

Skattefritak ved fusjoner og fisjoner:

Betydningen av at lovlighetskravet er opphevet

I artikkelen redegjøres det nærmere for hvilken betydning opphevelsen av det såkalte «lovlighetskravet» har, herunder i hvilken grad skattefritak ved fusjoner og fisjoner fremdeles er betinget av riktig regnskaps- og selskapsrettslig behandling.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Ole Andreas Dimmen
BAHR



Advokat
Frode Talmo
BAHR

Et vilkår for skattefritak ved fusjoner og fisjoner har vært at gjennomføring skjer på lovlig måte etter regnskapsrettslige og selskapsrettslige regler («lovlighetskravet»). Lovlighetskravet ble opphevet fra og med inntektsåret 2011.

Artikkelens oppbygging

Artikkelen omhandler fusjoner og fisjoner i rent norske forhold, det vil si når både overdragende og overtakende selskap er norske. Videre omtales kun fusjon og fisjon av aksjeselskaper, men artikkelen gjelder tilsvarende for allmennaksjeselskaper.

Først følger en kort gjennomgåelse av skatterettslige utgangspunkter og gjeldende hovedvilkår for skattefritak ved fusjoner og fisjoner. Deretter behandles innholdet av det tidligere lovlighetskravet samt bakgrunnen for at det ble opphevet. Det pekes så på forhold som begrenser betydningen av opphevelsen av lovlighetskravet – mens den reelle lempningen som følge av opphevelsen deretter presenteres.

Enkelte kommentarer knyttes til betydningen av skattelovens (videreførte) henvisninger til aksjelovens kapitler om fusjon og fisjon før det til slutt følger en oppsummering og enkelte avsluttende merknader.

Skatterettslige utgangspunkter

Utgangspunktet er at fusjoner og fisjoner – i samsvar med de alminnelige skattereglene – utløser skattemessig gevinst- og/eller tapsoppgjør på både selskaps- og aksjonærnivå. Etter skatteloven kapittel 11 kan likevel fusjoner og fisjoner gjennomføres uten umiddelbar beskatning, forutsatt at nærmere vilkår er oppfylt. Overordnet kan gjeldende vilkår for skattefritak ved fusjoner og fisjoner systematiseres i tre hovedkategorier, som riktignok i noen grad overlapper hverandre.

For det første er det kun nærmere angitte *fusjons- og fisjonstyper* som kan kvalifisere for skattefritak. Skatteloven §§ 11-2 første ledd og 11-4 første ledd foreskriver at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres uten beskatning når fusjonen eller fisjonen skjer etter kapittel 13 og 14 i aksjeloven, jf. også at skatteloven bygger på aksjelovens regler når det gjelder skattemessig gjennomføring/virkningstidspunkt for fusjoner eller fisjoner. Dette innebærer som utgangspunkt at alle de aksjerettslige fusjons- og fisjonstypene kan gjennomføres uten beskatning. Det er likevel gjort unntak for fusjoner og fisjoner i konsernforhold der det utstedes vederlagsaksjer i annet datterselskap («firkantfusjoner»).

For det andre er det et hovedvilkår om *eierkontinuitet*, dvs. at eierforholdene må være hovedsakelig de samme før og etter fusjonen eller fisjonen. Dette ivaretas på flere måter. Grunnleggende er at armlengdeprinsippet også gjelder ved skattefrie fusjoner og fisjoner. Dette innebærer blant annet at antallet vederlagsaksjer som utstedes, må reflektere et markedsmessig bytteforhold mellom overdragende og overtakende selskap. Eierkontinuitet sikres også gjennom kravene i aksjeloven kapittel 13 og 14 om at maksimalt 20 % av det samlede vederlaget kan bestå av annet enn aksjer (tilleggsvederlag). Det følger av henvisningene til aksjeloven at overholdelse av 20 %-grensen for tilleggsvederlag er en betingelse for å oppnå skattefritak, jf. avsnittet ovenfor. Hertil kommer det særskilte kravet i skatteloven § 11-8 første ledd om at ved fisjon skal aksjekapitalen fordeles i samme forhold som nettoverdiene.

For det tredje gjelder det et hovedkrav om *skattemessig kontinuitet* på både aksjonær- og selskapsnivå, dvs. at skatteverdiene og -posisjonene skal videreføres uendret. Den skattemessige kontinuitetsforutsetningen kommer til uttrykk i skatteloven §§ 11-7 og 11-8 og innebærer at skattefritaket ved fusjoner og fisjoner ikke er permanent. Skattekontinuitet kan også ses på som en skattemessig virkning av fusjonen eller fisjonen.

Innholdet av det tidligere lovlighetskravet

Forut for 2011 var som nevnt skattefritak ved fusjoner og fisjoner også betinget av at de gjeldende selskaps- og regnskapsrettslige reglene var overholdt. Dette lovlighetskravet gjaldt da i tillegg til vilkårene som det er redegjort for ovenfor.

Lovlighetskravet var hjemlet i skatteloven § 11-1 annet ledd. Både ordlyden i denne bestemmelsen og uttalelser i lovforarbeidene kunne forstås som at lovlighetsvilkåret var absolutt, slik at ethvert avvik fra selskaps- og regnskapsrettslige regler skulle diskvalifisere fusjonen eller fisjonen fra skattefritak.

I et brev fra Finansdepartementet til Skattedirektoratet i 2003 (Utv. 2003 s. 796) ble det imidlertid lagt til grunn at reelle hensyn og formålsbetraktninger tilsa at ikke enhver feil ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon skulle medføre bortfall av skattefritaket. Departementet antok at det kunne praktiseres et «*vesentlighetskriterium*» i så måte.

Etter departementets vurdering tilsa hensynene bak reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner at de sentrale skattefritaksvilkårene «*er krav til fusjons- og fisjonsmåter, regnskapsmessig behandling, skattemessig kontinuitet for selskap og aksjonærer og tilleggsvederlag*». Brudd på disse kravene skulle ifølge departementet normalt medføre at fusjonen eller fisjonen ble skatteutløsende.

Videre la departementet i 2003-uttalelsen til grunn at selskapsrettslige saksbehandlingsregler ikke var begrunnet ut fra skattemessige hensyn, og at brudd på slike regler derfor ofte må bedømmes som mindre vesentlige i skattemessig sammenheng. Men det fremgår av uttalelsen at en forutsetning for at selskapsrettslige saksbehandlingsfeil ikke skulle velte skattefritaket, var at feilen ikke var av en slik karakter at den kunne medføre ugyldighet dersom den ble påberopt.

Departementets uttalelse har blitt fulgt opp i etterfølgende praksis. Det kan i denne forbindelse nevnes at Høyesterett i Rt. 2005 s. 86 la til grunn at det som ble bedømt å være en «ren protokollasjonsmangel», ikke medførte at skattefritaket ved en fisjon bortfalt.

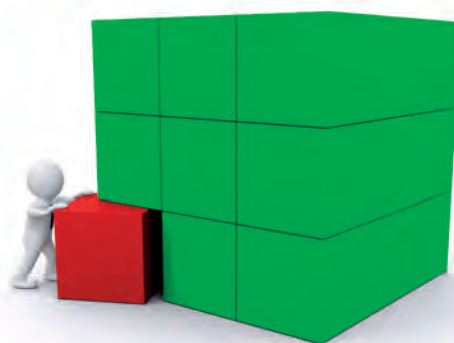
Bakgrunnen for opphevelsen av lovlighetskravet

Lovlighetskravet ble foreslått oppbevret i høringsnotatet av 18. januar 2010 om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet.

I høringsnotatet uttalte departementet at de sentrale vilkårene for å oppnå skattefritak ved fusjoner og fisjoner er kravene til fusjons- og fisjonstyper, vilkåret om skattemessig kontinuitet og reglene for tilleggsvederlag. Dette samsvarer med hva departementet la til grunn i 2003-uttalelsen, men med ett avvik; korrekt regnskapsmessig behandling av fusjonen eller fisjonen ble ikke lenger ansett som et sentralt vilkår for skattefritak.

Begrunnelsen for forslaget om opphevelse av lovlighetskravet var tredelt. For det første ble det vektlagt at de sentrale selskapsrettslige kravene om fusjons- og fisjonstyper og maksimalt tilleggsvederlag gjelder skattemessig selv om lovlighetskravet i skatteloven § 11-1 annet ledd ble oppbevret. Dette skyldes at det forelå «dobbelt hjemmel» for at disse vilkårene skulle gjelde i skattemessig sammenheng. For det andre ble det ansett som «ikke åpenbart» at skattemyndighetene bør foreta vurderinger av regnskaps- og selskapsrettslige forhold som primært er fastsatt av andre hensyn enn skattemessige. For det tredje ble det anført at det kunne oppfattes som uforholdsmessig at mindre feil ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon skulle utløse beskatning både på selskaps- og aksjonærnivå.

Forslaget om å oppheve lovlighetskravet møtte ingen motstand i høringsrunden. Lovforslag om opphevelse ble fremmet



OMHANDLER: Artikkelen omhandler fusjoner og fisjoner i rent norske forhold, det vil si når både overdragende og overtakende selskap er norske.

i Prop. 78 L (2010-11) og vedtatt med virkning fra og med inntektsåret 2011.

Forhold som begrenser betydningen av opphevelsen

Det er forhold som tilsier at opphevelsen av lovlighetskravet har medført mindre endringer av rettstilstanden enn hva man umiddelbart kunne tro.

Sentralt i så måte står at virkeområdet for lovlighetskravet allerede i utgangspunktet var begrenset til ikke å omfatte ethvert brudd på selskaps- eller regnskapsrettslige regler, ettersom praksis bygget på Finansdepartementets uttalelse fra 2003 om anvendelse av et vesentlighetskriterium. Mindre vesentlige regelbrudd medførte således heller ikke etter den tidligere rettstilstanden at det skjedde bortfall av skattefritaket ved fusjoner og fisjoner.

Dernest må det tas i betraktning at det var dobbelt hjemmel i skatteloven for at overholdelse av de mest sentrale selskapsrettslige reglene var vilkår for skattefritak, jf. også høringsnotatet fra 2010 der dette ble tillagt vekt. Opphevelsen av lovlighetskravet endret således ikke på at skattefritak er betinget av at det velges en fusjons- eller fisjonstype som omfattes av aksjelovgivningen (unntatt firkantfusjoner), og heller ikke at skattefritak er betinget av overholdelse av aksjelovgivningens regler om tilleggsvederlag.

Selv om lovlighetskravet nå er oppbevret, kan brudd på selskapsrettslige regler fremdeles medføre at fusjonen eller fisjonen ikke blir gjennomført selskapsrettslig, og da har den heller ikke skattemessig virkning, jf. skatteloven § 11-10 annet og tredje ledd. Dette kan bli konsekvensen dersom feilen medfører at det fremsettes søksmål med påstand om at fusjons- eller fisjonsbeslutningen skal kjennes ugyldig, jf. aksjeloven §§ 13-19 flg., jf. § 14-10.

Mer praktisk er nok likevel at feilen medfører at fusjonen eller fisjonen nektes registrert i Foretaksregisteret. Det vises til foretaksregisterloven kapittel V, der det er fastsatt at «[r]egisterføreren skal prøve om det som innkommer til registrering og grunnlaget for det er i samsvar med lov og har blitt til i samsvar med lov», jf. § 5-1 første ledd, og at registrering skal nektes «[d]ersom registerføreren finner at en melding ikke er lovmessig», jf. § 5-2 annet ledd.

Reelle lempninger som følge av opphevelsen av lovlighetskravet

Selv om det er flere forhold som begrenser betydningen av opphevelsen av lovlighetskravet, er det likevel klart at opphevelsen har medført reelle lempninger i rettsstillingen. Enkelte fusjoner og fisjoner som tidligere ikke ville kvalifiserte for skattefritak, eller som det heftet usikkerhet ved, kan nå utvilsomt gjennomføres uten beskatning.

Anvendelse av feil regnskapsprinsipp

Som følge av at lovlighetskravet ble opphevet, er regnskapsføringen av fusjoner eller fisjoner i dag helt uten betydning for den skattemessige behandlingen. Tidligere kunne regnskapsfeil etter en vesentlighetsvurdering diskvalifisere fusjonen eller fisjonen fra skattefritak.

Ved fusjoner og fisjoner er det grunnleggende regnskapsmessige spørsmålet om regnskapsføringen skal skje i samsvar med transaksjonsprinsippet, det vil si til virkelig verdi (jf. regnskapsloven § 4-1 nr. 1 og aksjeloven § 2-7), eller etter kontinuitetsmetoden, det vil si med videreføring av balanseførte verdier. I praksis har selskapene ofte et ønske om å anvende kontinuitetsmetoden. Mens lovlighetskravet gjaldt, var det klare utgangspunktet at anvendelse av uriktig regnskapsprinsipp var en vesentlig feil som utelukket skattefritak. Dette fremkommer blant annet uttrykkelig av høringsnotatet fra 2010.

Det var tidligere heller ikke helt utelukket at andre regnskapsfeil – det vil si feil i regnskapsføringen innenfor rammen av riktig regnskapsprinsipp – kunne bli bedømt til å være så graverende at fusjonen eller fisjonen ville utløse beskatning. Men vi antar at det i praksis skulle mye til for at det tidligere lovlighetskravet skulle ramme andre regnskapsfeil enn uriktig prinsippanvendelse.

I dag kan fusjoner og fisjoner kvalifisere for skattefritak selv om det er gjort vesentlige feil i regnskapsføringen. Avdekking av slike feil etter fusjonen eller fisjonen er registrert gjennomført, er ingen ugyldighetsgrunn (jf. aksjeloven §§ 13-19 og 14-10). Eventuell retting av regnskapsfeilen må da skje innenfor rammen av den gjennomførte fusjonen eller fisjonen, og rettingen er uten effekt for den skattemessige behandlingen av fusjonen eller fisjonen.

Saksbehandlingsfeil som kunne medført ugyldighet

Mens lovlighetskravet gjaldt, medførte vesentlige brudd på de selskapsrettslige saksbehandlingsreglene for fusjoner og fisjoner at skattefritaket bortfalt. I Finansdepartementets uttalelse fra 2003 ble dette kvalifisert til å være saksbehandlingsfeil som kunne medført ugyldighet dersom den ble påberopt.

Det er i teori og praksis lagt til grunn at ugyldighet som følge av brudd på saksbehandlingsregler i alminnelighet krever at bruddet kan ha hatt betydning for beslutningens innhold, jf. Aarbakke m.fl., Kommentaarutgave til aksjeloven og allmennaksjeloven (2. utgave, 2004) side 410. Eksempelvis vil det normalt være grunnlag for å kreve at et generalforsamlingsvedtak om fusjon tilsidesettes som ugyldig dersom innkallingsreglene i aksjeloven §§ 5-9 flg. er vesentlig tilsidesatt.

Trolig kunne også brudd på saksbehandlingsregler inntatt i selskapets vedtekter anses å bryte med lovlighetskravet, såfremt feilen var av en slik karakter at den kunne medført ugyldighet dersom den ble påberopt. Det er eksempelvis ikke uvanlig at selskapene har vedtektsbestemmelser som supplerer innkallingsreglene i aksjeloven. Men vi er ikke kjent med at spørsmålet om skattefritaket kunne bortfalle som følge av vedtektsbrudd fikk noen endelig avklaring i praksis eller på annen måte.

Etter opphevelsen av lovlighetskravet diskvalifiserer ikke feil i saksbehandlingen av fusjonen eller fisjonen fra skattefritak, selv om det er på det rene at feilen ville medført ugyldighet dersom den hadde blitt påberopt. Hertil kommer at dersom feilen først avdekkes/påberopes etter at fusjonen eller fisjonen er registrert gjennomført i Foretaksregisteret (og dermed også skattemessig har trådt i kraft), kan den heller ikke medføre at fusjonen eller fisjonen kan kreves tilsidesatt som ugyldig, jf. aksjeloven §§ 13-19 og 14-10. I slike tilfeller må eventuelt økonomisk tap som følge av feilen søkes kompensert gjennom krav om erstatning.

Som det fremkommer av drøftelsen ovenfor, har opphevelsen av lovlighetskravet neppe noen reell betydning ved brudd på materielle selskapsrettslige regler for fusjoner eller fisjoner. Bakgrunnen er at de materielle reglene som departementet har ansett som sentrale i skattemessig sammenheng – det vil si fusjons- og fisjonstyper

og reglene vedrørende tilleggsvederlag – fremdeles er gjeldende gjennom de særskilte henvisningene i skatteloven §§ 11-2 og 11-4 til aksjeloven kapittel 13 og 14.

Særlig om henvisningene til aksjeloven kapittel 13 og 14

Skatteloven §§ 11-2 første ledd og 11-4 første ledd bestemmer som nevnt at fusjoner og fisjoner kan gjennomføres uten skattlegging når fusjonen eller fisjonen «skjer etter» henholdsvis kapittel 13 og 14 i aksjeloven. Det er klart at henvisningene medfører at overholdelse av reglene i kapittel 13 og 14 om fusjons- og fisjonstyper og tilleggsvederlag er betingelser for skattefritak.

Et spørsmål som er aktualisert etter at lovlighetskravet ble opphevet, er om de nevnte henvisningene medfører at også de øvrige reglene i aksjeloven kapittel 13 og 14 må overholdes for at fusjonen eller fisjonen skal kvalifisere for skattefritak. Dette er først og fremst aksjerettslige regler om krav til dokumentasjon og den nærmere saksbehandling/beslutningskompetanse i forbindelse med fusjonen eller fisjonen.

Ordlyden kan tilsi at ethvert brudd på aksjeloven kapittel 13 og 14 vil velte skattefritaket ved fusjonen eller fisjonen. Men flere forhold taler her for en innskrenkende tolkning, slik at det kun er overholdelse av aksjelovens regler om fusjons- og fisjonstyper og tilleggsvederlag som er skattefritaksvilkår.

Henvisningen i skattelovgivningen til de aksjerettslige fusjonsreglene som nå er inntatt i aksjeloven kapittel 13, ble vedtatt i forbindelse med lovreguleringen av skattefritaket for fusjoner og fisjoner i 1997. Det følger av forarbeidene at formålet med henvisningen var å regulere hvilke *typer* sammenslåinger som skulle aksepteres med skattemessig kontinuitet, mens det ikke er holdepunkter for at meningen var å oppstille et skattekrav om å overholde alle de aksjerettslige reglene om fusjon, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 12 flg. Tilsvarende henvisning for fisjoner ble vedtatt da det ble innført et eget aksjerettslig fisjonsinstitutt ved aksjeloven av 1997.

Også forarbeidene til opphevelsen av lovlighetskravet taler for at henvisningene til aksjeloven kapittel 13 og 14 ikke innebærer andre skattefritaksvilkår enn kravene til fusjons- og fisjonstyper og tilleggsvederlag. Det var (bare) disse vilkårene (med tillegg

av skattekontinuitet) som ble omtalt som «de vesentlige» i Ot.prp. nr. 78 L (2010-11) s. 18. Videre er det i høringsnotatet fra 2010 uttalt at opphevelse av lovlighetskravet vil ha som konsekvens «at transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig» (s. 47). Forståelsen var altså at når lovlighetskravet fjernes, skal det ikke være grunnlag for å tilsidesette skattefritaket som følge av brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler/dokumentasjonskrav (herunder i kapittel 13 og 14), med mindre feilen rent faktisk har ført til ugyldighet.

Ovenstående tilsier etter vår vurdering at henvisningene til aksjeloven kapittel 13 og 14 *ikke* innebærer andre skattefritaksvilkår enn at reglen om fusjons- og fisjonstyper samt tilleggsvederlag må overholdes. En motsatt forståelse hadde dessuten sterkt redusert betydningen av opphevelsen av lovlighetskravet og gitt den «tilfeldige»

rettstilstand at brudd på saksbehandlingsreglene i aksjeloven kapittel 13 og 14 kunne veltet skattefritaket, men ikke brudd på de mer generelle saksbehandlingsreglene hjemlet andre steder i aksjeloven (særlig kapittel 5 og 6).

Oppsummering og enkelte avsluttende merknader

Det fremkommer av artikkelen at det tidligere lovlighetskravet bare rammet vesentlige brudd på selskaps- og regnskapslovgivningen. Opphevelsen har samtidig ikke endret på at aksjelovens regler om fusjons- og fisjonstyper samt tilleggsvederlag er vilkår for skattefritak. Opphevelsen har imidlertid hatt som virkning at skattefritak ikke lenger bortfaller ved anvendelse av feil regnskapsprinsipp eller ved saksbehandlingsfeil som kunne medført ugyldighet. Opphevelsen har dessuten vært positiv ved at den har gitt økt forutsigbarhet – selskapene må ikke lenger forholde seg til et skjønnsbasert lovlighetskrav som gjorde

skattefritaket betinget av vilkår som ikke er viktige i skattemessig sammenheng.

Etter vårt syn bør det vurderes å endre ordlyden i første ledd i skatteloven §§ 11-2 og 11-4, slik at henvisningene til aksjeloven knyttes opp til de konkrete bestemmelsene om fusjons- og fisjonstyper og tilleggsvederlag. Derved blir det også ut fra en rent språklig lovtolkning klart at det bare er overholdelse av disse aksjereglerne som er skattefritaksvilkår.

Skatteloven har fremdeles flere andre lovlighetskrav der gunstig skattemessig behandling gjøres betinget av overholdelse av selskapsrettslige regler, jf. skatteloven §§ 2-38 annet ledd bokstav a og 10-12 første ledd hva gjelder utbytte, samt § 10-2 vedrørende konsernbidrag. Etter vår vurdering bør det også for disse lovlighetskravene foretas en gjennomgang med sikte på hel eller delvis opphevelse.



RavnInfo

Bedriftsinformasjon om samtlige foretak i Norge

- Norges beste kredittsjekk med **AAA**-kredittrating
- E-postvarsling om endringer hos dine klienter/kunder
- Søk på slettede foretak – finn ut om tidligere konkurser

Nyheter hos AAA Soliditet:

- Livelogo – legg din egen rating ut på hjemmesiden din i en kontinuerlig oppdatert logo
- Listevask over registrerte pantstillelser på egne klienter

Kontakt oss idag for en uforpliktende demonstrasjon

Øyvind Øksnes: oyvind@soliditet.no Tlf./Mobil: 22 45 93 80 / 93 62 67 18



A Bisnode Company