

Kapitaldekningskravet etter aksjeloven § 12–2 ved fisjon:

Kapitaluttak ved fisjon og opptjening etter balansedagen

Kapitaldekningsregelen hindrer i visse situasjoner overføring av resultat opptjent etter balansedagen til et overtakende selskap selv om gjenværende bundet egenkapital er fullt dekket av gjenværende netto eiendeler. Det er tvilsomt om denne effekten er tilsiktet og hensiktsmessig.



Artikkelen er forfattet av:

Advokat
Elin Sætre Løfsgaard
Partner Deloitte Advokatfirma

men fortsatt skaper regelen noen utfordringer. Når aksjeloven § 12–2 annet ledd slik den lyder etter endringene, innarbeides for fisjonstilfellene, kan ordlyden omformuleres slik:

«Beslutning [om deling av selskapet etter § 14–2] kan ikke gjelde større [kapitaluttak] enn at selskapet etter [fisjonen] har tilbake netto eiendeler som gir dekning for selskapets aksjekapital og øvrig bundet egenkapital etter §§ 3–2 og 3–3. Beregningen skal foretas på grunnlag av balansen i selskapets sist godkjente årsregnskap, likevel slik at det er den registrerte aksjekapitalen på beslutningstidspunktet som skal legges til grunn.» ...

Skjematisk kan kapitaldekningsregelen beskrives på følgende måte:

Henvisningen til aksjeloven § 12–2 i aksjeloven § 14–3 tredje ledd bør derfor erstattes med en kapitaldekningsregel tilpasset fisjonstilfellene.

1 Innledning

Ved fisjon deles et aksjeselskap ved at aksjeselskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser («netto eiendeler») fordeles på to eller flere aksjeselskaper, jf. aksjeloven § 14–2. Når overdragende selskap består etter fisjonen, behandles fisjonen som et kapitaluttak fra det overdragende selskapet. Aksjeloven § 12–2 annet ledd om krav til dekning av bundet egenkapital er derfor gitt «tilsvarende» anvendelse ved slike fisjoner, jf. aksjeloven § 14–3 tredje ledd. Det stilles dermed krav om at gjenværende selskap skal ha tilbake tilstrekkelig netto eiendeler etter fisjonen til at det er dekning for gjenværende bundet egenkapital.

2 Aksjeloven § 12–2 ved fisjon

Bestemmelsen slik den lød før lovendringene trådte i kraft 1. juli 2013, reiste en rekke vanskelige tolknings spørsmål i fisjonstilfellene. Mange av disse er løst,

	Balanseført verdi av netto eiendeler før fisjonen
	Andre disposisjoner etter balansedagen som skal ligge innenfor rammen for utdeling etter aksjeloven § 8–1, eller som omfattes av aksjeloven § 12–1 (1) nr. 2 (dvs. utbytte, vederlag ved erverv av egne aksjer, utdeling ved kapitalnedsettelse og kapitaluttak ved fisjon som er besluttet etter balansedagen, men før fisjonen)
	Balanseført verdi av kapitaluttaket ved fisjonen
	Gjenværende netto eiendeler etter fisjonen
	Registrert aksjekapital før fisjonen
+	Fond for urealiserte gevinster, aksjeloven § 3–2 som ikke overføres overtakende selskap
+	Fond for vurderingsforskjeller, aksjeloven § 3–3 som ikke overføres overtakende selskap
+	Lån og sikkerhetsstillelser etter aksjeloven § 8–7 til 8–10 som ikke overføres overtakende selskap
+	Ervervet avtalepant i egne aksjer før balansedagen som ikke overføres overtakende selskap, med beløp som tilsvarende fordringen pantet skal sikre, begrenset til aksjenes pålydende. Fradrag gjøres ikke dersom dette allerede inngår i fradraget for lån og sikkerhetsstillelser ovenfor, og heller ikke for pant som overføres overtakende selskap.
+	Avsetning for å sikre forsvarlig egenkapital og likviditet i overdragende selskap etter fisjonen. Negative hendelser og tap etter balansedagen inngår i vurderingen.
-	Nedsettelse av aksjekapital og evt. annen bundet egenkapital ved fisjonen
=	Gjenværende bundet egenkapital etter fisjonen

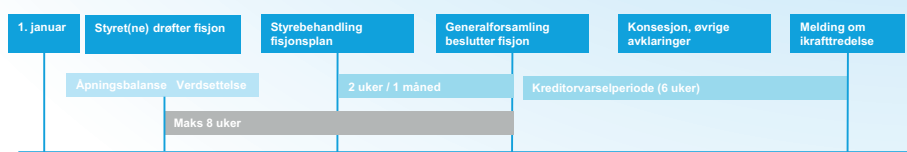
Kapitaldekningskravet er oppfylt for fisjonen dersom *Gjenværende netto eiendeler* minst svarer til *Gjenværende bundet egenkapital*.

Skjemaet besvarer imidlertid ikke spørsmålet om hvor de ulike størrelsene som inngår i beregningen, skal hentes fra. Et av spørsmålene som reiser seg, er hvordan man beregner et kapitaluttak når utgangspunktet for beregningen ifølge loven er «*selskapets sist godkjente årsregnskap*». Som vi skal se får spørsmålet særlig betydning når hele eller deler av selskaps resultat etter den sist fastsatte balansen skal overføres til et overtagende selskap.

Nedenfor analyseres reglene som gjelder beregningen av *gjenværende netto eiendeler*. Spørsmål som gjelder beregningen av *gjenværende bundet egenkapital*, behandles ikke.

3 Det handler om tidspunktene

Tidspunktene som er relevante for utarbeidelse av de ulike fisjonsdokumentene, er som kjent disse:



En beslutning om fisjon vil få virkning for fordeling av de netto eiendeler som det overdragende selskapet råder over på tidspunktet for gjennomføring av fisjonen. Fisjonsplanens beskrivelse av fordelingen mellom selskapene må utformes på en slik måte at den ikke bare dekker netto eiendeler som inngår i den sist fastsatte balansen, men også er dekkende for netto endringer i disse (enten de er positive eller negative) som måtte forekomme i hele fisjonsperioden frem til gjennomføringstidspunktet.

Åpningsbalansen for det overtagende selskapet vil omfatte den andelen av netto eiendeler som overdragende selskap kontrollerer på tidspunktet for verdsettelse og som skal overdras til overtagende selskap. Endringer (positive eller negative) i perioden fra tidspunktet for sist fastsatte balanse frem til tidspunktet for verdsettelse og åpningsbalanse vil således både være omfattet av verdsettelsen og av åpningsbalansen. Sistnevnte utarbeides imidlertid kun for overtakende selskap.

Kapitaldekningsberegningen etter aksjeloven § 12–2 annet ledd skal imidlertid foretas «på grunnlag av» balansen i selskapets sist godkjente årsregnskap (eventuelt en mellombalanse).

4 Kapitaldekningsberegningen og måletidspunktene

4.1 Sammensetningen av netto eiendeler endres løpende

For hver dag som går etter tidspunktet for den sist fastsatte balansen, vil det finne sted endringer i sammensetningen av selskapets netto eiendeler. Det kan finne sted ombytting av



ENDRINGER: Etter tidspunktet for den sist fastsatte balansen vil det finne sted endringer i sammensetningen av selskapets netto eiendeler.

verdier uten resultat effekt (eksempelvis kan driftsmidler være anskaffet eller gjeld pådratt eller innfridd) eller det kan ha inntruffet endringer med positiv eller negativ resultat effekt (eksempelvis inntjening eller tap på omsetning av varer og tjenester). Spørsmålet er hvordan kapitaldekningsberegning håndterer endringer som finner sted mellom disse tidspunktene. Utfordringen med å hente informasjon fra ulike tidspunkter er at man risikerer inkonsistens i beregningene, og at man derved ikke oppnår formålet med beregningen.

4.2 Måling av gjenværende netto eiendeler?

Hensikten med kapitaldekningsberegningen er som sagt å kontrollere at det gjenværende selskapet *beholder* netto eiendeler som minst svarer til *gjenværende bundet egenkapital*. Formålet med bestemmelsen er i første rekke kreditorvern, og ifølge forarbeidene tar bestemmelsen sikte på å hindre at det overdragende selskapet utfisjonerer eiendelene og lar forpliktelsene bli igjen, jf. NOU 1992:29 side 207. Den mest presise og direkte fremgangsmåten for å oppnå dette formålet ville være å måle størrelsen på netto gjenværende eiendeler på et relevant tidspunkt og kontrollere denne verdien opp mot gjenværende bundet egenkapital.

Aksjeloven bygger imidlertid ikke på en slik tilnærming. Aksjeloven krever ikke at det i forbindelse med utarbeidelse av fisjonsdokumentene skal foretas noen konkret måling av gjenværende netto eiendeler. Aksjeloven § 14–4 krever som nevnt at fisjonsplanen beskriver hvilke netto eiendeler som skal skilles ut og hvilke netto eiendeler som forblir i overdragende selskap, og at disse verdsettes som grunnlag for å fastsette bytteforholdet. Det kan imidlertid være tilstrekkelig med en overordnet beskrivelse av et tingsinngrep. Det kreves ikke at det stilles opp en oversikt over balanseførte verdier for netto eiendeler som gjenværende selskap beholder. Når aksjeloven § 14–4 gir § 13-6 første ledd nr. 7 anvendelse på fisjon, er resultatet nemlig at det kun skal utarbeides en åpningsbalanse for overtakende selskap. Tilleggskravene for fisjon i aksjeloven § 14–4 omfatter ikke krav om utarbeidelse av en tilsvarende oppstilling (en «restbalanse») for gjenværende selskap ved fisjon der overdragende selskap fortsetter etter fisjonen.

Selv om det ikke kreves av aksjeloven, er det vanlig i praksis å sette opp en såkalt «fisjonsbalanse» som et underliggende arbeidsdokument. En fisjonsbalanse viser

med utgangspunkt i balansen for overdragende selskap fordelingen av netto eiendeler mellom de deltagende selskaper. Den danner et grunnlag for utarbeidelsen av hhv. åpningsbalansen for overtagende selskap og fisjonsplanen, og (særlig viktig) kontroll med at kravene til fordeling av aksjekapital relativt til verdifordelingen etter skatteloven § 11–8 er oppfylt. «Fisjonsbalansen» vil typisk være utarbeidet pr. tidspunktet for verdsettelse og åpningsbalanse, men inngår imidlertid ikke i den formelle dokumentasjonen for fisjonen ettersom det ikke er plikt til å utarbeide dette etter aksjeloven.

En måling av restverdiene i overdragende selskap som grunnlag for beregningen er heller ikke i tråd med ordlyden. Ordlyden bygger for det første på en forutsetning om at kapitaldekningsberegningen skal skje på grunnlag av den sist fastsatte balansen i gjenværende selskap, og ikke på en nyere balanse etablert som ledd i fisjonen. Ordlyden bygger som nevnt på forestillingen om fisjon som et kapitaluttak fra det gjenværende selskap. Det sentrale er derfor å begrense kapitaluttaket. Kapitaluttaket måles derfor konkret, i motsetning til gjenværende netto eiendeler. Gjenværende netto eiendeler er derimot definert som en residual etter at kapitaluttaket er trukket fra netto eiendeler før fisjonen.

4.3 Måling både «før» og «etter» fisjonen med informasjon fra den sist fastsatte balansen?

En utfordring med å hente informasjon fra ulike tidspunkter er som sagt at man risikerer inkonsistens i beregningene og dermed ikke oppnår formålet med beregningen. Ettersom ordlyden eksplisitt forutsetter at beregningen skal foretas ved hjelp av de størrelser som inngikk i den sist fastsatte balansen, blir spørsmålet om det lar seg gjøre å oppstille en slik beregning med den informasjonen som foreligger i fisjonsdokumentene.

I så fall måtte det kreves at informasjon om kapitaluttaket ble *målt på tidspunktet for den sist fastsatte balansen*. Kapitaluttaket måles imidlertid kun i åpningsbalansen, som bare unntaksvis vil være utarbeidet pr. samme tidspunkt som den sist fastsatte balansen. Det utarbeides dermed heller ikke et dokument ved fisjonen som sammenstiller kapitaluttaket med en spesifikk andel av de netto eiendeler som inngikk i balansen ved foregående årsregnskap.

De netto eiendeler uttaket består av, måles kun ved verdsettelsen og fastsettelsen av åpningsbalansen, men slik at aksjeloven § 3–6 tredje punktum foreskriver at balanseførte verdier legges til grunn ved kapitaldekningsberegningen.

I den sammenheng er det verd å merke seg at alle enkeltendringer i selskapets balanse registreres løpende som ledd i selskapets bokføring av transaksjonene selskapet deltar i, og anses å endre sammensetningen av selskapets balanse *løpende*. Selskapets balanse er med andre ord gjenstand for endringer gjennom hele året, og anses for eksempel ikke bare å foreligge pr. det tidspunktet den sist inngikk i et årsregnskap (eller mellombalanse) og ble godkjent i generalforsamlingen. Når ordlyden i § 12–2 referer til den sist «fastsatte» balansen, kan det gi inntrykk av at selskapets balanse *generelt* er et fast og statisk referansepunkt i perioden frem til den neste generalforsamlingens behandling av balansen, ved fastsettelse av årsregnskap eller mellombalanse. Det er i så fall en feilslutning. Det er bare i tilknytning til utvalgte beslutninger etter aksjeloven at man forholder seg til den balansen som sist ble fastsatt, og hovedårsaken til dette er at en slik fastsatt balanse vil ha vært gjenstand for revisjon og derfor har større troverdighet enn den ureviderte balansen som kan trekkes ut av selskapets bokførte transaksjoner til enhver tid.

I den grad en eiendel var kontrollert av selskapet ved avleggelsen av den sist fastsatte balansen, vil informasjonen om verdien ikke være endret for et regnskap som følger norsk regnskapsskikk. Men etter balansedagen kan det ha funnet sted en rekke endringer i eiendelenes sammensetning, og nye eiendelers balanseførte verdi vil være bestemt av transaksjoner balanseført i selskapets (ikke reviderte) regnskaper etter balansedagen. Det er disse oppdaterte verdiene som legges til grunn ved måling av kapitaluttak etter aksjeloven § 3–6 tredje ledd. Kapitaluttaket lar seg derfor ikke fastsette ved hjelp av informasjon hentet fra den sist fastsatte balansen, men måles derimot til balanseførte verdier pr. tidspunktet for åpningsbalansen.

Det foreligger dermed ikke informasjon i de fisjonsdokumentene som utarbeides som kan danne grunnlag for å foreta beregningen av kapitaldekningskravet utelukkende basert «*på grunnlag av balansen i selskapets sist godkjente årsregnskap*».

4.4 Løsning: Netto eiendeler i den sist fastsatte balansen fratrekkes kapitaluttakets verdi pr. tidspunktet for åpningsbalansen

Den tilnærmingen som brukes i praksis, er derfor at gjenværende netto eiendeler i gjenværende selskap fastsettes ved at sum netto eiendeler målt i den sist fastsatte balansen fratrekkes netto eiendeler som overføres til overtagende selskap målt på tidspunktet for åpningsbalansen. (Dersom åpningsbalansen settes opp med utgangspunkt i virkelige verdier, må det settes opp en særskilt beregning av balanseførte verdier for å vurdere kapitaldekningskravet.)

Dersom resultatet av beregningen er minst like stort som gjenværende bundet egenkapital i gjenværende selskap etter fisjonen, anses kapitaldekningskravet for å være oppfylt.

5 Er løsningen riktig?

5.1 Innledning

Den løsningen som legges til grunn i praksis, anvender altså data fra ulike tidspunkter i beregningen, hvilket gir beregningen et element av inkonsistens. Det kan reises spørsmål om løsningen er i tråd med ordlyden, som jo kun peker på et tidspunkt som grunnlag for beregningen. Slik fremstillingen viser ovenfor, er løsningen først og fremst praktisk begrunnet, ved at den kan bygge på den dokumentasjonen som forutsettes utarbeidet i forbindelse med fisjonen. Det kan videre reises spørsmål om en slik beregning tjener hensikten med regelen. Resultatet kan nemlig bli at kapitaldekningskravet ikke anses oppfylt selv om selskapet rent faktisk beholder verdier som gir dekning for gjenværende bundet egenkapital.

Det foreligger ikke rettspraksis som tar stilling til beregningsmåten. Med unntak av 2. utgave av boken «*Fusjon og fisjon*» utgitt av Fagbokforlaget nå i høst, der undertegnede er en av forfatterne, er problemstillingen etter det jeg kan se ikke diskutert i juridisk litteratur.

5.2 Eksempler

To eksempel som viser effekten av den løsningen som legges til grunn, kan illustrere problemstillingen:

Eksempel 1

Et overdragende selskap har i sist fastsatte balanse netto eiendeler på 500 fordelt på en aksjekapital på 100 og annen egenkapital på 400. I balansen inngår et skip balanseført til



Akkurat
nå.

I 2015 bytter Akelius navn til Wolters Kluwer.

Din suksess innenfor juss, skatt og økonomi, er i hovedsak basert på at du, alltid i ethvert øyeblikk, kan ta trygge beslutninger i krevende situasjoner.

Dette stod klart for oss allerede for mer enn 20 år siden. Derfor ble vi en del av Wolters Kluwer, et av verdens største og mest offensive informasjons- og programvareselskaper.

Forskjellen fra tidligere er at det nå er mer enn 19.000 målrettede, lydhøre og engasjerte medarbeidere over hele verden som arbeider for din suksess. Akkurat nå, faktisk.

wolterskluwer.no



Wolters Kluwer

When you have to be right

Selskapsrett



VIRKELIG VERDI: På tidspunktet for åpningsbalansen har skipet en virkelig verdi på 1500.

1000. Til skipet er det knyttet en gjeld på 800. Øvrige netto eiendeler utgjør dermed 300. På tidspunktet for åpningsbalansen har skipet en virkelig verdi på 1500.

Skipet (alternativ 1) eller verdier som tilsvarer skipet (alternativ 2) skal fisjoneres ut, mens øvrige netto eiendeler i balansen beholdes av overdragende selskap. Kapitaluttaket ved fisjon utgjør 70 % av selskapets virkelige verdi, og aksjekapitalen skal derfor reduseres fra 100 med 70 til 30 ved fisjonen. Den underliggende økonomiske realiteten i en fisjon vil være den samme ved begge alternativer.

Alternativ 1. Kapitaldekningsberegning dersom skipet fisjoneres ut

Netto eiendeler før fisjonen	500
Uttak ved fisjonen (skip 1000 – gjeld 800)	-200
Gjenværende netto eiendeler	300

Ved alternativ 1 vil det altså være dekning for den gjenværende aksjekapitalen på 30.

Alternativ 2. Kapitaldekningsberegning dersom skipet selges før tidspunkt for åpningsbalansen

Her forutsettes at skipet selges for et vederlag på 1500, tilsvarende dets virkelige verdi, gjelden som knytter seg til skipet nedbetales og det overskytende settes inn i banken før tidspunktet for åpningsbalansen. Skipet og gjelden som inngikk i den sist fastsatte balansen er nå erstattet av et bankinnskudd på 700. I dette alternativet skilles dette bankinnskuddet ut ved fisjonen. Differansen mellom balanseført verdi av skipet fratrukket gjeld (200) og salgsvederlaget fratrukket gjeldsnedbetaling

(700) reflekterer en inntekt på 500 som er opptjent etter balansedagen. På åpningsbalansetidspunktet har bankinnskuddet en balanseført verdi på til sammen 700, som ikke inngikk i balanseførte verdier i sist fastsatte balanse.

Netto eiendeler før fisjonen	500
Uttak ved fisjonen	-700
Gjenværende netto eiendeler	-200

Ved alternativ 2 er det ikke dekning for gjenværende aksjekapital på 30 etter fisjonen etter aksjeloven § 12–2. Dette til tross for at vi i eksemplet har forutsatt at selskapet beholder de øvrige netto eiendeler som forelå ved den sist fastsatte balansen, og som da var balanseført til 300.

Legg for øvrig merke til at det ikke får noen virkning for adgangen til å gjennomføre fisjonen dersom overdragende selskap selger skipet etter tidspunktet for åpningsbalansen, men før gjennomføringstidspunktet. Endringer i eiendelenes sammensetning etter dette tidspunktet påvirker ikke kapitaldekningsberegningen.

Over er det forutsatt at det knytter seg latent inntekt til skipet. Et annet eksempel viser effekten i en situasjon der det knytter seg et latent tap til skipet:

Eksempel 2

Vi forutsetter at overdragende selskap i den sist fastsatte balansen har netto eiendeler på 500, som svarer til en aksjekapital på 500. I balansen har selskapet et skip balanseført til 1000. Til skipet er det knyttet en gjeld på 800. Øvrige netto eiendeler utgjør dermed 400. På tidspunktet for åpningsbalansen har skipet en virkelig verdi på 900.

Skipet (alternativ 1) eller verdier som tilsvarer skipet (alternativ 2) skal fisjoneres ut, mens øvrige netto eiendeler i balansen beholdes av overdragende selskap. Vi forutsetter også at uttaket ved fisjon utgjør 20 % av selskapets virkelige verdi, og at aksjekapitalen derfor skal reduseres fra 500 med 100 til 400 ved fisjonen. Den underliggende økonomiske realiteten i en fisjon vil være den samme ved begge alternativer.

Alternativ 1. Kapitaldekningsberegning dersom skipet fisjoneres ut

Netto eiendeler før fisjonen	500
Uttak ved fisjonen (skip 1000 – gjeld 800)	-200
Gjenværende netto eiendeler	300

Ved alternativ 1 vil det altså ikke være dekning for den gjenværende aksjekapitalen på 400. Dette til tross for at vi i eksemplet har forutsatt at selskapet beholder de øvrige netto eiendeler som forelå ved den sist fastsatte balansen, og som da var balanseført til 400.

Alternativ 2. Kapitaldekningsberegning dersom skipet selges før tidspunkt for åpningsbalansen

Her forutsetter vi igjen at skipet selges for et vederlag på 900, tilsvarende dets virkelige verdi, at gjelden som knytter seg til skipet, nedbetales, og at det overskytende settes inn i banken. Skipet og gjelden som inngikk i den sist fastsatte balansen, er nå erstattet av et bankinnskudd på 100. I dette alternativet skilles bankinnskuddet ut ved fisjonen. Differansen mellom balanseført verdi av skipet fratrukket gjeld (200) og salgsvederlaget fratrukket gjeldsnedbetaling (100) reflekterer et tap på 100 som er tapt etter balansedagen. På åpningsbalansetidspunktet har bankinnskuddet en balanseført verdi på 100, som ikke inngikk i balanseførte verdier i sist fastsatte balanse.

Netto eiendeler før fisjonen	500
Uttak ved fisjonen	-100
Gjenværende netto eiendeler	400

Ved alternativ 2 er det tilsynelatende dekning for gjenværende aksjekapital på 400 etter fisjonen. Ved beregning av bundet egenkapital ved fisjonen skal det tas hensyn til tap etter balansedagen som er realisert av selskapet før tidspunktet for åpningsbalansen. «Gjenværende bundet egenkapital» som skal dekkes av «gjenværende netto eiendeler», vil derfor være øket med 100 til 500, og heller ikke her er kapitaldekningskravet tilfredsstillt. Dette til tross for at vi som sagt har forutsatt at selskapet beholder de øvrige netto eiendeler som forelå ved den sist fastsatte balansen, og som da var balanseført til 400.

Merk for øvrig at alle negative endringer i perioden mellom balansedagen og tidspunktet for verdsettelse og åpningsbalanse fanges opp av beregningen av bundet egenkapital. Situasjoner der det er de netto eiendelene som selskapet skal beholde som er påvirket negativt av endringene, vil i alle tilfelle være ivaretatt av denne siden av kapitaldekningsberegningen.

Den sentrale effekten av at kapitaldekningsberegningen foretas med informasjon

for to ulike tidspunkter, jf. punkt 4.4 ovenfor, er derfor at den i visse situasjoner hindrer overføring av selskapets resultat i perioden mellom tidspunktet for den sist fastsatte balansen og tidspunktet for verdsettelse og åpningsbalanse (enten det er positivt eller negativt) til et overtakende selskap ved fisjon.

Spørsmålet er så om dette er en tilsiktet effekt og i tilfelle om den er hensiktsmessig.

5.3 Er løsningen tilsiktet?

Forarbeidene til § 14–3 tredje ledd er tause mht. beregningsmåten som skal anvendes etter den «tilsvarende» anvendelsen av § 12–2.

Løsningen som er valgt i praksis ved fisjon, samsvarer med den fremgangsmåten som benyttes ved utdeling av utbytte etter kapittel 8 og ved kapitalnedsettelse etter kapittel 12 når utbyttet eller utdelingen består av annet enn penger. Også da er det netto eiendeler som deles ut, som er gjennstand for identifisering og måling i forbindelse med beslutningen, mens gjenværende eiendeler ikke vurderes konkret. Også da beregnes kapitaldekningskravet

residualt etter at netto eiendeler i den sist fastsatte balansen er fratrukket uttaket. I disse situasjonene ville det da også være enda mindre naturlig å måle gjenværende eiendeler direkte enn ved fisjon, ettersom det i disse tilfellene ikke foretas noen beskrivelse eller verdsettelse av de gjenværende eiendelene, mens det motsatte er tilfelle for fisjon. For utbytte henger begrensningen for øvrig sammen med forutsetningen om at man gjennom utbytteutdelingen kun skal kunne disponere overskudd opptjent frem til den sist fastsatte balansen.

At effekten er tilsvarende for de øvrige tilfellene av utdeling, taler for at en «tilsvarende» anvendelse av kapitaldekningskravet fastsatt i kapittel 12 ved fisjon etter kapittel 14 også skal beregnes residualt på samme måte, uavhengig av effektene som følger av ulikt måletidspunkt som er beskrevet ovenfor.

Det er som det fremgår ovenfor, aksjeloven § 3–6 tredje ledd som foreskriver at en «eiendels balanseførte verdi» skal legges til grunn ved anvendelse av uttaksbegrensninger ved alle former for utdelinger, her-

under ved fisjon. I forarbeidene til aksjeloven § 3–6 tredje ledd ble det lagt til grunn at beregningen ved fisjon ville tilsvare beregningen ved utbytte og kapitalnedsettelse, uten at spørsmålet er særskilt diskutert eller standpunktet nærmere begrunnet. Problemstillingen som da var behandlet gjaldt konsekvensene av at Justisdepartementet i en forutgående uttalelse hadde kommet til at man i beregningen av alle former for uttak måtte legge til grunn utskilte netto eiendelers virkelige verdi på beslutningstidspunktet ved beregningen av kapitaldekningskravet.

Dette ledet frem til forslag om vedtagelse av § 3–6 tredje ledd, som fastslår at balanseførte verdier legges til grunn ved måling av utdeling av utbytte og kapitaluttak ved kapitalnedsettelse og fisjon. Forslaget ble blant annet begrunnet med at Justisdepartementets standpunkt i den aktuelle uttalelsen i realiteten medførte at det var umulig å gjennomføre de fleste fisjoner.

Forarbeidene til § 3–6 tredje ledd er i prinsippet etterarbeider i relasjon til § 14–3 tredje ledd og derfor ikke nødvendigvis avgjørende for tolkningen. Problem-

Gjennomfør planleggingsanalysen med kvalitetssikret verktøy!

NYHET

HØSTEN

- Planleggingsanalyse (PAR) + forventninger i revisjonen
 - Direkte tallimport (helårs- og delårstall)
 - Prognose for året
 - Endrings- og nøkkeltallsanalyse
 - Rapport for planleggingsanalysen
- Kontantstrøm- og likviditetsanalyse og grafer
- Regnskapsanalyse og simulering med års-prognose



VÅREN

- Regnskapsanalyse med risikovurdering – direkte fra Maestro Årsoppgjør og Finale Årsoppgjør som grunnlag for:
- Vurdering av forsvarlig utbytte
 - Konklusjon av revisjonen
 - Dokumentasjon

Prøv nå!

Tlf. 916 49 669
kontakt@lederkilden.no

✓ **God innsikt og dokumentasjon**

✓ **Effektive prosesser – felles metodikk**

✓ **Bedre kundedialog – posisjonering for rådgivning**

lederkilden.no – din guide til **EFFEKTIV** styring og utvikling av bedriften

stillingen som reises her i denne artikkelen, som gjelder spørsmålet om hvordan aksjeloven § 12–2 forholder seg til etterfølgende endringer i de balanseførte verdier, ble ikke diskutert ved innføringen av aksjeloven § 3–6 tredje ledd. Grunnen til dette var at praksis ved utarbeidelse av åpningsbalanser på denne tiden baserte seg på at det ble utarbeidet åpningsbalanser som refererte seg til samme tidspunkt som det sist fastsatte balansetidspunktet for de tilfellene balanseførte verdier ble lagt til grunn for regnskapsføring av fisjonen, og altså uavhengig av verdsettelsestidspunktet. Det var dermed forskjellene mellom virkelig verdi og balanseførte verdier som var i fokus i forbindelse med lovendringen, mens konsekvensene av endringene i balanseførte netto eiendeler fra balansetidspunktet frem til verdsettelsestidspunktet ikke ble problematisert.

Den bakenforliggende problemstillingen slik den ble formulert forut for denne lovendringen, taler derfor for at løsningen er tilsiktet. Omstendigheten for øvrig tilsier at den problemstillingen som her drøftes, ikke ble vurdert. Det er derfor usikkert om den effekten som er beskrevet i eksemplene er tilsiktet.

5.4 Er løsningen hensiktsmessig?

En løsning anses hensiktsmessig dersom den oppfyller regelens formål. I dette tilfellet er regelens formål å unngå at overdragende selskap tappes for eiendeler i forbindelse med fisjonen. Måten reglene er utformet på medfører imidlertid begrensninger som går lenger enn dette formålet tilsier. Som det fremgår av eksemplene i punkt 5.2 er den sentrale effekten av ulikheten i måletidspunkt som er implisitt i beregningsmetoden, at verken opptjening eller tap etter balansedagen kan overføres til et overtagende selskap. Det er imidlertid vanskelig å se at dette er sentralt for å hindre tapping av overdragende selskap. Det er derfor høyst tvilsomt om effekten er hensiktsmessig.

Henvisningen til § 12–2 i fisjonskapitlet bygger på en misforståelse av fisjonsinstuttets sentrale egenskaper, ettersom det derved legges til grunn at fisjon er et kapitaluttak av samme karakter som utbytte og kapitalnedsettelse. Fisjon er som det konstateres innledningsvis en deling av et selskap og ikke en utdeling. Den mest sentrale innvendingen mot å behandle fisjonstilfellene på samme måte som utbytte og kapitalnedsettelse er derfor at fisjon ikke er kapitaluttak i samme

forstand som kapitalnedsettelse og utbytte er det.

Ved utbytte og kapitalnedsettelse stilles de utdelte midlene til fri disposisjon for aksjeeierne når beslutningen er gjennomført, og kreditorenes dekningsmulighet reduseres tilsvarende kapitaluttakets størrelse. Etter en fisjon forblir midlene derimot innenfor rammene av de deltagende aksjeselskapene, og aksjeeierne er ikke kommet nærmere midlene enn de var før fisjonen. Etter fisjonen vil selskapene ha hvert sitt styre som er ansvarlig for at selskapene til enhver tid har forsvarlig egenkapital og likviditet. Alle selskaper som deltar i fisjonen, vil være ansvarlige for samtlige av det overdragende selskaps kreditorer, for så vidt kravet var etablert før fisjonen etter § 14–11 tredje ledd. Det er derfor ikke riktig å anlegge det synspunkt at kreditorenes dekningsmulighet reduseres på samme måte ved fisjon som ved utbytte og kapitalnedsettelse. Både for kapitalnedsettelse og fisjon gis det kreditorvarsel (i motsetning til det som gjelder ved utbytte). Sammenlignet med kapitalnedsettelser er imidlertid kreditorene ytterligere beskyttet gjennom ansvarsbestemmelsen i § 14–11 tredje ledd, et ansvarlig styre, krav til forsvarlig egenkapital og likviditet, samt at betingelsene for ivaretagelsen av dette ansvaret vil være utredet gjennom ivaretagelsen av et langt mer omfattende dokumentasjonskrav i form av fisjonsplan og revisorbekreftet redegjørelse etter reglene i aksjeloven § 13–10 jf. § 14–4 tredje ledd i forkant.

5.5 Konklusjon

Bakgrunnen for regelen tilsier at kapitaldekningsregelen i aksjeloven § 12–2 må anvendes på samme måte for fisjonstilfellene som for utbytte og kapitalnedsettelse. Løsningen beskrevet i punkt 4.4 ovenfor er riktig, selv om det synes tvilsomt om den mest sentrale effekten av reglene var tilsiktet og den heller ikke er egnet til å oppfylle formålet med bestemmelsen.

6 Aktuelle tilpasninger

De problemer som oppstår som følge av kapitaldekningsregelen, kan løses på to måter. Det overdragende selskapet kan for det første avlegge mellombalanse pr. tidspunkt for åpningsbalansen; derved vil det ikke foreligge noe mellomliggende resultat som kan skape problemer. Alternativt kan man velge å oppløse det overdragende selskapet ved fisjonen, og derved unngå at kapitaldekningsregelen overhodet får anvendelse.

Et krav om utarbeidelse av mellombalanse kan imidlertid innebære unødvendige kostnader til utarbeidelse og revisjon. Tilsvarende vil sletting av overdragende selskap som juridisk enhet ofte innebære unødvendige administrative kostnader – så som kostnader til oppfølging av endrede registreringer, offentlige tillatelser, kommunikasjon med kunder og leverandører og lignende.

7 Det bør oppstilles en særskilt kapitaldekningsregel for fisjon

De innvendingene som er reist mot likebehandling av fisjon med utbytte og kapitalnedsettelse i punkt 5.4 ovenfor, tilsier at henvisningen i aksjeloven § 14–3 tredje ledd til § 12–2 i aksjeloven bør erstattes med en særskilt kapitaldekningsregel for fisjon som baserer seg på en direkte måling av gjenværende netto eiendeler i overdragende selskap.

Ettersom selskapets netto eiendeler etter en fisjon forblir innenfor rammen av to (eller flere) deltagende aksjeselskaper som viderefører ansvaret overfor det fisjonerende selskapets kreditorer, der hvert av selskapene forutsettes å tilfredsstille kravene til forsvarlig egenkapital også etter fisjonen, er det ingen særskilt grunn til at det for fisjon bør legges hindringer i veien for disponering av resultatet etter den sist fastsatte balansen ved fisjon på samme måte som for utbytte og kapitalnedsettelse. Kreditorenes dekningsmuligheter etter fisjonen vil ikke påvirkes merkbart av en slik adgang.

En slik ny regel forutsetter antagelig at det også oppstilles et krav om utarbeidelse av en «restbalanse» for overdragende selskap, basert på balanseførte verdier som beholdes i selskapet målt på verdsettelsestidspunktet, som igjen kan danne grunnlag for målingen. Ettersom selskapene i stor grad utarbeider en «fisjonsbalanse» som kan danne grunnlag for dette, vil en slik regel neppe være spesielt byrdefull for de deltagende selskapene, samtidig som adgangen til å overføre resultat opparbeidet etter balansedagen vil gi en smidig løsning for fordeling av selskapenes netto eiendeler ved mange fisjoner.