermed kravet om eierkontinuitet.⁸⁵ Med ”annet datterselskap”, jf. aksjelovene § 14-2 tredje ledd, menes datterselskap som eies av det overtakende selskaps morselskap og selskap lenger ned i konsernkjeden.⁸⁶

Etter fisjonsdirektivet art. 3 nr. 1 faller trekantfisjoner og firkantfisjoner utenfor. Heller ingen av de nordiske landene har en lignende bestemmelse.

3.6 Selskapsrettslig kontinuitet ved skjevdelingsfisjon

Ved fisjon vil eierforholdet normalt videreføres slik det var før fisjonen ved at eierforholdet er det samme i det overtakende selskapet som i det overdragende selskap før fisjonen.⁸⁷ Aksjonærenes eierandel blir altså ikke høyere eller lavere i det overtakende selskap.⁸⁸ Ved en skjevdeling vil derimot eierforholdet i de overtakende selskaper avvike fra eierforholdet i det overdragende selskap.

Det følger av bestemmelsen i aksjelovene § 14-2 første ledd at aksjeeiere i det overdragende selskap skal motta vederlag for de overførte eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Fordelingen er for øvrig ikke gitt i ordlyden, noe som kan tilsi at lovgiver tillater skjevdeling. I Rt. 2008 s. 438 Habberstad- dommen ble dette synet lagt til grunn.⁸⁹ At skjevdeling er tillatt forutsettes også i aksjeloven § 14-6 tredje ledd.

Et vilkår etter det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp er at det foreligger eierkontinuitet. En skjevdeling vil imidlertid føre til brudd i fullstendig eierkontinuitet, ved at skjevdelingen medfører forskyvning av eiersammensetningen. Det må derfor vurderes om det foreligger tilstrekkelig eierkontinuitet ved fisjonen. Det kan stilles spørsmål om minoritetsaksjonærene, som aksjelovene kapittel 14 søker å verne, vil lide

⁸⁵ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 135.

⁸⁶ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 135.

⁸⁷ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 113.

⁸⁸ Matre, kommentar på www.rechtsdata.no, aksjeloven § 14-6 note (2285).

⁸⁹ Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 242.

av gjennomføring av skjevdelingsfisjon. Som hovedregel skal aksjeeierne i det overdragende selskapet kunne delta i samme forhold ved fisjonen i samtlige deltakende selskaper, jf. aksjelovene § 14-6 tredje ledd. Dersom det likevel skal tillates å utføre en skjevdelingsfisjon, kreves det tilslutning fra alle avgitte stemmer fra samtlige aksjeeiere og hele aksjekapitalen som er representert i generalforsamlingen.⁹⁰ Skjerpelsen gjør at aksjonærene vil få mulighet til å hindre at fisjonen skjer med skjevdeling. Aksjonærene vil få innkallelse til generalforsamlingen og dermed mulighet til å påvirke resultatet. Etter min oppfatning vil vernet om minoritetsaksjonær anses ivaretatt dersom aksjonæren velger å la være å delta og ikke overføre sin stemmerett til annen aksjonær som deltar på møtet.

Det presiseres i aksjelovens forarbeider at enstemmighetskravet i aksjelovene § 14-6 tredje ledd likevel ikke gjelder når aksjeeierne selv kan velge hvilket selskap de ønsker å fortsette som aksjeeier i.⁹¹

Skjevdeling kan være aktuelt ved for eksempel generasjonsskifte eller samarbeidsproblemer mellom aksjonærene. Generalforsamlingens enstemmighet kan for øvrig vanskeliggjøre en skjevdeling, selv om skjevdelingen er nødvendig for selskapet.

Skjevdelingsbestemmelsen avviker fra likhetsprinsippet i aksjelovene § 5-20 første ledd nr. 4. Likhetsprinsippet går ut på at alle aksjer av samme størrelse har lik rett i selskapet, jf. aksjelovene § 4-1. Bestemmelsen søker å skape likhet og hindre usaklig forskjellsbehandling. Også vedtektene kan inneholde et unntak fra likhetsprinsippet, jf. aksjelovene § 4-1 første ledd annet punktum. Likhetsprinsippet er altså ikke absolutt. Skjevdelingsfisjon vil fortsatt kunne utføres selv om skjevdelingen bryter med likhetsprinsippet.

Kravet om forpliktelseskontinuitet vil være intakt ved skjevdelingsfisjon. Kreditorne vil ikke bli berørt, da det i utgangspunktet kun er eiersammensetningen som blir endret.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 241.

⁹¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 173.

4 Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp

4.1 Innledende om skattemessig kontinuitet

En fisjon kan anses skattefri dersom de skatterettslige vilkårene blir fulgt. Kontinuitetsprinsippet er et avgjørende vilkår for skattefritak ved fisjon, da de videreførte skatteposisjonene anses uendret.⁹²

Skattemessig kontinuitet medfører en utsettelse av transaksjonsbeskatning og det skjer en overføring i skatteposisjoner fra det overdragende til det overtakende selskapet.⁹³

Det skatterettslige kontinuitetsbegrepet omfatter kun de skatteposisjoner med innvirkning på inntektsskatt. Fullstendig skatterettslig kontinuitet vil være urealistisk å oppnå. Det åpnes derfor for avvikelse av hovedregelen om fullstendig kontinuitet. Unntakene er utviklet gjennom praksis, og er hovedsakelig på grunn av hensynet til effektivitet.

Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp følger indirekte av teksten i skatteloven § 11-7 annet og tredje ledd. Bestemmelsen angir de skatteposisjoner som ikke kan forandres ved en fisjon.⁹⁴ At det er tale om skattemessig fisjon, følger av bestemmelsens overskrift. Fraværet av det skatterettslige kontinuitetsprinsipp vil føre til at fisjonen ikke blir unntatt beskatning. Slike disposisjoner gjennomføres etter de alminnelige formuerettslige bestemmelser.

Den skatterettslige kontinuitet har betydning på selskapsnivå og aksjonærnivå. Nivåene vil behandles hver for seg nedenfor.

De skatterettslige bestemmelsene har en virkningsside og en vilkårsside. Vilkårssiden setter et krav om at både de kvalitative og kvantitative sider ved skatteposisjonene må videreføres på aksjonær og selskapsnivå.⁹⁵ Vilkårene må oppfylles av samtlige

⁹² Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 1.3.1.

⁹³ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 142, 146 og note 449.

⁹⁴ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 54-55 og note 129.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 1.3.1.

selskaper involvert i fisjonen. For oppfyllelse av virkningssiden må ikke transaksjonen utløse skatteplikt eller fradragsrett.

Skattemessig kontinuitet ved fisjon er betinget av at selskapsrettslig kontinuitet foreligger. Det er lagt til rette for at et selskap kan utfisjoneres skattefritt dersom fisjonen skjer i takt med bestemmelsene i aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 14, jf. skatteloven § 11-4. Et eksempel er fisjonsfordringsdommen Rt. 2008 s.438 – Habberstad-dommen. Rettsavgjørelsen gjaldt et selskap som ønsket at en aksjonær skulle uttrede av selskapet på grunn av helsemessige årsaker. Før Høyesterettsdommen var det vanlig å benytte aksjeloven kapittel 12 om innløsning ved nedsettelse av aksjekapital og den uttredende aksjonær ble beskattet etter gevinstbeskatningsreglene ved realisasjon av aksjer, jf. skatteloven § 10-30 flg.⁹⁶ I denne saken ble uttreden imidlertid gjennomført ved fisjon. Det overdragende selskapet, Licentia, overdro en fordring til det overtakende selskapet, Modd AS. Da skatteloven forutsetter at de selskapsrettslige bestemmelser er fulgt, ble det lagt vekt på det fisjonsbegrep som omfattes av aksjeloven. Høyesterett vurderte at aksjelovens § 14-2 var tilfredsstillt ved en fordring, selv om det overtakende ikke gjaldt eiendeler eller gjeld som inngikk i det overdragende selskaps balanseregnskap. Videre uttalte Høyesterett at § 14-4 første ledd nr. 1 kunne tale for at det fra lovgivers side var ment å ta sikte på en oppsplitting av det overdragende selskaps eiendeler og gjeld. Skattelovens forarbeider trakk imidlertid imot at fisjonsfordring burde aksepteres.⁹⁷

I tidligere praksis er det stilt få krav om at det overtakende selskap skal videreføre det overdragende selskaps virksomhet. Det er også godtatt av skattemyndighetene at lån opptas og at kontantene deretter utfisjoneres. Da opptak av lån og utfisjonering av kontantene er svært likt bruk av fisjonsfordring, ble fisjon ved fisjonsfordring godkjent. Beslutningen tilsier altså at det ikke er nødvendig å oppta lån for gjennomføring av fisjon, men at det er nok å etablere en fisjonsfordring. Dommen kan tyde på at det er

⁹⁶ Bugge-Reiersen/ Sjøfjell, Artikkel: Uttreden gjennom fisjon:

Rekkevidden av fisjonsbegrepet i aksjeloven § 14-2.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) pkt. 29.3.2.2 s. 144.

mindre grunn til å skille mellom svært like tilfeller når hensynet til minoritetsaksjonærer og kreditorer er ivaretatt.

Etter subjektprinsippet skal det utføres en selvstendig bedømmelse av selskap og aksjonær.⁹⁸ Unntak fra dette krever et særlig rettslig grunnlag. Subjektprinsippet vil i utgangspunktet brytes ved fisjon, da skatteposisjonene overføres mellom det overdragende og det overtakende selskap.

4.2 Kontinuitetsvilkår for skattefrihet

4.2.1 Oversikt

Vilkåret om skattemessig kontinuitet følger av skatteloven § 11-7 første ledd. En beslutning om skattemessig kontinuitet, gjelder både skatteposisjoners art og størrelse. Dette tilsvarer en kombinasjon av kvalitativ og kvantitativ kontinuitet.⁹⁹

Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp er et samlebegrep som viser kravene til rettslig sammenheng mellom skatteposisjoner før og etter videreføring. Grunnlaget følger av skatteloven § 11-4 annet ledd. Ved skattemessig kontinuitet skilles det mellom kvantitativ og kvalitativ kontinuitet, samt kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå.

4.2.2 Kvantitativ kontinuitet

Kvantitativ kontinuitet vil si at en størrelse ikke vil bli forandret ved overførsel til et annet selskap. Eierforholdet vil heller ikke forskyves ved overføringen til et overtakende selskap. Det er altså forutsatt at vederlaget er lik verdien av aksjene i det innløste selskapet.¹⁰⁰ Kvantitativ kontinuitet fremgår av kravene i skatteloven § 11-8 første ledd. Aksjonærenes fissionsvederlag i det overdragende selskapet skal ha samme

⁹⁸ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 48.

⁹⁹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 72-77, 220 og 54-55.

¹⁰⁰ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 73-74.

verdi som de innløste aksjene. Det foreligger ingen forskyvning av formue, kun en ombytting av verdier mellom selskapene.

Formålet med kvantitativ kontinuitet vil være å hindre uønskede skattetilpasninger ved fisjon.¹⁰¹ Dersom loven ikke hadde inneholdt et slikt krav, kunne aksjonærene overført verdier seg i mellom uten beskatning. En slik ordning kunne lett misbrukes.

Det vil være nødvendig å beregne de skattemessige verdier som overføres. Dette for å sikre den kvantitative kontinuitet på aksjonærnivå.¹⁰²

På aksjonærnivå har kvantitativ kontinuitet og skattemessig kontinuitet en nær sammenheng.¹⁰³ Kvantitativ kontinuitet er av stor betydning for vernet om aksjonærene, da de bidrar til å bevare kontinuitet på aksjonærnivå. Det kreves oppfyllelse av både kvantitativ kontinuitet og kontinuitet på aksjonærnivå for å oppnå nøytralitet og effektivitet.

4.2.3 Kvalitativ kontinuitet

Kvalitativ kontinuitet vil være en videreføring av skatteposisjoners karakter. Dette kommer til syne hvor en virksomhet overføres uforandret til det overtakende selskap. Dersom virksomheten endres, vil det derimot foreligge diskontinuitet på kvalitativt nivå. Ved fisjon hvor deler av det overdragende selskapet overføres til et overtakende selskap, kan det reises spørsmål om den kvalitative kontinuiteten er intakt. En oppdeling av selskapet vil kunne gjøre virksomheten i dårligere stand til å oppfylle sine forpliktelser enn tidligere. Det vil da foreligge brudd på forpliktelseskontinuitet og kvalitativ kontinuitet.

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 71 (1995-1996) s. 71-72.

¹⁰² Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 222.

¹⁰³ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 100.

4.2.4 Kontinuitet på selskapsnivå

Formålet med kontinuitet på selskapsnivå er at selskapsdelingen får liten betydning i skattemessig forstand.¹⁰⁴ Prinsippet følger av § 11-7 første ledd og er ytterligere presisert i § 11-8 fjerde ledd. Det fremgår av skatteloven § 11-8 fjerde ledd at kontinuitet på selskapsnivå innebærer at skatteposisjoners verdi og ervervstidspunkt skal følge den gjenstand den har tilknytning til.¹⁰⁵ Ved skattemessig kontinuitet på selskapsnivå vil altså skatteposisjonen knyttes til samme objekt både før og etter transaksjonen.¹⁰⁶ Forskjellen er at skatteposisjonen flyttes til et nytt subjekt. Årsaken er at dette gir større grad av skattemessig kontinuitet.

En skatteposisjon kan være skatteplikt eller fradragrett knyttet til en eiendel som overføres fra det overdragende til det overtakende selskapet. Skatteposisjonen ville uansett fulgt eiendelen ved salg. En benyttelse av taps- eller gevinstbeskatning vil også være umulig dersom den ikke følger eiendelen den er tilknyttet.

Å sannsynliggjøre hvilke skatteposisjoner som tilhører de ulike eiendeler og rettigheter, kan by på problemer. Det finnes ikke noen felles krav til grad av tilknytning.¹⁰⁷ Etter ordlyden i skatteloven § 11-8 fjerde ledd må skatteposisjonen ha tilknytning til eiendeler eller gjeld idet disse overføres til det overtakende selskap.

Skatteposisjonene skal fordeles i samme forhold som de overførte nettoverdiene i selskapet dersom de ikke kan knyttes til bestemt eiendel eller gjeld.¹⁰⁸ Det er tre muligheter ved fordeling av skatteposisjonene. Hovedsakelig skal de følge eiendeler og gjeld, men dersom det ikke lar seg bestemme hvilke eiendeler og gjeld skatteposisjonene er tilknyttet, kan skatteposisjonene følge virksomheten eller fordeles i samme forhold som nettoverdiene.¹⁰⁹ I utgangspunktet vil kontinuitet på selskapsnivå

¹⁰⁴ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 177.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.2.3.4 og 2.3.6.1.

¹⁰⁶ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 147.

¹⁰⁷ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 181.

¹⁰⁸ Skatteloven § 11-8 tredje ledd.

¹⁰⁹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 186.

brytes hvor man ikke kan knytte de overførte skatteposisjoner mot eiendeler og gjeld. Ved benyttelse av skatteloven § 11-8 tredje ledd vil det imidlertid oppstå kontinuitet mellom skatteposisjoner og nettoverdien som overføres i selskapet.

Subjektprinsippet tilsier at skattesubjekter skal bedømmes på selvstendig grunnlag.¹¹⁰ Prinsippet innebærer også at skattyter ikke kan overføre skatteposisjoner til andre skattesubjekter uten et rettslig grunnlag. Prinsippet vil brytes på selskapsnivået, men blir i stor grad opprettholdt på aksjonærnivå når transaksjonen knyttes til samme subjekt.¹¹¹

Det er en viss sammenheng mellom kontinuitet på selskapsnivå og kontinuitet på aksjonærnivå. Dersom det foreligger diskontinuitet på selskapsnivå, vil dette føre til et kontinuitetsbrudd på aksjonærnivå. Eksempelvis vil en følge av en endring i selskapet være at aksjens art blir endret, en endring som bryter kontinuiteten på aksjonærnivå.

4.2.5 Kontinuitet på aksjonærnivå

Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå kjennetegnes ved at vederlagsaksjenes inngangsverdi og ervervstidspunkt skal være det samme som de avstående aksjer i det overdragende selskap, jf. skatteloven § 11-7 annet ledd.¹¹² Skatteposisjonene er med andre ord knyttet til samme subjekt før og etter overførselen. Den eneste endringen er at de er videreført til et nytt objekt. Kontinuitetsprinsippet på aksjonærnivå medfører at aksjene ikke anses realisert. Vilkåret om lik inngangsverdi fraviker fra kontinuitet på selskapsnivå, da det ikke er noe vilkår om at skatteposisjonene er fordelt likt som de virkelige verdier. Vilkårene må oppfylles av samtlige selskaper involvert i fisjonen.

¹¹⁰ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 48

¹¹¹ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.3.1.

¹¹² Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.2.

Aksjens ervervstidspunkt kan følge FIFO prinsippet etter skatteloven § 10-36 eller ervervstidspunkt ved anvendelse av gjennomsnittsmetode.¹¹³ Ved FIFO prinsippet vil de innløste aksjenes ervervstidspunkt videreføres på vederlagsaksjene. Dersom aksjonæren har ervervet aksjer i det overdragende selskap ved forskjellig tidspunkt, vil FIFO prinsippet tilsi at den aksje som først ble ervervet, først vil bli realisert. Ved benyttelse av gjennomsnittsmetode skal den skattemessige inngangsverdi på aksjene fordeles i samme forhold som aksjekapital og virkelige verdier fordeles mellom selskaper. Hvordan man skal tolke forarbeidene vedrørende ervervstidspunkt er nokså uklart. Zimmer antar at FIFO prinsippet kun er delvis gjeldende ved fisjon.¹¹⁴ Folkvord hevder på sin side at det ikke er rettskildemessig bakgrunn verken for helt eller delvis tilsidesettelse av FIFO prinsippet, jf. Rt. 2003 s. 82 Helgås. I saken kom Høyesterett til at FIFO-prinsippet skal følges. Retten mente at det er en oppgave for lovgiver å endre bestemmelsen dersom det skal være muligheter for å sette prinsippet til side.

Aksjenes inngangsverdi og ervervstidspunkt vil ha større aktualitet hos personlige aksjonærer i forhold til selskapsaksjonærer. Etter fritaksmetoden vil selskapsaksjonærer ha mulighet til å selge sine aksjer uten fradragsrett eller skatteplikt.¹¹⁵ For en personlig aksjonær vil aksjenes inngangsverdi og ervervstidspunkt ha betydning for aksjonærens mulighet for anvendelse av skjerming ved beskatningen av utbytte og gevinst.

Kontinuitet på aksjonærnivå har en kvalitativ og kvantitativ side. Både størrelsen og arten av skatteposisjoner skal videreføres.¹¹⁶ Dette fremgår av en utvidende tolkning av skatteloven § 11-7 annet ledd.

I 4.2.4 siste avsnitt nevnes det at et brudd på kontinuitet ved selskapsnivå også vil medføre diskontinuitet på aksjonærnivå. Slik er det også hvor det foreligger diskontinuitet på aksjonærnivå. Det kan imidlertid være vanskeligere å se at dette skal

¹¹³ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.3.6.1 og s. 71 .

¹¹⁴ Zimmer/BAHR, *Bedrift, selskap og skatt 2010*, s. 612-613,
Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon 2006*, s. 228.

¹¹⁵ Jf. skatteloven § 2-38 første ledd a

¹¹⁶ Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon 2006*, s. 220.

ha konsekvenser for kontinuitet på selskapsnivå. En endring av aksjens art påvirker vanligvis ikke at selve virksomheten endres. Skatteloven § 11-7 annet ledd kan imidlertid ses som et ledd i å opprettholde ønsket eierkontinuitet ved fisjon. I tillegg vil bestemmelsen bidra til aksjelovens vern om kreditorer og minoriteter. I Ot.prp. nr. 71 s. 71 forutsettes det at overtredelse av grensen for tilleggsvederlag får betydning på selskapsnivå og aksjonærnivå. Det må derfor legges til grunn at en overtredelse på aksjonærnivå vil få betydning på både selskapsnivå og aksjonærnivå.

4.3 Skattemessig kontinuitet ved ytelse av tilleggsvederlag

Skattefritaket omfatter kun vederlagsaksjer i selskaper som direkte deltar i fisjonen, jf. skatteloven § 11-6 første ledd. Av den grunn kan tilleggsvederlaget ses på som negativt avgrenset.¹¹⁷ Det innebærer at andre økonomiske gjenstander enn aksjer, som naturalytelser og kontantytelser, vil bli ansett som tilleggsvederlag. Disse vil falle utenom skattelovens unntaksbestemmelser og være gjenstand for beskatning etter de alminnelige bestemmelser om utbytte, uttak og gevinst.¹¹⁸ Fisjon med tilleggsvederlag vil altså bare være delvis skattefri.

Ved vurdering om det foreligger utdeling av tilleggsvederlag, er det i følge Folkvord avgjørende om en formueforskyvning er betaling for det overdragende selskap.¹¹⁹ Giertsen hevder at ytelsene må anses som tilleggsvederlag hvis selskapet tok hensyn til utbetalingene når bytteforholdet ble fastsatt.¹²⁰

Selv om et tilleggsvederlag ikke anses som et selskapsrettslig utbytte, er det vanlig praksis i skatteretten å behandle tilleggsvederlaget som utbytteutdeling når vederlaget utdeles i samme eierforhold som tidligere.¹²¹ Hvor det skjer en verdiforskyvning, vil

¹¹⁷ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 248.

¹¹⁸ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.2 s. 16-17, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.3.8.1.

¹¹⁹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 248.

¹²⁰ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000 s. 128.

¹²¹ Andersen m.fl., Fusjon og fisjon 2002 s. 162.

dette kunne anses som salg av aksjer med påfølgende gevinstbeskatning eller tapsfradrag.

Det er opp til selskapet å avgjøre hvordan tilleggsvederlaget skal fordeles. Det kan avtales at tilleggsvederlaget skal fordeles forholdsmessig eller ved skjevdeling.¹²²

Tilleggsvederlagets 20 % grense omfatter kun det samlede vederlaget på selskapsnivå. Dersom tilleggsvederlaget også skulle vurderes ut fra det samlede vederlaget på aksjonærnivå, ville det ikke vært mulig for aksjonærer å tre ut av selskapet ved hjelp av fisjonsbestemmelsene.¹²³ Grensen er i stor grad skattemessig begrunnet. Folkvord finner det vanskelig å forstå, da tilleggsvederlaget uansett vil utløse skatteplikt.¹²⁴

Tilleggsvederlaget påvirker den kvalitative kontinuitet på aksjonærnivå, da utbetaling av tilleggsvederlaget hindrer fullstendig kontinuitet på aksjonærnivå, jf. skatteloven § 11-8 første ledd. Kravet er det samme som i aksjelovene § 14-2 første ledd nr. 2. Aksjeloven krever et betydelig element av kvalitativ kontinuitet på aksjonærnivå og det samme må antas å gjelde for kontinuitet etter skatteloven.¹²⁵ Det må derfor antas at det vil være tilstrekkelig kontinuitet på tross av tilleggsvederlag.

Tilleggsvederlaget gjør skjevdelingsfisjon mulig. Ved bruk av tilleggsvederlag kan eiersammensetningen bli forskjøvet. Forskyvningen vil imidlertid ikke utgjøre store endringer, da grensen på 20 % hindrer dette. De som mottar tilleggsvederlag, vil motta mindre aksjer i det overtakende selskap. Tilleggsvederlaget ligner på salg av aksjer som fører til realisasjonsbeskatning.

Tilleggsvederlaget er satt til 20% av det samlede vederlaget for å unngå omgåelser av fisjonsbestemmelsene.¹²⁶ Hadde ikke lovgivningen inneholdt en begrensning, ville det

¹²² Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 26.

¹²³ Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett 2008, s. 850-851.

¹²⁴ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 127

¹²⁵ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 75.

¹²⁶ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 257, 254 og 256.

vært mulighet til å utnytte selskapets bundne egenkapital ved fisjon. Skattefritaket kan bortfalle dersom det påvises omgåelse av 20% grensen. Slik omgåelse vil ikke befattes av ulovfestet gjennomskjæring eller avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90. Det er fordi omgåelse av 20% grensen ikke er ubetinget skattemessig motivert. Ved en vurdering av tilleggsvederlaget skal hvert selskap evalueres hver for seg.

Da utdeling av tilleggsvederlag innebærer et uttak fra selskapet, kan det stilles spørsmål om uttak fra selskapet medføre et brudd på den kvantitative kontinuitet, jf. skatteloven § 11-8. Prinsippet forutsetter at verdien av tilleggsvederlaget og vederlagsaksjene er lik verdien av aksjene i det overdragende selskap og at kravet til kvantitativ kontinuitet er oppfylt.¹²⁷ På grunn av tilleggsvederlaget vil fullstendig skattemessig kontinuitet sjeldent oppnås. Det vil derfor være uheldig å kreve fullstendig kontinuitet for å kunne fisjonere med skattemessig kontinuitet. Det følger derfor av praksis at det kreves en betydelig grad av kvalitativ kontinuitet på aksjonærsiden.

En overskridelse av tilleggsvederlagets 20 % grense medfører konsekvenser. Hva konsekvensen innebærer er imidlertid uklart. Folkvord nevner tre alternativer. Overskridelsen medfører skatt på selskaps- og aksjonærnivå. Et annet alternativ er at skatteplikt kun utløses på aksjonærnivå. Overskridelsen kan også medføre skatteplikt for de som mottar for mye tilleggsvederlag.¹²⁸ Etter at fritaksmetoden ble gjennomført, er dette en meget sentral problemstilling. Grensen for tilleggsvederlaget vil ikke få betydning for selskapsaksjonærene dersom sanksjon kun skjer på aksjonærnivå, da selskapsaksjonærer kan motta tilleggsvederlag fritt etter skatteloven § 2-38. Det kan også innvendes at det vil være urimelig at overtredelse av tilleggsvederlaget skal berøre aksjonærer som ikke har mottatt slikt tilleggsvederlag. Skattelovens forarbeider forutsetter imidlertid at en overtredelse av tilleggsvederlaget får betydning på selskapsnivå og aksjonærnivå.¹²⁹

¹²⁷ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 73.

¹²⁸ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 259.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 71 s. 71.

4.4 Skatterettslig kontinuitet ved skjevdelingsfisjon

I skattelovens forarbeider påpekes det at det kan være problematisk å fordele aksjekapitalen forholdsmessig. Problemet viser seg særlig i tilfelle hvor aksjonærene skal skille lag ved fisjonen. Skjevdeling kan her være et aktuelt virkemiddel. Av skatteloven § 11-8 første ledd følger et vilkår at den reelle og den skattemessige verdien skal være den samme før og etter fisjonen.¹³⁰ En skjevdeling vil i utgangspunktet falle utenfor bestemmelsene om skattefri fisjon.

I selskapsskattelovens forarbeider aksepterte Finansdepartementet ikke-forholdsmessige fisjoner.¹³¹ Dette på tross av at slike fisjoner vil medføre kontinuitetsbrudd på aksjonærnivå og at en skattefri fisjon kjennetegnes nettopp ved tilstedeværelse av kontinuitet.

Når selskapene sjelden oppnår fullstendig skattemessig kontinuitet ved transaksjoner, må det vurderes om det foreligger vesentlig grad av kontinuitet. På grunn av grensen i tilleggsvederlaget vil ikke en skjevdelingsfisjon medføre store endringer i selskapenes eiersammensetning. En skjevdelingsfisjon må derfor anses å omfattes av skattefriheten, dersom fisjonen skjer etter bestemmelsene oppfyller de øvrige vilkår for skattefrihet.

I henhold til kontinuitetsprinsippet må bytteforholdet avgjøres ut fra de faktiske verdier som overføres. Dersom bytteforholdet skulle bli avgjort etter bokført verdi, ville verdiene kunne avvike stort og gi et uriktig bilde. Vurdering ut fra bokført verdi kunne også ført til en skjevdelingsfisjon som i prinsippet ikke var tiltenkt.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 35 og 72.

¹³¹ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s.115, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.3.3.4 s. 16.

4.5 Skatterettslig kontinuitet ved trekantfisjon og firkantfisjon.

Som nevnt, åpner aksjelovene § 14-2 tredje ledd for gjennomføring trekantfisjoner og firkantfisjoner.¹³² Spørsmålet blir derfor om de skatterettslige bestemmelsene tillater en skattefri behandling av trekantfisjoner og firkantfisjoner. Det skatterettslige forholdet reguleres av skatteloven § 11-4.

Det følger av forarbeidene at trekantfisjoner vil kunne utføres med skattemessig kontinuitet.¹³³ Fisjonen kan utføres da den anses å ha det minimum av kontinuitet på eiernivå som kreves. Det følger også av skatteloven § 11-4 første ledd.

Ved trekantfisjoner oppstår det også et problem i forhold til kontinuitet på selskapsnivå, da skatteloven § 11-7 første ledd tar forbehold om at det vil være et overdragende og et overtakende selskap som deltar i fisjonen.¹³⁴ I prinsippet vil det dreie seg om tre parter. Det overdragende selskap, det overtakende selskap og morselskapet, som utbetaler vederlagsaksjer til aksjonærene i det overdragende selskapet. I henhold til forarbeidene løses utfordringen ved at morselskapet og det overtakende selskap anses å stå i samme skattemessige stilling som om det kun var en overtakende part.¹³⁵

Skatteloven stiller seg annerledes til firkantfisjoner enn aksjelovene. Skatteloven § 11-4 første ledd annet punktum uttrykker at skattefritaket ikke gjelder for forhold etter aksjelovene § 14-2 tredje ledd. Hvor det overdragende selskap mottar vederlagsaksjer fra et annet datterselskap i samme konsern som det overtakende selskap, vil ikke kunne utføres med skattemessig kontinuitet. I følge forarbeidene vil det ikke være verdt å beskytte slike overføringer mot skatteplikt, da slike fisjoner er nært knyttet opp til salg. I tillegg utgjør firkantfisjoner et fullstendig brudd i kvalitativ kontinuitet på eiernivået og kan av den grunn ikke utføres skattenøytralt.¹³⁶

¹³² Se selskapsrettslig behandling av temaet 3.5.

¹³³ Ot.prp. nr. 71 punkt 2.3.2.2.

¹³⁴ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.2.

¹³⁵ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.2.

¹³⁶ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s.214, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 14 - 15.

Trekantfisjoner kan før øvrig også medføre et like komplett kontinuitetsbrudd.¹³⁷ Dersom overtakende selskap likvideres eller selges etter gjennomføringen av fisjonen, vil dette utgjøre et kontinuitetsbrudd lignende bruddet som oppstår ved firkantfisjoner. Folkvord finner det derfor inkonsekvent at trekantfisjoner godtas.¹³⁸ En trekantfisjon vil i utgangspunktet representere en vertikal og en horisontal transaksjon og gir et stykke på vei de samme virkninger som ved en vertikal fisjon. Å tillate trekantfisjoner når vertikale fisjoner ikke skal omfattes, er i følge Folkvord, en lite konsekvent handling. Folkvord hevder det bør enten konsekvent tillates eller nektes. Når aksjelovene kapittel 14 og skatteloven kapittel 11 reguleres med et formål å forenkle og effektivisere fisjonsbestemmelsene, er jeg enig i Folkvords argumenter. En vertikal fisjon vil imidlertid omfattes av de skatterettslige bestemmelser i skatteloven kapittel § 11-20 om konserninterne overføringer. En vertikal fisjon kan derfor utføres skattefritt uten å benytte de skatterettslige bestemmelser om fisjon.

Ved en trekantfisjon vil det etableres en fordring mellom morselskapet og overtakende selskap. Fisjonsfordring som oppstår etter aksjeloven §14-2 tredje ledd, vil medføre skatteplikt for gevinst, samt fradragsrett for tap. Det skatterettslige kontinuitetsprinsipp tilsier at fordringens skattemessige verdi settes lik skattemessig netto egenkapital på det som er overført i det overtakende selskap.¹³⁹

4.6 Skatterettslig gjennomskjæringslære

Det er legitimt å innrette seg slik at selskapets skattebelastning blir lavest mulig.¹⁴⁰ Det er imidlertid grenser for hvilke overføringer som kan godtas når de er utført for å spare skatt. Det er for eksempel ikke tillatt å omgå eller utnytte de skatterettslige

¹³⁷ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 214.

¹³⁸ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 212-213.

¹³⁹ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.4, Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett 2008, s. 860.

¹⁴⁰ Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 60.

bestemmelser slik at de strider i mot deres formål. I følge Folkvord, viser de skatterettslige bestemmelser en svakhet, da de skaper innrettelsesmuligheter og skatterettslige incitament. ¹⁴¹ Muligheter til å innrette seg kan virke lite nøytralt og være i strid med effektivitetsnormen.

Fusjonsskattedirektivet artikkel 15 åpner for at medlemsstatene kan begrense adgangen til å benytte direktivets alternativer dersom hovedformålet med transaksjonen er skatteunndragelse eller skatteomgåelse. ¹⁴² Avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90 samsvarer med direktivet. Gjennom rettspraksis og juridisk teori er det også utformet en ulovfestet gjennomskjæringsregel. ¹⁴³ Formålet for gjennomskjæringsregelen er det samme som avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90 og hindrer at skattytere omgår skattebestemmelsene til egen fordel.

Kontinuitetsprinsippet kan til en viss grad anses som et tiltak som indirekte rammer omgåelser. ¹⁴⁴ Kvantitativ kontinuitet sikrer at en størrelse ikke vil bli forandret og at eierforholdet ikke vil forskyves ved videreføring til overtakende selskap. Unntak fra kontinuitetsprinsippet kan skje hvor selskapet forsøker å omgå skattebestemmelsene.

Hvilken av bestemmelsene som benyttes, vil ha betydning for hvordan den aktuelle transaksjonen skal vurderes. Vurdering ut fra skatteloven § 14-90 skal skje på objektivt grunnlag. Det vil si at det vurderes hvilket motiv en tenkt skattyter i en tilsvarende situasjon ville hatt. ¹⁴⁵ Hvilket motiv den aktuelle skattyter faktisk hadde ved transaksjonen, vil ikke vurderes. Vurderingsmåten samsvarer med forståelsen av den tidligere avskjæringsbestemmelsen i selskapsskatteloven § 11-7 fjerde ledd. ¹⁴⁶ I motsetning til den tidligere bestemmelsen omfatter dagens regulering også det

¹⁴¹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 150.

¹⁴² Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.3.2.

¹⁴³ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.2, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 2.3.5.1 s. 22.

¹⁴⁴ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 409.

¹⁴⁵ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 412.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.7.4, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 30 flg. og 72.

overdragende selskaps aksjonærer. Endringen åpnet også for muligheter for innrettelse ved fritaksmetoden.¹⁴⁷

Gjennomskjæringsregelen bygger på et grunnvilkår samt en helhetsvurdering av forholdet.

Grunnvilkåret er at transaksjonen er gjennomført med formål om å spare skatt.¹⁴⁸ Skatteformålet må ha veid mer enn de andre formål til sammen.¹⁴⁹ Jf. Hex-dommen Rt. 2007 s. 209 og Telenor-dommen Rt. 2006 s.1232 skal vurderingen skje på subjektivt grunnlag, altså hvilket formål skattyter antas å ha vektlagt.¹⁵⁰ I andre rettsavgjørelser vektlegges imidlertid en vurdering etter virkningene transaksjonen medfører.¹⁵¹ Videre blir vurderingen av transaksjonens formål vurdert objektivt.

Avskjæring etter skatteloven § 14-90 kan gi mindre inngripen enn ved full tilsidesettelse etter den ulovfestede regelen.¹⁵² Muligheten til å utnytte skatteposisjoner bortfaller dersom skatteposisjonen utgjør en fordel. Dersom skatteposisjonen utgjør en ulempe for selskapet, skal den inntektsføres uten mulighet for avregning mot underskudd. Ved anvendelse av avskjæringsbestemmelsen vil det fortsatt foreligge en fisjon med rett til skattemessig kontinuitet for alle poster, bortsett fra de særskilte skatteposisjonene.¹⁵³ Det skjer ingen generell gjennomskjæring som ved den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Ved anvendelse av avskjæringsbestemmelsen blir resultatet alltid helt/delvis diskontinuitet, i motsetning til situasjoner med anvendelse av ulovfestet gjennomskjæringsregel. Hvor et ønske om diskontinuitet motiverer transaksjonen, vil motivasjonen kunne føre til kontinuitet ved benyttelse av ulovfestet gjennomskjæringsregel. Ved anvendelse av den ulovfestede

¹⁴⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) s.79 og 82 flg., Ot. Prp. nr. 71 (1995 – 1996) s. 32.

¹⁴⁸ Jf. Hex-dommen Rt. 2007 s. 209, avsnitt 39.

¹⁴⁹ Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 65.

¹⁵⁰ Hex-dommen Rt. 2007 s. 209, avsnitt 50.

¹⁵¹ ABB- dommen Rt. 1999 s. 946, s. 955.

¹⁵² Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.3.2 -14.3.3, Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 77.

¹⁵³ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 435.

gjennomskjæringsregel, vil transaksjonen medføre en realisasjon og beskatning. Bestemmelsene i skatteloven kapittel 11 kommer ikke til anvendelse.

Skatteloven § 14-90 kommer til anvendelse på forhold hvor det ikke det er aktuelt å benytte de ulovfestede gjennomskjæringsregler og fungerer derfor som et supplement til den ulovfestede gjennomskjæringsbestemmelse.¹⁵⁴ Etter henvisningen til kapittel 11 i skatteloven § 14-90 annet punktum kan bestemmelsen for øvrig få betydning for alle tilfelle av omorganisering.

Etter forarbeidene til den tidligere avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 11-7 stilles strengere beviskrav etter den generelle ulovfestede omgåelsesnorm enn etter skatteloven § 14-90.¹⁵⁵ Etter forarbeidene kreves det sannsynlighetsovervekt for at avskjæringsbestemmelsen skal komme til anvendelse. Lignings-ABC nevner at overveiende i dette tilfellet, vil være mer enn 50 %.¹⁵⁶ Det antas av den grunn at avskjæringsbestemmelsen har en lavere terskel i forhold til den ulovfestede gjennomskjæringsregel.¹⁵⁷

Avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90 kan ikke benyttes på forhold utenfor lovens ordlyd. Grunnen er at fisjonen kan tilsidesettes ved andre bestemmelser, som for eksempel ulovfestet gjennomskjæring.¹⁵⁸

Det kan stilles spørsmål ved nødvendigheten av to overlappende bestemmelser med samme formål. Når lovgiver oppstiller en lavere terskel for avskjæringsbestemmelsen, vil færre tilfeller rammes av den ulovfestede bestemmelsen. Det kan derfor indikere at skatteloven § 14-90 er en mer generell bestemmelse i forhold til tidligere og at behovet for den ulovfestede bestemmelsen bortfaller.

¹⁵⁴ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.3.2.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 31.

¹⁵⁶ Lignings ABC 2011-2012, s. 1234.

¹⁵⁷ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.2, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 72.

¹⁵⁸ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 403, note 1178.

Finansdepartementet evaluerte skatteloven § 14-90 som nødvendig, da bestemmelsen gir god preventiv effekt.¹⁵⁹ Et forslag i Prop. 78 L (2010-2011) var at bestemmelsen måtte inneholde et klarere budskap om kontinuitet ved aktiviteten.¹⁶⁰

Finansdepartementet kom til at formålet med bestemmelsene var å legge til rette for at selskaper kunne organiseres på en best mulig måte. Aktiviteter som ikke virker illojale, skal derfor kunne utføre en skattefri gjennomførelse.

Folkvord hevder at avskjæringsbestemmelsen er en overflødig bestemmelse i tillegg til den generelle ulovfestede regelen.¹⁶¹ Han mener bestemmelsen bør oppheves da den bidrar til unødvendig komplikasjoner. Jeg er i det vesentlige enig i hans syn om at to bestemmelser er overflødig. Det kommer tydeligere frem når lovgiver har utvidet anvendelsesområdet i skatteloven § 14-90. Det er for øvrig flere grunner til at en lovfestet bestemmelse kan være nødvendig. Hvis rekkevidden av bestemmelsene er uklare, vil dette føre til uforutsigbarhet og inngrep mot skattyters transaksjoner. De rammede vil for øvrig ofte være klar over at de befinner seg i grenseland.¹⁶² En lovregulert bestemmelse vil virke preventivt og man vil til en viss grad ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.

Fjerning av skatteloven § 14-90, vil imidlertid påvirke muligheten for å hindre misbruk av skattemessige kontinuitet. Siden den ulovfestede gjennomskjæringsbestemmelsen har en høyere terskel enn skatteloven § 14-90, vil transaksjoner som tidligere ble avskjært av denne kunne gjennomføres uten hindring. I tillegg medfører skatteloven § 14-90 en mildere sanksjon enn ved anvendelse av ulovfestet gjennomskjæringsregel ved at kun de aktuelle skatteposisjoner bortfaller. Etter mitt syn vil fjerning av skatteloven § 14-90 være en uheldig løsning.

¹⁵⁹ Jamfør tidligere ordlyd i skatteloven § 14-90 og endring ved lov av 10. juni 2011 nr. 16,

Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.5.

¹⁶⁰ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 14.5, Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.7.

¹⁶¹ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 444.

¹⁶² Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 78.

4.7 Grenseoverskridende fisjoner

Norsk næringsliv har i de siste tiårene vært i en enorm vekst. En betydelig påvirkningsfaktor på dette feltet er EØS-avtalen.¹⁶³ Avtaleinngåelsen har for øvrig også ført til at selskaper må endre og utvikle seg i takt med markedet, noe som igjen har ført til behov for enkle bestemmelser om blant annet omorganiseringer både innenfor og utenfor landegrensene. Ved EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å søke å samsvare norsk selskapslovgivning til EUs krav. Dette er hjemlet i EØS-avtalens art. 77.

En grenseoverskridende fisjon vil være en omorganisering mellom et norsk selskap og et utenlandsk selskap uten skatteplikt til Norge. Skattelegging av grenseoverskridende fisjoner reguleres i skatteloven §§ 11-1 annet ledd og 11-11.

Tidligere ville en fisjon med utenlandske selskap medføre beskatning etter de alminnelige selskapsbestemmelser. Fisjonsbestemmelsene var kun gjeldende for deltakende selskaper hjemmehørende i Norge.¹⁶⁴ Grunnlaget var at grenseoverskridende fisjoner ville åpne muligheter for skattemotiverte tilpasninger og det ville bli vanskelig for ligningsmyndighetene å kontrollere fisjonene. Det eneste unntaket fulgte av skattelovens lempningsbestemmelse. Finansdepartementet kunne gi særlig godkjenning dersom endringen ble ansett som nødvendig og hensiktsmessig for at selskapet skulle bli mer rasjonelt og effektivt.¹⁶⁵

Etter forslag fra Stortinget ble skatteloven §§ 11-1 annet ledd og 11-11 endret.¹⁶⁶ Fisjoner mellom norske og utenlandske selskaper kan nå skje uten umiddelbar skattemessig behandling. Skatteloven § 11-1 annet ledd hjemler altså kun fisjoner hvor aktiva og passiva ikke tas ut av det norske beskatningsområdet. Dersom det fisjonerte selskaps eiendeler tas ut av Norge slik at Norge ikke lenger har beskatningsrådighet

¹⁶³ Gjennomført ved lov av 27. november 1992 nr. 109.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996), punkt 8.2 s.70, Bullen, EU, EØS og skatt 2005, s. 492.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996), punkt 5.3.1 s. 64.

¹⁶⁶ Endring ved Lov av 10. juni 2011 nr. 16, Prop. 78 L (2010- 2011) punkt 8.5.3 s. 28.

over eiendelene, følger det av alminnelige skatterettslige bestemmelser at uttak fører til gevinstbeskatning eller tapsfradrag.

For at en grenseoverskridende fisjon skal unntas beskatning, må alle vilkår i skatteloven § 11-11 være oppfylt og skattemessig kontinuitet er et vilkår av stor betydning. Bestemmelsene rundt kravet om kontinuitet ved grenseoverskridende fisjoner har tidligere vært uklare, og det har vært knyttet usikkerhet rundt rekkevidden av det skattemessige kontinuitetsprinsippet ved slike fisjoner. Det bidrar til klarhet at fisjonsbestemmelsene nå inneholder bestemmelser på dette området.

Et generelt vilkår for å kunne fisjonere med skattemessig kontinuitet, er at selskapene ikke er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS. Dette gjelder også hvor det dreier seg om et lavskatteland innenfor EØS dersom selskapet ikke er reelt etablert og har en reell økonomisk aktivitet i EØS.¹⁶⁷

4.7.1 Fisjon mellom overtakende utenlandsk selskap hjemmehørende i EØS og norsk overdragende selskap

Den skattemessige reguleringen av fisjon hvor overtakende selskap er et utenlandsk selskap hjemmehørende i EØS, og overdragende selskap er norsk, er hjemlet i skatteloven § 11- 11 første ledd bokstav b).

Gjennomføringen av fisjonen kan skje skattefritt dersom den er utført i tråd med bestemmelsene i aksjelovene § 14-12. Vilkårene i skatteloven §§ 11-6 til 11-10 må også være oppfylt. Ved fisjon mellom overtakende utenlandsk selskap hjemmehørende i EØS og norsk overdragende selskap, vil det i utgangspunktet altså stilles samme skattemessige kontinuitetskrav som om fisjonen var utført mellom to norske selskaper.¹⁶⁸ Finansdepartementet presiserer for øvrig at kontinuitetsprinsippet kun

¹⁶⁷ Skatteloven § 11-11 syvende ledd.

¹⁶⁸ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 8.5.1.1,

Prinsipputtalelse/fortolkning 19.august 2011 – 11/2875 SL punkt 3.1.

gjelder eiendeler mv. som var på norsk beskatningsområde før og etter fisjonen. Lovteksten må derfor tolkes innskrenkende og kontinuitetskravet kun er gjeldende for norske forhold. Prinsippet er kun relevant for skatteposisjoner som allerede eksisterer for norske skatteformål før fisjonen blir utført.

4.7.2 Fisjon med overtakende norsk selskap og overdragende utenlandsk selskap

Fisjoner hvor det norske selskap er det overtakende, og de utenlandske selskapsaksjonærene mottar vederlagsaksjer i det norske selskap, vil i utgangspunktet ikke ha skattemessige konsekvenser i Norge, jf. Skatteloven § 11-11.¹⁶⁹ Det gjelder både for det norske selskapet og selskapets aksjonærer. Hvor fisjon utføres mellom overdragende utenlandsk selskap og overtakende norsk selskap, er det den overdragende hjemstats bestemmelser som er veiledende. En eventuell kontinuitet av skattebestemmelsene må derfor følge av reguleringen i det overdragende selskaps hjemland. Dersom det ikke er mulighet til å velge med hensyn til kontinuitet eller hvor lignende bestemmelser er manglende, vil ikke fisjonen være skattefri etter skatteloven §11-11 femte ledd.

Skatteloven § 11-11 sjettede ledd benyttes ved fisjon mellom et norsk overtakende selskap og et overdragende selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i EØS. Formålet med § 11-11 sjettede ledd er å gi skattefritak til utenlandske overdragende selskap, med for eksempel filial i Norge. Selskapet ville vanligvis hatt skatteplikt til Norge. Bestemmelsen er også til gunst for aksjonærer i det overdragende utenlandske selskapet som har skatteplikt til Norge¹⁷⁰

¹⁶⁹ Prinsipputtalelse/fortolkning 19.august 2011 – 11/2875 SL punkt 3.2.

¹⁷⁰ Prinsipputtalelse/fortolkning 19.august 2011 – 11/2875 SL punkt 3.2.

4.8 Valgfrihet eller plikt til å følge skattemessig kontinuitet?

En fisjon med skattemessig kontinuitet utløser, som nevnt, ikke mulighet for gevinstbeskatning eller tapsfradrag, da fisjonen ikke medfører en realisasjon av eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Det er klart at det foreligger en fordel å fisjonere med skattemessig kontinuitet når transaksjonen ellers ville vært gjenstand for gevinstbeskatning.

Hvor det foreligger tap reises imidlertid et aktuelt spørsmål om man er bundet til å følge skattemessig kontinuitet ved fisjon, eller om man har mulighet til å velge det beste alternativet i selskapenes øyne.

Av overskriften til skatteloven § 11-7 fremgår det at man ikke bare har rett, men også en plikt til å gjennomføre fisjonen etter skattemessig kontinuitet. I ordlyden i skatteloven § 11-7 første ledd er det også benyttet ”skal”, noe som kan tilsi at fisjon etter skattemessig kontinuitet skal følges.

Det følger av skatteloven § 11-4 første ledd at ”Et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kan fisjoneres uten skattlegging av selskapet...”. Benyttelsen av ”kan” indikerer at selskapet har en valgmulighet. Selskaper som ikke ønsker å utøve fisjon med skattemessig kontinuitet, kan i utgangspunktet bevisst bryte kontinuiteten slik at det oppstår realisasjon. Det taler for en valgdgang at man har mulighet til å omgå bestemmelsene på denne måten.

Gjems-Onstad skriver at man har mulighet til å velge om fisjonen skal utføres skattefritt, eller om det skal behandles av de alminnelige beskatningsregler.¹⁷¹ Han er imidlertid avvikende i å gi et fastsatt svar.

I aksjelovgivningen er det også gitt at det selskapsrettslige kontinuitetsprinsipp ikke behøver å følges konsekvent. Synet fremkommer i aksjelovens forarbeider hvor det fremstilles at ”Det er nødvendig å vurdere om det kan være grunn til å oppstille særregler for begrensede problemer”.¹⁷² Siden det selskapsrettslige og det skatterettslige

¹⁷¹ Gjems-Onstad, *Bedriftsskatterett* 2008, s. 836.

¹⁷² NOU 1992:29 s. 197.

kontinuitetsprinsipp må ses samlet, kan det være et argument for å ha valgfrihet også ved den skatterettslige kontinuitet.

Rettspraksis støtter også at man kan velge hvilken metode man vil benytte. Utv. 2002 s. 807 ble det konkludert at selskapet kunne kreve fradrag for tap i forbindelse med en mordatterfusjon og oppstilte fisjon etter skattemessig kontinuitet som valgmulighet. Dommen er senere er lagt til grunn i skatteetatens bindende forhåndsuttalelser.¹⁷³ I Lignings-ABC åpnes det for valgmulighet. Deltakende selskaper i fisjoner som oppfyller skattefritaksvilkårene kan velge enten å bli behandlet etter de alminnelige bestemmelsene for skattepliktig fisjon, eller bli behandlet etter skatteloven kapittel 11 om skattefri fisjon.¹⁷⁴ På bakgrunn av ordlyd, rettspraksis og juridisk teori må det kunne anses at det er valgfrihet for fisjon med skattemessig kontinuitet.

Folkvord hevder imidlertid at ordbruken i skatteloven § 11-4 første ledd er feil av hensyn til fisjonsbestemmelsenes effektivitetshensyn.¹⁷⁵ Han hevder også at de rettskildemessige hensyn også taler for at bestemmelsene er obligatoriske.

Det er ulemper og fordeler ved å ha en valgmulighet. De fleste selskaper vil ønske å benytte seg av skattefriheten hvor gevinsten er stor slik at man unngår beskatning. I motsetning vil man unngå skattefrihet hvor tapet er stort og man kan få fradrag for dette. En slik ordning vil stride mot symmetriprinsippet, som tilsier at tap er fradragsberettiget dersom gevinst vil være gjenstand for beskatning.¹⁷⁶ Etter min mening vil en fravikelse fra det bærende prinsippet i norsk skatterett være en lite gunstig løsning.

En skattefri fisjon åpner for muligheten til bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk ønskelige omorganiseringer som tidligere ikke ble utført. Bestemmelsene er med på å forenkle og effektivisere lønnsomme omorganiseringer. En plikt til å følge det

¹⁷³ BFU 29/09- 19.11.2009.

¹⁷⁴ Lignings-ABC 2011-2012, s. 512.

¹⁷⁵ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 138- 139.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 35 (1997-1998) punkt 1.7.

skattemessige kontinuitetsprinsippet vil imidlertid føre til at omorganiseringer ikke utføres, noe som strider mot hensynet om effektivisering og forenkling. Det kan derfor synes lite rimelig at bestemmelsen skal avkorte omorganiseringer som ville bli utført dersom man hadde hatt en valgmulighet.

5 Det regnskapsrettslige diskontinuitetsprinsipp

5.1 Innledende om det regnskapsrettslige diskontinuitetsprinsipp

Regnskapsloven har ingen særskilte bestemmelser for regnskapsføring av fisjon, slik som fusjon.¹⁷⁷ Det fremgår for øvrig av regnskapslovens forarbeider at transaksjonsprinsippet er et gjeldende utgangspunkt, da fisjoner skal anses som egenkapitaltransaksjoner etter regnskapsloven § 4-1. Prinsippet tilsier at hvor det foreligger en transaksjon, skal gjeld og verdier i fisjonen verdsettes til reell verdi i det overtakende selskapet. Motsetningsvis til det lovfestede transaksjonsprinsippet i regnskapsloven § 4-1, finnes imidlertid et forbehold om kontinuitetsgjennomskjæring.¹⁷⁸ Unntaket innebærer at det overdragende selskaps bokførte verdier kan videreføres til det overtakende selskapets regnskap.

Regnskapsføringen følger av regnskapsloven kapittel 4.¹⁷⁹ Regnskapsloven suppleres av formålet om god regnskapsskikk, samt regnskapsstandarder. Formålet om god regnskapsskikk utfyller regnskapsloven der regulering mangler. For regnskapsføring av fisjon vil NRS(F) Fisjon være et sentralt hjelpemiddel. Regnskapsstandarden er imidlertid en foreløpig standard. Det er ingen plikt til å følge regnskapsstandarden, men den er ansett som en standard som bør følges.

Regnskapsføring av eiendeler og gjeld ved fisjon kan altså skje på to måter. Enten etter transaksjonsprinsippet eller etter et kontinuitetsprinsipp. Hvilket av prinsippene som benyttes, vil ha betydning for hvilken verdi som anses overført til det overtakende selskapet.

¹⁷⁷ NOU 1995:30 punkt 5.5 og NOU 2003:23 kapittel 13.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 43 (1998-99) punkt 3.1 og NOU: 1995:30 punkt 5.5.

¹⁷⁹ Andersen m.fl., Fusjon og fisjon 2002, s. 63.

5.2 Regnskapsføring av fisjon

5.2.1 Hovedregel – Transaksjonsprinsippet

Bakgrunnen for at transaksjonsprinsippet skal anvendes er fordi fisjon vanligvis innebærer en overdragelse av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til det overtakende selskap mot vederlag.¹⁸⁰ Det følger av regnskapsloven § 4-1 første ledd nr. 1 at en fisjon skal anses som en transaksjon i regnskapsrettslig forstand.

Ved regnskapsføring etter det regnskapsmessige diskontinuitetsprinsipp vil regnskapet stå i sentrum. Ved regnskapsføring med virkelig verdi, vil regnskapet få et riktig bilde av hvilke verdier som er overdratt av det overdragende selskap. Ved regnskapsføring med bokført verdi, vil imidlertid verdien kunne være svært avvikende i forhold til den virkelige verdien av det som er overført til selskapet. Benyttelse av kontinuitetsprinsippet vil dermed kunne gi et økonomisk uriktig bilde.

Med unntak fra regnskapsloven § 5-16 om fisjon mellom små foretak, er ikke fremgangsmåten ved bokføring av fisjon uttrykt i regnskapsloven. En redegjørelse for fremgangsmåten ved regnskapsføring av fisjon følger for øvrig av forarbeidene.¹⁸¹ Utvalgets syn er at regnskapsføring av fisjon som hovedregel skal følge transaksjonsprinsippet. Grunnen er at fisjon ved kapitalnedsettelse blir ansett som uttak av gjenstander mv. i det overdragende selskapet. Dette fremgår også ved en antitetisk tolking av regnskapsloven § 4-1 første ledd. Ved benyttelse av transaksjonsprinsippet, skal uttak og innskudd av gjenstander måles til virkelig verdi.

5.2.2 Kontinuitetsunntak og kontinuitetsgjennomskjæring

Å regnskapsføre etter kontinuitetsmetoden medfører, i følge regnskapsloven, et unntak fra lovens bestemmelser om diskontinuitet.

¹⁸⁰ Handeland/Schwencke, Regnskapsloven med kommentarer 2011, s. 82 note (78).

¹⁸¹ NOU 1995:30 punkt 5.5 s.161-162 og s. 76 flg.,

Ot. prp. nr. 42 (1997-98), punkt 9.4 s. 141 flg.

Transaksjonsprinsippet krever at det foreligger en reell transaksjon. Det må vurderes om transaksjonen er utført mellom uavhengige parter og om transaksjonen har et reelt økonomisk innhold.¹⁸² Transaksjonen anses gjennomført når det vesentligste av risiko og kontroll er overført til det overtagende selskap.¹⁸³ Hvor kravene ikke er oppfylt, vil regnskapsføringen skje etter regnskapsmessig kontinuitet. Diskontinuitetsunntak kommer dermed til anvendelse når det foreligger kontinuitetsgjennomskjæring og når det er oppstilt kontinuitetsunntak.¹⁸⁴

Som nevnt, følger det eneste lovfestede unntaket fra transaksjonsprinsippet av regnskapsloven § 5-16. Det følger av bestemmelsen at fisjoner mellom eller av små selskaper kan videreføre eiendeler og gjeld til balanseført verdi. Bestemmelsen er innført av praktiske hensyn og er dannet med tanke på å oppfylle et krav om et ”rettvisende bilde”, jf. regnskapsloven § 3-2 a), og ”god regnskapsskikk”, jf. regnskapsloven § 4-6.¹⁸⁵ Hensynet om et rettvisende bilde følger av ”true and fair view” i EUs fjerde rådsdirektiv art. 46.¹⁸⁶ Selskapet har selv valgmuligheten om det vil benytte transaksjonsprinsippet eller kontinuitetsprinsippet. Dette følger av uttrykksmåten ”kan” i bestemmelsen.

Det lovfestede unntaket gjelder kun fisjon mellom eller av små selskaper. En totalvurdering for hvert av de deltakende selskapene etter vilkårene i regnskapsloven § 1-6 må utføres. Etter § 1-5 vil allmennaksjeselskaper og andre børsnoterte selskaper aldri kunne anses som ”små selskap”, og vil ikke kunne benytte det lovregulerte unntaket.

¹⁸² Ernst & Young, Årsavslutning 2011, s. 48.

¹⁸³ Handeland/Schwencke, Regnskapsloven med kommentarer 2011, s. 131 note (203).

¹⁸⁴ Zimmer/BAHR, Bedrift, selskap og skatt 2010, s. 637.

¹⁸⁵ Rettsdata.no regnskapsloven § 5-16 note (267) Schwencke samt NOU 1995:3.

¹⁸⁶ Handeland/Schwencke, Regnskapsloven med kommentarer 2011, s. 19-20.

Det fremgår for øvrig av forarbeidene at det kun er faktiske transaksjoner som skal regnskapsføres som transaksjon.¹⁸⁷ Transaksjonsprinsippet vil altså benyttes dersom overføringen anses som en transaksjon i regnskapsmessig forstand.¹⁸⁸ Er det derimot ikke naturlig å anse fisjonen som en transaksjon vil man regnskapsføre verdier og gjeld etter prinsippet om kontinuitet. Forarbeidene gir dermed en tilgang til å benytte ulovfestet kontinuitetsgjennomskjæring i tilfelle hvor kravet til transaksjon er manglende.¹⁸⁹

Kontinuitetsgjennomskjæring genereres gjennom formålet om ”god regnskapsskikk” etter regnskapsloven. Formålet supplerer loven når det aktuelle forholdet ikke er direkte regulert i forskrift eller lov. Ut fra hensynet, anses det kun å være aktuelt med kontinuitetsgjennomskjæring dersom fisjonen anses å være en egenkapitaltransaksjon. Egenkapitaltransaksjoner er transaksjoner mellom selskap og aksjonærer.¹⁹⁰ Transaksjonene er ensidige og skjer mellom nærstående parter hvor det ikke oppstår gevinst eller tap.

Om fisjon regnskapsføres til kontinuitet avhenger av om fisjonen skjer ved skjevdeling eller ved en forholdsmessig fordeling av aktiva og passiva.¹⁹¹ Fisjonens innhold har også betydning for vurderingen. En forholdsmessig fisjon kjennetegnes ved at sammensetningsforholdet i det overtakende selskapet er det samme som det var i det overdragende før fisjonen. Ved en skjevdeling vil derimot sammensetningsforholdet i det overtakende selskap avvike i forhold til det overdragende selskaps tidligere sammensetning. Regnskapsføring av skjevdelingsfisjon vil alltid regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet.¹⁹² En forholdsmessig fisjon vil derimot regnskapsføres etter kontinuitetsprinsippet, da endringen i selskapet ikke har trekk som beskriver at dette er en transaksjon. Det er kun selskapsstrukturen som endres, ikke aksjonærens verdier.

¹⁸⁷ NOU 1995:30 s. 161.

¹⁸⁸ NRS(F) Fisjon punkt 1.

¹⁸⁹ NRS(F) Fisjon punkt 5, Ernst & Young, Årsavslutning 2011, s. 49.

¹⁹⁰ NOU 1995:30 punkt 2.4.2.

¹⁹¹ NRS(F) Fisjon punkt 13.-17., 8. og 22., Andersen m.fl., Fusjon og fisjon 2002, s. 92.

¹⁹² NRS(F) Fisjon punkt 26.

Dersom sammensetningen er blitt uvesentlig endret i forhold til det overdragende selskap, kan det være rom for å godkjenne forskyvningen.¹⁹³ Det er blitt åpnet for at inntil 10% endring i eierforholdet likevel kan anses som en forholdsmessig fordeling i regnskapsmessig forstand. Dette på tross av at eierforholdet ikke er det samme som før fisjonen.

Ved en fisjonsfusjon vil det overtakende selskap være et allerede eksisterende selskap.¹⁹⁴ Det overtakende selskapet står for andre verdier enn de verdier og gjeld fisjonen omhandler. Bestemmelsene er de samme som ved regnskapsføring av fusjon. Regnskapsstandarden NRS(9) Fusjon kommer derfor til anvendelse ved regnskapsføring av fisjonsfusjon.

De deltakende selskaper vil omfattes av et symmetriprinsipp mellom dem.¹⁹⁵ Summen av egenkapitalinnskudd i overtakende selskap skal være lik egenkapitaluttak fra overdragende selskap, fratrukket samlet tilleggsvederlag til aksjonærer og emisjonsutgifter.

5.3 Regnskapsbestemmelsene før og nå

Tidligere hadde den regnskapsmessige behandlingen større betydning. Skatteloven § 11-1 annet ledd inneholdt et krav om at fisjoner måtte regnskapsføres i henhold til de regnskapsrettslige bestemmelsene. Eiendeler og gjeld ble regnskapsført i henhold til et kontinuitetsprinsipp.¹⁹⁶ Dette medførte at den økonomiske realitet kom i bakgrunnen.¹⁹⁷ Kravet om å følge de regnskapsmessige bestemmelser førte til at mange fornuftige fisjoner ble utelukket.

¹⁹³ NRS(F) Fisjon punkt 14.

¹⁹⁴ NRS(F) Fisjon punkt 8. og 24.

¹⁹⁵ NRS(F) Fisjon punkt 27.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 42 (1997-1998) punkt 7.13.1.

¹⁹⁷ Andersen m.fl., Fusjon og fisjon 2002, s. 64.

I dag anvendes kontinuitetsprinsippet unntaksvis ved regnskapsføring av fisjon. Det er ikke lenger krav om at fisjonen skal følge regnskapsrettslige bestemmelser for å oppnå skattefrie fisjoner. Lovlighetskravet var tidligere svært strengt. Ved en utvikling og forenkling av bestemmelsene, falt kravet bort for å fremme transaksjonens økonomiske realitet. Om fisjonen blir regnskapsført etter transaksjonsprinsippet eller kontinuitetsprinsippet, vil ikke ha noen skattemessig betydning.¹⁹⁸

Årsaken til at det regnskapsrettslige kravet ble opphevet, var at departementet anså at det ikke ville være av skattemessig betydning hvordan fisjonen skulle regnskapsføres.¹⁹⁹ Opphevelsen av kravet førte til en forenkling av de kompliserte bestemmelsene vedrørende fisjon, og ga adgang til en videre mulighet for at fisjonen kunne utføres uten skattlegging.

Regnskapsmessig vil regnskapsmetodene imidlertid ha betydning for verdien som anses overført til det overtakende selskap. Ved regnskapsføring etter kontinuitetsprinsippet, vil den bokførte verdien overføres. Den bokførte verdien vil ofte være lavere enn den reelle verdien som skal regnskapsføres etter transaksjonsprinsippet.

¹⁹⁸ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.1.

¹⁹⁹ Prop. 78 L (2010-2011), punkt 7.5.1.

6 Avsluttende sammenligning

Selskapsrettslig kontinuitet er mindre konsekvent ved fisjon enn fusjon. Fisjonen medfører at eiendeler, rettigheter og forpliktelser blir delt på to eller flere selskaper.²⁰⁰ Ved fusjon vil imidlertid alle selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til det overtakende selskap i sin helhet. Selv om fisjon og fusjon blir sett på som omorganiseringsmåter som i det vesentlige kan sammenlignes, innebærer delingen en vesentlig forskjell fra fusjon. For kreditor kan fisjonen innebære at han får et dårligere dekningsgrunnlag enn om selskapets aktiva og passiva hadde blitt overført til et selskap.

Fisjonsbestemmelsene er et verktøy i endring. Det fremgår blant annet av lovgivers forenklinger av fisjonsbestemmelsene. Det tradisjonelle og kompliserte regelverket erstattes med et enklere og mer selskapsvennlig regelsett. Rettspraksis som viser dette er Rt. 2008 s. 438 Habberstad-dommen. Rettsavgjørelsen omhandler fisjonsfordring ved uttreden. Den er et eksempel på at også Høyesterett ønsker å gjøre aksjelovens fisjonsbestemmelse gjeldende på andre virkemåter enn kun det tradisjonelle formål; å la aksjeselskaper ha mulighet til å dele virksomheten gjennom nye selskaper. Habberstad-dommen fremsatte et forslag til lovgiver om at fisjonsbestemmelse skal få anvendelse også langt utenfor sitt vanlige virkeområde.²⁰¹ Høyesterett oppfordret lovgiver å endre fisjonsbegrepet dersom resultatet i rettssaken var uheldig. Da det ikke er utført endringer, kan det indikere at lovgiver er enig i at bestemmelsene skal forstås slik det fremkommer av rettsavgjørelsen.

Fisjon som omorganiseringsmetode viser seg derfor å være mer aktuell, da selskapet i Habberstad-dommen ble stiftet kun med tanke på uttreden.²⁰² Vanligvis er det meget komplisert og strengt at en aksjonær trer ut fra selskapet etter aksjeloven § 4-24. Rettsavgjørelsen viser at uttreden gjennom fisjonsfordring kan være et aktuelt

²⁰⁰ Giertsen, Fusjon og fisjon 2000, s. 42-43.

²⁰¹ Bugge-Reiersen/ Sjøfjell, Artikkel: Uttreden gjennom fisjon:
Rekkevidden av fisjonsbegrepet i aksjeloven § 14-2.

²⁰² Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 247.

alternativ.²⁰³ Rt. 2008 s. 438 viser også at man kan benytte fisjonsreglene som salgsmetode.²⁰⁴ Hvor en aksjonær ønsker å selge sin andel av selskapet, kan han motta aksjer i det overtakende selskapet. Det overtakende selskapet får da en fordring mot det overdragende selskapet.

Selskapsrettslig kontinuitet deles inn i eiendels- og rettighetskontinuitet, forpliktelseskontinuitet og eierkontinuitet. Kontinuitetsprinsippene har sammenheng med hverandre. Hvordan eiendelene og rettighetene fordeles på de deltakende selskapene, vil ha betydning for fordelingen av forpliktelsene og kreditors mulighet for dekning av deres fordringer. Med andre ord vil kreditors rettsstilling avgjøres ved fordelingen. Kravet om rettighetskontinuitet er viktig for å bevare driften av selskapet. Indirekte er dette naturligvis også viktig for å kunne oppfylle kreditors forpliktelser og aksjeeiers interesser i selskapet.

Solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd er nødvendig for gjennomføring av fisjon med selskapsrettslig kontinuitet, herunder forpliktelseskontinuitet. Uten et solidaransvar, kunne kreditor risikere at hans fordringer ble overført til et mindre solid selskap. Ansvarer sikrer at kreditorene får trygghet om dekning. Solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd kan sammenlignes med solidaransvaret i alminnelig formue- og kontraktsrett. Solidaransvaret i aksjelovene § 14-11 tredje ledd er imidlertid begrenset. Ut fra en vurdering er det også adgang til å avtale at solidaransvaret likevel ikke skal gjelde for de subsidiære selskap.²⁰⁵ Muligheten for ansvarsfraskrivelse hvor kreditor forholder seg til en annen debitor vil trolig ikke kunne gjelde for solidaransvaret ved fisjon. Grunnen er at ansvarsfraskrivelsen strider i mot bestemmelsens hensikt.

Av hensyn til aksjelovgivningens formål om å legge til rette for næringslivet, kan det ikke kreves fullstendig eierkontinuitet. For eksempel vil skjevdeling medføre at det overtakende selskaps eiersammensetning vil endres i forhold til i det overdragende.

²⁰³ Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 247.

²⁰⁴ Bråthen, Styremedlem og aksjonær 2009, s. 248.

²⁰⁵ 3.3 om solidaransvar i aksjelovene § 14-11 tredje ledd.

Fisjonen vil imidlertid ikke føre til store endringer og det anses i forarbeidene at det foreligger tilstrekkelig eierkontinuitet til å kunne utføre fisjonen med selskapsrettslig kontinuitet.²⁰⁶

Skatteloven kapittel 11 er utarbeidet av hensyn til bedrifts- og samfunnsøkonomiske hensyn.²⁰⁷ Både aksjelovene og skattelovene bidrar dermed til regulering av næringsvirksomhet. De selskapsrettslige bestemmelsene har i tillegg stor betydning for de skatterettslige fisjonsbestemmelsene. Dette følger av henvisningene til aksjelovene i skattelovene, samt forarbeider.²⁰⁸ Skattebestemmelsene er utarbeidet slik at skattebestemmelsene er så nøytrale som mulig.²⁰⁹ Det er fordi selskapene ikke skal handle på bakgrunn av disse.

Det skattemessige kontinuitetsprinsippet kan deles i kvalitativ kontinuitet og kvantitativ kontinuitet. I tillegg skilles det mellom kontinuitet på aksjonærnivå og kontinuitet på selskapsnivå. Disse har også sammenheng med hverandre. For eksempel vil kvantitativ kontinuitet ha betydning for kontinuitet på aksjonærnivå.²¹⁰ Ved kvantitativ kontinuitet vil ikke eierforholdet forskyves og selskapets verdier blir uforandret. Dette bidrar til kontinuitet på aksjonærnivå. Hvor det foreligger diskontinuitet på selskapsnivå, vil dette føre til kontinuitetsbrudd på aksjonærnivå. Det er fordi endringen i selskapet fører til at aksjens art blir endret.

De ulike kontinuitetsvilkår har altså sammenheng med hverandre innen deres respektive områder. Det kan også konkluderes med at de selskapsrettslige bestemmelser i stor grad er avgjørende for å kunne utføre en fisjon med skattemessig kontinuitet. De selskapsrettslige fisjonsbestemmelsene har imidlertid en lavere terskel for å godta overføringen som en fisjon. Aksjelovgivningen omfatter for eksempel firkantfisjoner på tross av at de medfører et brudd på fullstendig brudd i eierkontinuitet. Skatteloven

²⁰⁶ NOU 1996:3 s. 83-84.

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 1.2.

²⁰⁸ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.1.

²⁰⁹ Zimmer, Lærebok i skatterett 2009, s. 80.

²¹⁰ Folkvord, Skatt ved fusjon og fisjon 2006, s. 100.

godtar imidlertid ikke slike fisjoner, da eierkontinuitet er et grunnleggende vilkår for skattefri transaksjon.

Det regnskapsrettslige kontinuitetsprinsipp har mistet mye av sin betydning etter at kravet om å følge de regnskapsrettslige bestemmelser falt bort fra ordlyden i skatteloven § 11-1. Unntaksvis benyttes fortsatt kontinuitet ved regnskap av fisjon. Betydningen av å regnskapsføre etter kontinuitetsprinsippet eller transaksjonsprinsippet er for øvrig ikke lenger interessant i skattemessig forstand²¹¹.

²¹¹ Prop. 78 L (2010-2011) punkt 7.5.1.

7 Litteraturliste

Bøker

- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 3. utg. Oslo, 2009.
- Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende*. 34. utg. Oslo, 2011.
- Bråthen, Tore. *Selskapsrett*. 3. utg. Oslo, 2008.
- Bråthen, Tore. *Styremedlem og aksjonær*. 2. utg. Bergen, 2009.
- Bullen, Andreas. *EU, EØS og skatt – de fire friheter og direkte beskatning*. 1. utg. Oslo, 2005.
- Folkvord, Benn. *Skatt ved fusjon og fisjon*. 1. utg. Oslo, 2006.
- Giertsen, Johan. *Fusjon og fisjon*. 2. utg. Oslo, 2000.
- Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008.
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.
- Handeland, Øyvind og Schwencke, Hans Robert. *Regnskapsloven med kommentarer*. 2. utg. Oslo, 2011.
- Skattedirektoratet. *Lignings ABC 2011/2012*. 33. utg. Oslo, 2012.
- Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 4. utg. Oslo, 2012.
- Zimmer, Frederik i samarbeid med BAHN Advokatfirma. *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utg. Oslo, 2010.
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett – en fremstilling av selskaps-, skatte- og regnskapsrettslige regler*. 6. utg. Oslo, 2009.
- Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentarutgave*. Magnus Aarbakke ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.
- Fusjon og fisjon*. Johannes Andersen ... [et al.]. 1. utg. Oslo, 2002.

Lovgivning

- 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltaker (selskapsskatteloven) av 20. Juli 1991 nr. 65.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.
- 1998 Lov om årsregnskap mv. (Regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17.
- 2011 Endringslov av 10. juni 2011 nr. 16.

- Rdir 82/891/EØF Direktiv 82/891/EØF av 17. desember 1982 om fisjon av selskaper av ASA-typen - sjette selskapsdirektiv (Fisjonsdirektivet)
- Rdir 2011/35/EU Direktiv 2011/35/EU om fusjon av allmennaksjeselskaper (kodifisering) – tredje selskapsdirektiv (Fusjonsdirektivet)
- Rdir 2005/56/EF Direktiv 2005/56/EF av 26. oktober 2005 om grenseoverskridende fusjoner av selskaper med begrenset ansvar – tiende selskapsdirektiv

Dommer

- Rt 1922 436 (De forenede uldvarefabrikker)
- Rt 1925 1009 (Bergen privatbank)
- Rt 1938 598
- Rt 1976 1184
- Rt 1999 946 (ABB)
- Rt 2000 1811 (Finnanger)
- Rt 2003 82 (Helgås)
- Rt 2006 1232 (Telenor)
- Rt 2007 209 Hex)

Rt 2008 438 (Habberstad)

Utv 1978 492 (Grecon)

Utv 2002 807

Forarbeider

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.

NOU 1995:30 Ny regnskapslov.

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

NOU 2003:23 Evaluering av regnskapsloven.

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

Ot.prp.nr. 16 (1991-1992) Oppfølging av skattereformen 1992.

Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

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

Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeselskaper).

Ot.prp.nr. 35 (1997-1998) Endringer i skattelovgivning.

Ot.prp.nr. 43 (1998-1999) Om lov om endringer i regnskapsloven mv.

Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer.

Prop. 78 L (2010-2011) Endringer i skatteloven (skattefri omorganisering mv).

NRS(F) Fisjon - Norsk Regnskapsstandard revidert november 2006.

02/905 SL VP/KR Prinsippfråsegn/fortolkning 30. mai 2002.

11/2875 SL Prinsippfråsegn/fortolkning 19. august 2011.

BFU 29/09 av 19. november 2009.

BFU 31/10 av 6. desember 2010.

Nettdokumenter

Reiersen, Hedvig Bugge og Sjøfjell, Beate. *Uttreden gjennom fisjon: Rekkevidden av fissionsbegrepet i aksjeloven § 14-2. Rt. 2008 side 438*. Oslo, 2009.

<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/arfa/publikasjoner/artikler/>.

Matre, Hugo P. *Kommentar*. 2010. <http://www.rettsdata.no>.

Ernst & Young. *Årsavslutning 2011*.

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Aarsavslutning_2011_web/\\$FILE/Årsavslutning%202011_web.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Aarsavslutning_2011_web/$FILE/Årsavslutning%202011_web.pdf).

