

Nye regler om fisjon:

Forenkling og forvikling

I juli 2011 trådte to nye bestemmelser om fisjon i aksjelovens kapittel 14 i kraft. Reglene er nedfelt i asl. §§ 14–11a og 14–11b. Formålet med reglene er å forenkle saksbehandlingsreglene for visse typer fisjoner. I denne artikkelen ser vi nærmere på reglene.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Karl Erik Nedregotten
Advokatfirmaet Pricewaterhouse-
Coopers AS



Advokatfullmektig
Guro Bakke Haga
Advokatfirmaet Pricewaterhouse-
Coopers AS

Reduserte rapporteringskrav – aksjeloven § 14–11a

Bestemmelsen i asl. § 14–11a lyder:

«Når en fisjon skjer ved overføring til ett eller flere nystiftede selskaper, og aksjene i det eller de nystiftede selskapene skal tildeles aksjeeierne i selskapet som deles, i samme forhold som de eide aksjer i det delte selskapet, gjelder ikke §§ 13–9 og 13–10, jf. 14–4 tredje ledd.»

Bestemmelsen fjerner tidligere krav om utarbeidelse av rapport og redegjørelse i forbindelse med såkalte «likedelingsfisjoner» hvor overføring av virksomhet skjer til ett eller flere nystiftede selskaper.

Som det fremgår gjelder to vilkår; overtakende selskap(er) må være nystiftet, dvs. stiftes i forbindelse med fisjonen og aksjonærene i overdragende selskap må motta aksjer i overtakende selskap i samme forhold som de fra før av eide aksjer i overdragende selskap, såkalt «likedelingsfisjon».

Unntak fra krav om styrets rapport

Samtidig med innføringen av reglene som omtales i denne artikkelen ble det også åpnet for å unnlate å utarbeide rapport dersom alle aksjeeiere samtykket til dette.¹

Bakgrunn

Regelendringen er implementert på bakgrunn av et nytt EU-direktiv¹ (i det følgende «Direktivet»). Ifølge EU-kommisjonens forslag til Direktivet², er hovedformålet med endringene å forenkle kravene til saksbehandling for fusjoner og fisjoner. Begrunnelsen er blant annet at en ønsker å redusere restruktureringskostnader og derigjennom forbedre «konkurransesvnen» til selskaper etablert i EU-land. I sin vurdering av regelendringene legger Kommisjonen vekt på at visse typer fisjoner, blant annet «likedelingsfisjoner», er av mindre økonomisk betydning for aksjonærer og kreditorer, og at kravene til for

eksempel rapportering derfor kan senkes.³

De norske forarbeidene gir uttrykk for samme formål. Utover å fremheve forenklingshensynet er forarbeidene svært begrenset i omtalen av regelendringene. Denne artikkelen ser nærmere på de nye bestemmelsene, endringene de fører med seg, og tar opp noen av de problemstillinger de reiser.

Lignende regler er gitt for allmennaksjeselskaper i allmennaksjeloven §§ 14–11a og 14–11b. Selv om EU-regelverket bare er obligatorisk for allmennaksjeselskaper (og tilsvarende selskaper i EU-landene), har en i norsk rett lagt vekt på i størst mulig grad å ha like regler for de to selskapstypene. Da det i Norge er langt flere aksjeselskaper enn allmennaksjeselskaper, begrenser artikkelen seg derfor til å omtale reglene i aksjeloven.

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/109/EF av 16. september 2009,

² Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 77/91/EEC, 78/855/EEC and 82/891/EEC and Directive 2005/56/EC as regards reporting and documentation requirements in the case of merger and divisions (24.9.2008) s. 2 og 3.

³ Direktivforslaget s. 10, premiss (7).

Det må i slike tilfeller likevel utarbeides en rapport om fisjonens betydning for ansatte. Konsekvensen av asl. § 14–11a er altså primært at det ved likedelingsfisjoner ikke kreves rapport om fisjonens betydning for de ansatte.²

Forholdet til de ansatte reguleres primært av asl. § 13–11, som i annet ledd viser til «rapporten til styret». Bestemmelsen forutsetter m.a.o. at det utarbeides en rapport. Selv om asl. § 14–4, jf. 14–11a ikke gjør unntak fra asl. § 13–11, er det vår oppfatning at referansen til «rapporten til styret» klart refererer til en rapport som etter inn-

føringen av de nye reglene ikke lenger kreves ved likedelingsfisjoner.

Vi ser ikke gode grunner for at ansatte i selskaper som deles ved likedelingsfisjon skal stå i en annen stilling mht. å motta informasjon om styrets vurderinger enn ansatte i selskaper som fisjonerer eller fusjonerer etter ordinære regler, jf. for øvrig departementets vurderinger av hensynet til de ansatte i forarbeidene.³ Forarbeidene ser ikke ut til å ha fanget opp konsekvensene av å gjøre fullt unntak fra asl. § 13–9 i § 14–11a. At det ikke lenger fremstår som et krav om rapport etter ordlyden, innebæ-

¹ Asl. § 13–9 (2) første punktum.

² Jf. asl. § 13–9 (2) andre punktum.

³ Prop. 97 L (2010–2011) pkt. 3.5.5.



KREVER SAMTYKKE: Samtidig med innføringen av reglene som omtales i denne artikkelen, ble det også åpnet for å unnlate å utarbeide rapport dersom alle aksjeeiere samtykket til dette.

rer imidlertid ikke at styret ikke har anledning til å utarbeide en. Når selskapet har ansatte som er berørt, kan en rapport om fisjonens betydning for de ansatte fremdeles ha gode grunner for seg.⁴

Unntak fra kravet om redegjørelse for fisjonsplanen

Unntaket synes klart nok; redegjørelse for fisjonsplanen⁵ ved likedelingsfisjoner er ikke lenger påkrevd. Spørsmålet er hvordan unntaket skal forstås i relasjon til kravet i asl. § 2–6 om redegjørelse for tingsinnskudd i selskap som (ny)stiftes ved fisjonen.

Hvor redegjørelse for fisjonsplanen kreves iht. asl. § 14–4, jf. § 13–10, kan denne benyttes som redegjørelse for tingsinnskuddet i selskaper som stiftes i forbindelse med fisjon idet redegjørelsen skal tilfredsstillende kravene i asl. § 2–6 første ledd. En egen redegjørelse for tingsinnskuddet i et nystiftet selskap iht. asl. § 2–6, er dermed ikke nødvendig.

Kan redegjørelse utelates for selskap som nystiftes ved likedelingsfisjon?

Unntaket for kravet til redegjørelse iht. asl. § 13–10, jf. § 14–11a, er innført uten nevneverdige kommentarer i forarbeidene. Selv om regelendringen medfører at det ikke lenger er påkrevd å utarbeide redegjørelse for fisjonsplanen, kan regelendringen imidlertid ikke oppfattes som om det ikke er krav om rede-

gjørelse for tingsinnskuddet i selskap som stiftes ved fisjonen. Kravet om redegjørelse i nystiftet selskap må anses å stå på egne ben.

Dette fremgår forøvrig også av direktivforslaget hvor regelendringen er begrunnet i hensynet til å redusere antall tilfeller hvor det kreves mer enn én sakkyndig redegjørelse i forbindelse med fusjon og fisjon.⁶ Eksempelvis innfører Direktivet valgfrihet for medlemsstatene mht. å kreve redegjørelse for tingsinnskudd i selskap som stiftes ved fusjon eller fisjon når det er utarbeidet redegjørelse for fisjons- eller fusjonsplanen. Det kan dermed ikke ha vært meningen å fjerne kravet om redegjørelse for tingsinnskudd i selskaper som stiftes ved likedelingsfisjon. Når et selskap stiftes ved likedelingsfisjon, kan asl. § 14–11a dermed ikke forstås som om den omfatter et unntak fra asl. § 2–6. Det må dermed utarbeides en redegjørelse for tingsinnskuddet, redegjørelsen må bekreftes av en revisor, og revisor må bekrefte at selskapet har mottatt tingsinnskuddet, jf. asl. § 2–18.

Basert på tidligere praksis om at redegjørelse ved fisjon erstatter redegjørelse ved tingsinnskudd/stiftelse, innebærer lovendringen altså ikke noen forenkling av betydning for norske selskaper, og regelendringen kan medføre fare for at redegjørelse i selskap som nystiftes ved likedelingsfisjon, glemmes.

Videre kan lovendringen føre med seg ytterligere uklarheter. Bakgrunnen er at en ved

nystiftelse ved likedelingsfisjon heretter må basere seg på de ordinære regler om stiftelse. Dette kan reise uklarhet om hvorvidt andre regler om stiftelse, særlig regelen om tre måneders frist for melding til Foretaksregisteret i asl. § 2–18 første ledd, også gjelder for selskaper som stiftes ved likedelingsfisjon. En analyse av dette spørsmålet faller imidlertid utenfor rammene av denne artikkelen. Om fristspørsmålet bemerkes imidlertid at hensynet som regelen bygger på, at drift skal komme i gang raskt⁷, ikke gjør seg gjeldende på samme måte ved fisjon. I tillegg kommer at meldefristen, pga. kreditorfristen ville blitt svært kort, godt i underkant av én måned.

Gjelder unntaket likedelingsfisjoner med kun én aksjonær?

Til slutt nevnes en annen problemstilling bestemmelsen kan reise. Fisjoner hvor et morselskap deler et heleid datterselskap i to, hvor datterselskapet likvideres og to nye datterselskaper stiftes, innebærer at aksjene i de nystiftede datterselskapene tildeles med samme eierforhold som i det likviderte selskapet. En slik fisjon endrer heller ikke eierforholdet. Imidlertid vil det i et slikt tilfelle være kun én aksjeeier – morselskapet. Ettersom asl. § 14–11a henviser til «aksjeeierne», i flertall, faller et slikt typetilfelle strengt tatt utenfor ordlyden. Med tanke på at denne typen fisjoner er svært praktiske, burde også disse vært omfattet av ordlyden. Hvorvidt regelen kan tolkes utvidende og forstås også å omfatte sistnevnte typetilfeller, er etter vår oppfatning usikkert. De forenklingshensyn som regelen bygger på, gjør seg like sterkt gjeldende ved «likedelingsfisjoner» med kun én aksjonær. Etter vår oppfatning er det dermed ingen grunn til at slike fisjoner ikke skal være omfattet av regelen.

Vertikal fisjon – aksjeloven § 14–11b

Bestemmelsen lyder som følger:

«Dersom fisjonen skal gjennomføres ved at det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på to eller flere overtakende selskaper som til sammen eier samtlige aksjer i det overdragende selskapet, kan fisjonen gjennomføres ved at beslutningen etter § 14–6 i selskapet som skal deles treffes av styret og uten at det ytes vederlag.»

Beslutningen kan treffes av styret

Regelen innebærer for det første at beslutning om fisjon i de foreskrevne tilfellene

⁴ For eksempel fordi arbeidsmiljøloven kap. 16 uansett stiller krav om å informere de ansatte.

⁵ Jf. asl. § 13–10.

⁶ Direktivforslaget punkt 2.2.2 første avsnitt.

⁷ Jf. NUT-1970–1 s. 76.

kan treffes av styret. I utgangspunktet skal en beslutning om fisjon ellers treffes av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendringer, jf. asl. § 14–6 (1). Endringen medfører en forenkling av slike fusionsprosesser, ettersom selskapet slipper å gå veien om innkalling og avholdelse av generalforsamling, samt å oppnå flertall blant aksjeeierne.

Forenklet restrukturering – «likvidasjonsfisjon og fusjon»

For norsk retts vedkommende går imidlertid lovendringen langt utover å gjennomføre en forenkling mht. hvilket selskapsorgan som skal treffe beslutningen. Bestemmelsen beskriver en situasjon hvor et selskap fisioneres direkte inn i selskapets eierselskaper, med andre ord en «likvidasjonsfisjon og fusjon». Dette er en form for vertikal transaksjon som ikke tidligere har vært omfattet av aksjelovens ordlyd, og som dermed ikke har vært akseptert som skattefri fisjon. Dette fordi det ved slike fisioner ikke utstedes vederlagsaksjer til aksjonærene i det overdragende selskapet, noe som bryter med definisjonen av fisjon i asl. § 14–2.⁸

Legges ordlyden til grunn, innebærer bestemmelsen en betydelig forenkling av restruktureringer hvor et aksjeselskap eies av flere selskaper i fellesskap, hvor disse ønsker å skille lag, og samtidig inkorporere den respektive delen av virksomheten i det underliggende selskapet inn i eierselskapene. Asl. § 14–11b innebærer at det ikke lenger er nødvendig å gå veien om fisjon til et (annet) datterselskap av de respektive eierne og deretter avvikle datterselskapet ved en mor-datterfusjon. Tidligere var dette ikke mulig, på grunn av vederlagskravet i asl. § 14–2 kombinert med forbudet mot å tegne egne aksjer i asl. § 9–1.

Nyvinning i norsk rett

Fisjonsdirektivet åpnet også før endringene for at EU-statene kunne tillate at et selskap fisjon-fusjonerte med sine eierselskaper etter forenklede regler. Fisjonsmåten er dermed ikke en nyvinning innen EU-retten, men har ikke tidligere vært tillatt i norsk rett.

Tatt i betraktning at fisjonsmåten tidligere ikke har vært omfattet av aksjelovgivningen, er forarbeidene, Prop. 97 L (2010–2011), påfallende tause om at denne typen fisioner er en nyvinning i norsk rett. Hovedfokus i Justisdepartementets høringsnotat synes i å ha rettet seg mot at denne typen

fisioner skal kunne gjennomføres ved styrebeslutning. Noen av høringsinstansene har imidlertid korrekt påpekt at fisjonsmåten faller utenfor definisjonen i asl. § 14–2, og at det derfor er nødvendig å vedta en særregel om at fisjonen kan gjennomføres uten at det utstedes vederlagsaksjer, noe Departementet fulgte opp i lovforslaget.⁹

På bakgrunn av bestemmelsens ordlyd og at norske myndigheter gjennom Direktivet er pålagt å legge til rette for at det åpnes for den nevnte fisjonsmåten, bør det kunne legges til grunn at norsk rett aksepterer vertikal fisjon mellom et aksjeselskap og dets eierselskaper, forutsatt at denne skjer med eierselskapene som overtakende selskaper, dvs. fisjon «oppover». Dette synspunktet støttes av at transaksjonsmåten ikke er vesentlig forskjellig fra en mor-datterfusjon, og at fisjonsmåten utvilsomt representerer en forenkling i forhold til tidligere rettstilstand, noe som utgjør selve formålet med endringene i Direktivet. Bestemmelsen åpner for en naturalutdeling – og fordeling – som besluttes av styret, uten aksjonærenes særskilte samtykke på generalforsamlingen. Aksjonærene er imidlertid involvert i kraft av å være overtakende selskaper og parter i avtalen om fisjonen – fisjonsplanen.

Ordlyden i asl. § 14–11b fremstår som rimelig klar, men regelen er ny og rekkevidden er uprøvd i praksis. Skattedirektoratet har imidlertid nylig, i brev av 14. februar 2012, uttalt at «mor/datterfisjon etter ny bestemmelse i asl./asal. § 14–11b er en fisionsform som kan omfattes av skattefritaket i sktl. kapittel 11 når fisjonen skjer med skattemessig kontinuitet i alle ledd». Følgelig er det grunn til å tro at vi i fremtiden kan se flere fisioner gjennomført etter denne regelen.

Begrensninger i adgangen til vertikal fisjon

Asl. § 14–11b gjelder etter ordlyden bare når det er to eller flere overtakende selskaper involvert i fisjonen. Videre synes ordlyden å kreve at hele virksomheten i overdragende selskap deles, med andre ord at det overdragende selskapet ikke delvis kan bestå etter fisjonen. Dette innebærer et krav om at det overdragende selskapet likvideres for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Det ser dermed ikke ut til å være adgang til å fisionere kun en del av et datterselskap inn i selskapets morselskap, eller fisionere kun en del av et underliggende selskap inn

i ett av selskapets (flere) eierselskaper. Mht. førstnevnte transaksjonstype fremgår det av forarbeidene at regelen bare gjelder når det er to eller flere overtakende selskaper fordi «[D]ette synes å være en forutsetning etter fisjonsdirektivet artikkel 20».¹⁰ Slik vi ser det synes grunnen til at fisjonsdirektivet ser ut til å forutsette at to eller flere overtakende selskaper må være involvert snarere å være at det bare er i disse tilfellene at hensynet til flere enn én aksjonær gjør seg gjeldende, slik at det kunne vært problematisk å la styret i overdragende selskap fatte beslutningen.

Etter vår vurdering er det ingen grunn til ikke å tillate også delvis fisjon av et heleid datterselskap inn i morselskapet, eller flere eierselskaper, samtidig som datterselskapet består, når aksjeloven nå ser ut til å åpne for én lignende type vertikal fisjon. I mangel av klare holdepunkter for en slik forståelse i forarbeidene, er imidlertid vår anbefaling at bestemmelsen forstås etter sin ordlyd.

Oppsummering

Som praktikere ønsker vi enhver forenkling av saksbehandlings- og rapporteringskrav for de aktuelle typene transaksjoner velkommen. Det synes imidlertid i dette tilfellet som om lovgiver ikke har hatt oversikt over alle konsekvensene.

Aksjeloven § 14–11a er ment å forenkle fusionsprosessen ved at styrets rapport og redegjørelse ikke lenger kreves ved like-delingsfisjon. Forholdet til de ansatte tilsier imidlertid at det likevel bør utarbeides skriftlig informasjon, særlig idet arbeidsmiljølovens regler uansett krever at de ansatte informeres. Videre stilles det fremdeles krav til redegjørelse for overtakende selskaper som stiftes i forbindelse med fisjonen, jf. asl. § 2–6. Etter vår vurdering er det dermed diskutabelt om innføringen av asl. § 14–11a har medført forenkling av betydning.

Aksjeloven § 14–11b forenkler fusionsprosessen der et aksjeselskap eies av flere selskaper i fellesskap, og disse ønsker å skille lag og samtidig konsentrere sin del av virksomheten i de respektive eierselskapene. Etter vår vurdering er det uheldig at lovgiver ikke har drøftet konsekvenser av denne – til nå – ukjente transaksjonsformen mer inngående. Etter vår oppfatning burde lovgiver vurdert å åpne for nærliggende fisionsformer når én type vertikal fisjon nå tillates.

⁸ Jf. Finansdepartementets uttalelse i brev av 30. juli 1998 (Utv. 1998 s. 1186). Uttalelsen gjelder dog den omvendte situasjonen – fisjon til datterselskap.

⁹ Prop. 97 L (2010–2011) punkt 3.11.4.

¹⁰ Prop. 97 L (2010–2011) punkt 5.1. – kommentar til endringer i allmennaksjeloven § 14–11b.

Økonomisk styring og kontroll. Punktum.



KITTO REIJO Foto: Monkey Business



Finales programmer tar over der økonomisystemene stopper, og hjelper deg videre med årsregnskap, noteopplysninger, ligningsoppgaver, skatteberegning, avstemming, dokumentasjon, analyse- og nøkkeltallrapporter, prognoser, grafer, perioderapporter, konsernregnskap, avskrivninger, driftsmiddeloversikt, aksjeoversikt, kontantstrømoppstilling m.m. I tillegg valideres dataene automatisk mens du arbeider, slik at feilføringer avsløres umiddelbart. Gratis demoversjoner finner du hos www.finale.no.

