

En praktikers guide:

# Bytteforhold ved skattefrie fusjon og fisjon

Artikkelen tar sikte på å avklare noen av spørsmålene som er gjengangere når man gjennomfører fusjoner og fisjoner – og spesifikt knyttet til beregning av bytteforhold. Fokuset er på aksjeselskaper med mindre noe annet er angitt.



Advokat  
Anders Nordli  
Advokatfirmaet Thommessen



Advokatfullmektig  
Håkon Ness Ødegården  
Advokatfirmaet Thommessen

## Dette handler artikkelen om

Ved fusjon og fisjon er riktig beregning av bytteforholdet det viktigste vilkåret for skattefrihet. Artikkelen viser at det i en rekke ulike situasjoner i forbindelse med fusjon og fisjon er avklart at det ikke er krav til beregning av bytteforhold basert på virkelige verdier, verken i relasjon til størrelsen på kapitalnedsettelsen i det overdragende selskapet eller kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet. Videre argumenteres det i artikkelen for at det fortsatt er tilfeller der det burde være nødvendig å beregne et bytteforhold, men der skattemyndighetenes praksis så langt ikke har akseptert dette.

I artikkelen drøftes det også nærmere noen sentrale sider ved kravet til bytteforhold basert på virkelige verdier – som hvor grundig verdsettelsen må være, på hvilket tidspunkt verdsettelsen må være foretatt og i hvilken grad det er akseptabelt å foreta avrundinger. Som så ofte i skatteretten er svarene ikke alltid like klare.

Fusjoner og fisjoner reiser spørsmål av ulike slag og innenfor mange ulike rettsområder – selskapsrett, regnskapsrett, skatt og mva, konsesjonsrettslige forhold, arbeidsrett, fast eiendom osv. Ved fusjoner og fisjoner er riktig beregning av bytteforholdet det klart viktigste av vilkårene for skattefrihet. Det oppstår ofte en rekke svært praktiske spørsmål. For eksempel: Kan jeg runde av dette bytteforholdet til to desimaler? Trenger jeg virkelig å beregne bytteforhold ved denne drop down-fisjonen?

### Kravet til beregning av bytteforhold

#### Hva betyr «bytteforhold»?

Bytteforhold er et begrep som ofte benyttes når man snakker om fusjoner og fisjoner. Det er ikke alltid like klart hva man sikter til. Språklig er det snakk om et forhold mellom det antall aksjer aksjonæren oppgir i overdragende selskap (OD) og det antall aksjer aksjonæren mottar i overtakende selskap (OT). Dersom aksjonæren ved

fisjon innløser én aksje i OD og får utstedt én aksje i OT, er bytteforholdet 1:1 – én aksje i OD byttes inn i én aksje i OT. Man snakker imidlertid også om bytteforhold ved fusjon der OD oppløses, der det ikke utstedes ny(e) aksje(r) i eksisterende OT, men pålydende på eksisterende aksjer heller oppskrives, jf. for eksempel BFU 17/11, og der pålydende på eksisterende aksjer i OD nedskrives.

I dagligtalen blant advokater er «bytteforhold» ofte ganske enkelt en henvisning til det verdiforholdet som har betydning for kapitalnedsettelsen i OD, eller av og til kapitalforhøyelsen i OT. Man ser derfor for eksempel ofte at betegnelsen bytteforhold benyttes med henvisning til forholdet mellom verdien som tas ut av OD og totalver-

dien av OD. Hvis det hevdes at bytteforholdet i en fisjon er «33 %», er sannsynligheten stor for at det siktes til at 33 % av nettoverdiene i OD fisjoneres ut.

#### Kravene som selskapsreglene stiller til bytteforholdet

Kommersielt står partene i en fusjon eller fisjon fritt til å beregne bytteforholdet. Dette ligger innenfor avtalefriheten – aksjonærene i OD får det antall aksjer i OT som partene blir enige om.<sup>1</sup>

Selskapsrettslig er det to viktige begrensninger: (i) ved fisjon må det være dekning for gjenværende bunden egenkapital i OD etter kapitalnedset-

<sup>1</sup> Giertsen, *Fusjon og fisjon* (1999) s. 63 og 161.

telsen<sup>2</sup>, og (ii) ved både fusjon og fisjon kan innskuddet i OT ikke gjøres til underkurs, dvs. at innskuddet må gi dekning for kapitalforhøyelsen/aksjekapitalen ved stiftelsen.<sup>3</sup> Kanskje særlig i rent konserninterne fisjoner etableres det ofte fisjonsfordringer for å tilpasse verdien på det som overføres, slik at de selskapsrettslige kravene (eller de skatterettslige kravene, se nedenfor) kan oppfylles.

### Kravene som skattereglene stiller til bytteforholdet

Skattemessig er den store hovedregelen at det må beregnes et bytteforhold basert på *virkelige verdier*. Dette har betydning i to relasjoner: For størrelsen på kapitalnedsettelsen i OD ved fisjon, og for størrelsen på kapitalforhøyelsen i OT ved fisjon eller fusjon. For kapitalnedsettelsen i OD ved en fisjon følger kravet til beregning av bytteforhold direkte av skatteloven § 11–8 (1). For kapitalforhøyelsen i OT følger det samme visstnok av ulovfestet rett/kontinuitetsprinsippet, se uttalelse fra SKD av 31. januar 2012 og BFU 17/11. Etter vår oppfatning er det rettskildemessige grunnlaget for at skattereglene setter krav til kapitalforhøyelsen i OT ikke overbevisende.

Beregningen av et bytteforhold i vid forstand kan også ha betydning for fordeling av skatteposisjoner ved en fusjon eller fisjon – både på aksjonær- og selskapsnivå. På aksjonærnivå følger dette av skatteloven § 11–7 (4), som trolig må forstås slik at når det ikke innløses aksjer i OD, men pålydende på eksisterende aksjer bare reduseres, skal skatteposisjoner på nedskrevne aksjer fordeles «ut fra forholdet mellom de virkelige verdier som tilføres det enkelte selskap», jf. uttalelse fra SKD av 31. januar 2012. På selskapsnivå er dette relevant for skatteposisjoner uten tilknytning til bestemte eiedeler eller forpliktelser i OD (fremførbart underskudd mv.), jf. skatteloven § 11–8 (3) som gir en subsidiær regel om fordeling av disse posisjonene mellom selskapene «i samme forhold som nettoverdiene i selskapet fordeles».

Betydningen av å foreta en verdsettelse og beregne et verdiforhold for fordeling av skatteposisjoner ved fusjoner og fisjoner, omtales imidlertid begrepsmessig sjelden under merkelappen bytteforhold.

### Begrunnelse for det skatterettslige kravet til bytteforhold

Kravet til beregning av et bytteforhold basert på virkelige verdier er forankret i det mer generelle kravet til skattemessig kontinuitet ved fisjoner og fusjoner. Kravet er redegjort for i Ot.prp. nr. 71 (1995–1996) s. 35, selv om begrunnelsen her er beskrevet på noe kryptisk vis. Det sentrale må imidlertid være hensynet til å unngå verdioverføringer mellom aksjonærene, jf. Rt. 2005 s. 86 (Fjeld): «Det gjelder med andre ord et krav til eierkontinuitet, ved at det skal være kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå, slik at de samme verdiene eies av de samme aksjonærene som tidligere. Det forutsettes at det ikke skjer noen verdioverføring mellom aksjonærene».

Begrunnelsen for kravet om beregning av et bytteforhold er oppsummert slik av SKD i uttalelsen av 31. januar 2012:

«Bestemmelsen [i skatteloven § 11–8 (1)] er en følge av det kontinuitetsprinsipp som ligger til grunn for skattefriheten ved fisjoner, og sikrer at det ikke skjer verdioverføringer mellom aksjer eller aksjonærer. Se Ot.Prp. nr. 71 (1995–1996) s. 35. Det følger etter dette at nominell og innbetalt aksjekapital i det overdragende selskap ved fisjon må fordeles i samsvar med de reelle markedsverdier i selskapet, herunder verdien av immaterielle eiedeler, ev. forretningsverdi mv. Se for eksempel BFU 35/2005 og BFU 30/2007.» (vår understrekning)

### Kapitalnedsettelsen i overdragende selskap

#### Generelt

Ved en fusjon oppløses og slettes OD. Det oppstår dermed aldri behov for å beregne et bytteforhold av hensyn til

OD i fusjoner. Spørsmålet oppstår utelukkende ved fisjoner.

Utgangspunktet er klart: Størrelsen på kapitalnedsettelsen i OD må alltid reflektere forholdet mellom (i) de virkelige verdiene som utfisjoneres og (ii) verdien av OD før fisjonen. I praksis formuleres dette som nevnt ofte slik at det er et krav til beregning av bytteforhold (og implisitt at dette bytteforholdet må bygge på virkelige verdier). Dette følger direkte av skatteloven § 11–8 (1), som riktignok er svakt formulert:

«[N]ominell og innbetalt aksjekapital [fordeles] i samme forhold som nettoverdiene fordeles imellom selskapene».<sup>4</sup>

Dette forholdstallet skal anvendes på kapitalnedsettelsen, og dikterer dermed hvor mange aksjer som må innløses i OD ved fisjonen eller hvor mye pålydende på eksisterende aksjer skal nedskrives med.

Ikke bare nominell aksjekapital, men også innbetalt aksjekapital, skal etter lovteksten fordeles iht. bytteforholdet. På *aksjonærnivå* er dette etter vår oppfatning definitivt ikke alltid riktig, fordi skattemessig innbetalt kapital skal følge den enkelte aksje og nettopp ikke fordeles etter bytteforholdet, jf. skatteloven § 11–7 (4) som tross ordlyden også må omfatte skatteposisjonen innbetalt kapital. Ved nedsettelse av pålydende på eksisterende aksjer i OD kan det likevel være riktig å fordele innbetalt kapital iht. bytteforholdet på aksjonærnivå. Man kan kanskje argumentere for at skatteloven § 11–8 (1) gjelder fordelingen av skattemessig innbetalt kapital på *selskapsnivå*, men etter at reglene om korreksjonsinntekt ble opphevet i 2012 er innbetalt kapital ikke lenger en skatteposisjon med noen relevans på selskapsnivå. På dette punktet er lovteksten altså direkte misvisende.

<sup>4</sup> Formuleringen «fordeles» kan virke misvisende – dette sikter til kapitalnedsettelsen i OD. Betegnelsen «nettoverdiene» sikter til virkelige verdier. Og «innbetalt kapital» må i dag nærmest fortolkes ut av bestemmelsen, jf. nærmere rett nedenfor.

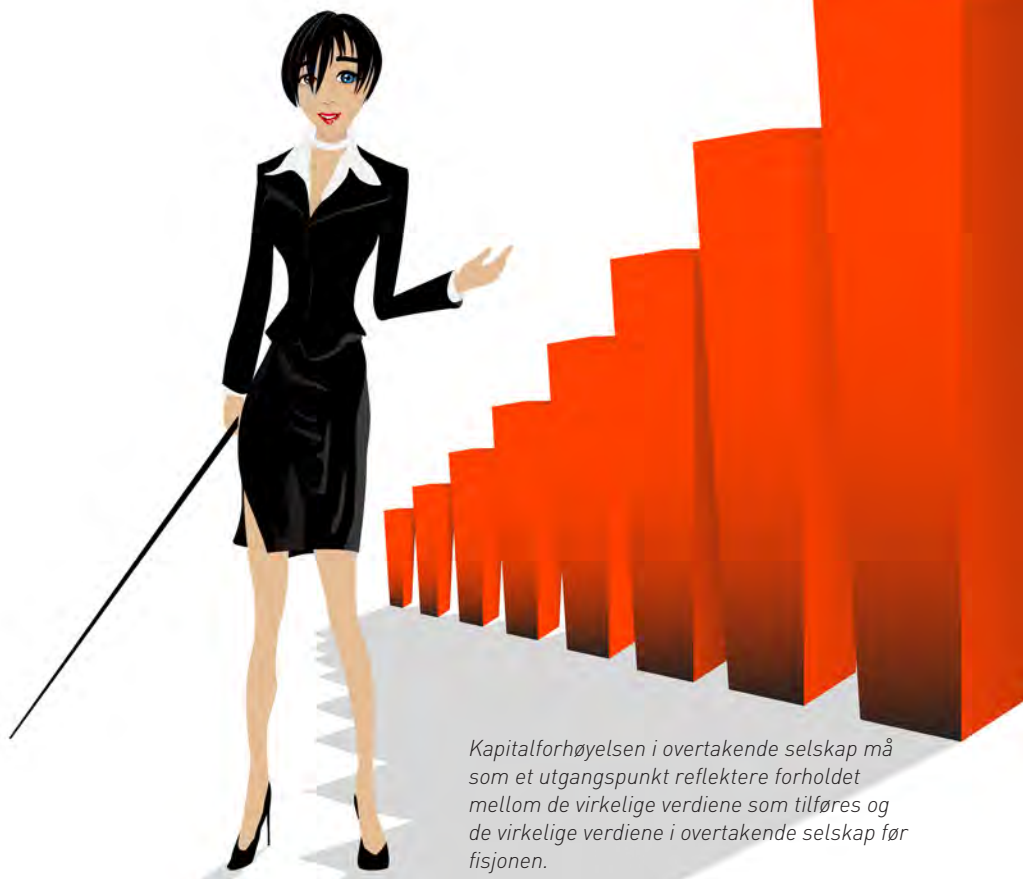
<sup>2</sup> Jf. aksjeloven § 14-3 (3) jf. § 12-2 (2).

<sup>3</sup> Jf. aksjeloven § 13-4 jf. §§ 2-12 (1) og 10-12 (4).

### Når er det ikke krav til beregning av bytteforhold ved kapitalnedsettelse?

De mest interessante spørsmålet i praksis, er gjerne i hvilke situasjoner det likevel ikke er nødvendig å beregne et bytteforhold for kapitalnedsettelsen i OD. Etter vår oppfatning er det i følgende situasjoner ikke krav til bytteforhold for OD:

- **Oppløsningsfisjon:** Ved oppløsningsfisjon vil det ikke være behov for å beregne noe bytteforhold, da OD avvikles og slettes og det ikke gjøres noen kapitalnedsettelse i OD. Situasjonen blir her den samme som ved en fusjon. Men det kan være behov for beregning av bytteforhold for kapitalforhøyelsen i OT eller for fordeling av skatteposisjoner, jf. nærmere nedenfor.
- **Alt fordeles etter et bestemt forhold:** Dersom en fysisk eller ideell andel av *alle* eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles etter et bestemt forhold, typisk etter eierforhold, vil det heller ikke være krav til beregning av bytteforhold, fordi bytteforholdet allerede er gitt. I disse situasjonene vil det ikke ha noen betydning hva verdien er (kr 1 eller kr 100 milliarder), slik at verdsettelse aldri kan påvirke fordelingen.<sup>5</sup>
- **Nedsettelse av pålydende?** Dersom kapitalnedsettelsen skjer ved reduksjon av pålydende på eksisterende aksjer i OD, kan det anføres at det er unødvendig å beregne noe bytteforhold basert på virkelige verdier. Det er ingen fare for verdi-overføringer mellom aksjer eller aksjonærer i disse tilfellene, men praksis har så langt ikke åpnet for å unnlate å verdsette OD i disse tilfellene. Motstykket er kapitalforhøyelse ved økning av pålydende i OT, og der har man i praksis – i



*Kapitalforhøyelsen i overtakende selskap må som et utgangspunkt reflektere forholdet mellom de virkelige verdiene som tilføres og de virkelige verdiene i overtakende selskap før fisjonen.*

bestemte tilfeller – akseptert at forhøyelsen ikke behøver å bygge på et konkret bytteforhold, jf. nedenfor. Likevel er det slik at verdiforholdet mellom det som utfisjoneres og det som blir igjen kan få betydning for fordeling av skatteposisjoner ved fisjonen – innbetalt kapital, inngangsverdi mv. Det tryggeste alternativet vil derfor fortsatt være å beregne et bytteforhold også der pålydende på eksisterende aksjer i OD nedskrives.

### Kapitalforhøyelsen i overtakende selskap

#### Generelt

Kapitalforhøyelsen i OT må som et utgangspunkt reflektere forholdet mellom de virkelige verdiene som tilføres og de virkelige verdiene i OT før fisjonen; dette er tilsvarende prinsipp som kapitalnedsettelsen i OD. Dette kravet kan neppe forankres i skatteloven § 11–8 (1), men skattemyndighetene har som nevnt antatt at kravet kan utledes av selve kontinuitetsprinsippet og er utviklet gjennom (fast og langvarig?) ligningspraksis. Prinsippet kan medføre at kapitalforhøyelsen i OT blir en helt annen enn kapitalnedsettelsen i OD.

#### Eksempel

Sett for eksempel at et selskap eies 50/50 av to aksjonærer som ønsker å skille lag. De har én aksje hver og aksjekapitalen er 10. Verdiene i selskapet er 100, og aksjonær B utfisjoneres og får med seg sin andel av verdiene på 50 ved å innløse sin aksje med en total kapitalnedsettelse på 5. B har allerede et heleid investeringsselskap som er OT ved fisjonen. Her er verdien 100 000 og aksjekapitalen er 100. Selskapet tilføres en verdi på 50, som utgjør 0,05 % av totalverdien. Det tilsier en kapitalforhøyelse på bare 0,05. Da oppnår man at aksjonæren som utfisjoneres, eier de samme verdiene før og etter fisjonen.

I praksis skaper kravet en del utfordringer når det overføres verdier til et selskap med svært lav verdi, typisk et selskap som bare har verdier tilsvarende minste aksjekapital på kr 30 000. Kravet kan i disse situasjonene medføre at kapitalforhøyelsen blir enorm, fordi verdien av det tilførte er betydelig og verdien av OT før fusjon/fisjon er ubetydelig. Det nevnes også at eldre praksis i stor grad har vært å legge til grunn en kapitalforhøyelse i OT som nominelt tilsvarer kapitalnedsettelsen i OD. Det er en enkel fremgangsmåte, men ikke prinsipielt riktig ut fra prinsippet ovenfor. Etter vår

<sup>5</sup> Se Langseth: *Tingsinnskudd: verdimålingstidspunkt og verdsettelse (del II)* i Revisjon & Regnskap nr. 6/2010, punkt 3.1 (fotnote). Eksempel: Et selskap eier kun 1 000 aksjer i et børsnotert selskap. Selskapet eies 50/50 av to aksjonærer. Det kan gjennomføres en skjevdelingsfisjon der én av aksjonærene utfisjoneres til et nytt selskap som overtar hans andel på 500 aksjer uten verdsettelse og beregning av bytteforhold. Dette er fordi det er gitt at 50 % av verdiene utfisjoneres og at 50 % av aksjene i selskapet dermed skal innløses. Hvis selskapet før fisjonen bare eier 1 aksje i det børsnoterte selskapet, vil det oppstå et sameie i denne aksjen ved fisjonen. For enkelte eiendeler kan et slikt sameie som oppstår ved fisjon, skape praktiske utfordringer som partene bør reflektere over før gjennomføring.

oppfatning er det som nevnt ikke åpenbart at det kan stilles krav til beregning av bytteforhold for OT overhodet, altså skattemessig krav til størrelsen på kapitalforhøyelsen, selv om skattemyndighetene har lagt dette til grunn i nyere praksis.

#### Når er det ikke krav til beregning av bytteforhold ved kapitalforhøyelse?

For kapitalforhøyelsen i OT finnes det en rekke unntak fra kravet til beregning av bytteforhold:

- Fusjoner/fisjoner uten kapitalforhøyelse: Når det gjennomføres forenklede fusjoner uten kapitalforhøyelse i OT (mor-datterfusjon etter aksjeloven § 13–23 eller søsterfusjon etter aksjeloven § 13–24) og ved forenklet fisjon uten kapitalforhøyelse (aksjeloven § 14–11b)<sup>6</sup>, kreves det ingen verdsettelse. Det samme gjelder omvendt mor-datterfusjon, dvs. når morselskap fusjoneres ned i heleid datterselskap, og egne aksjer tilført ved fusjonen benyttes som fusjonsvederlag.<sup>7</sup> Dreier det seg om en omvendt fusjon med deleid overtakende selskap (av og til kalt «delvis omvendt mor-datterfusjon»), kan det imidlertid være nødvendig med beregning av et bytteforhold og gjennomføring av en kapitalforhøyelse, når fusjonen medfører endring av eierforholdene i OT.
- Nystiftelse: Det er ikke nødvendig å beregne noe bytteforhold basert på virkelige verdier når OT nystiftes som ledd i fisjonen, jf. uttalelsen fra SKD av 31. januar 2012.<sup>8</sup> I disse situasjonene kan aksjekapitalen settes helt fritt, for eksempel til minste tillatte aksjekapital etter aksjeloven.
- Nedsettelse av aksjekapital til null før fusjon/fisjon: Det er ikke nødvendig å beregne bytteforhold når aksjekapitalen i et eksisterende OT nedsettes til null ved utbetaling til

aksjonærene umiddelbart forut for og betinget av kapitalforhøyelsen ved fusjonen/fisjonen. Det er eksempler fra ligningspraksis på at dette er akseptert, og det har også blitt gjort i stor utstrekning i praksis. Situasjonen blir den samme som ved nystiftelse av OT.

- Økning av pålydende og identisk eierforhold: Selv om OT er et eksisterende selskap og aksjekapitalen ikke nedsettes til null forut for fisjonen, kan beregning av et bytteforhold basert på virkelige verdier unnlates dersom (i) eierforholdet i OD og OT er identisk og (ii) kapitalforhøyelsen skjer ved tilskrivning av pålydende på eksisterende aksjer og ikke utstedelse av nye aksjer.<sup>9</sup>
- Økning av pålydende?: Vår oppfatning er at unntaket fra kravet til bytteforhold oppstilt i BFU 17/11 burde gå lenger: det bør være unødvendig med beregning av et

bytteforhold basert på virkelige verdier i alle tilfeller der kapitalforhøyelsen skjer ved økning av pålydende på eksisterende aksjer, men så langt har ikke praksis gått.<sup>10</sup>

Et eksempel kan illustrere kravet til bytteforhold både for OD og OT: Man kan tenke seg en skjevdelingsfisjon der fire aksjonærer som hver eier 25 % av aksjene i et selskap ønsker å skille lag. Hvis det gjennomføres en oppløsningsfisjon med nystiftelse av fire nye selskaper, er det verken krav til beregning av bytteforhold for OD eller for fastsettelse av aksjekapitalens størrelse i OT'ene. Verdsettelse av OD for å fastsette et verdiforhold mellom det som tilføres OT'ene kan imidlertid fortsatt være nødvendig av hensyn til fordeling av skatteposisjoner mellom

<sup>9</sup> Dette følger av BFU 17/11 ved fusjon, og gjelder tilsvarende for fisjon iht. nevnte 2012-uttalelse fra SKD. Det fremgår også av Skatte-ABC 2018/19 emne *Fisjon*, punkt 4.10.4 at det i slike tilfeller ikke er krav til kapitalforhøyelsens størrelse overhodet.

<sup>10</sup> Se Busvold, *Fisjon og fusjon med endring av pålydende i Revisjon og Regnskap* nr. 8/2007 s. 69, som argumenterer for at det ikke er krav til bytteforhold der pålydende i OT økes (riktignok fra tiden før flere av kildene som legger til grunn at et slikt krav som utgangspunktet eksisterer med mindre eierskapet er identisk i OD og OT). Se også Aamelfot m.fl., *Fisjon og fisjon* (2015), punkt 3.3.5.1.



En stor fordel når det ikke kreves beregning av et bytteforhold basert på virkelige verdier, er at man kan unnlate å foreta en verdsettelse av det aktuelle selskapet.

<sup>6</sup> Ved slik forenklet fisjon kan det kanskje tenkes at verdsettelse likevel har betydning for fordeling av skatteposisjoner mellom de overtakende selskapene.

<sup>7</sup> Jf. Finansdepartementets uttalelse av 16. mars 2015.

<sup>8</sup> Se også BFU 19/14, der to heleide selskaper kunne fusjonere inn i et søsterselskap som ble stiftet ved fusjonen mot utstedelse av kun én vedlagsaksje, uten beregning av bytteforhold.

(aksjene i) selskapene, se skatteloven §§ 11–7 (4) og 11–8 (3).

### Konsernfusjoner/-fisjoner

I BFU 30/12 legges det til grunn at ved en *trekantfusjon* der (i) OD og (ii) OT sitt vederlagsutstedende, heleiende morselskap har identisk eiersits, er det ikke nødvendig å beregne et bytteforhold for kapitalforhøyelsen i OT. Avgjørelsen er unødvendig kronglete formulert, men det anføres at kapitalforhøyelsen hos vederlagsutsteder kan tilsvare størrelsen på aksjekapitalen i OD som slettes. Etter vår oppfatning må dette være unødvendig – det kan ikke stilles krav til kapitalforhøyelsen i OT overhodet i disse situasjonene, og det må i alle fall gjelde når kapitalforhøyelsen skjer ved oppskrivning på eksisterende aksjer, jf. BFU 17/11 som riktignok ikke direkte gjelder trekantfusjoner.

En *drop down-fisjon* er en mye brukt to-leddet prosess for å skille ut ett eller flere separate datterselskaper (i praksis en vertikal fisjon), ofte for å opprette et eget holdingselskap. Alternativer for å oppnå det samme eksisterer – blant annet bruk av skyggekonsern<sup>11</sup> og fisjon kombinert med etterfølgende emisjon.<sup>12</sup> Ved en drop down-fisjon nedsettes aksjekapitalen i OD ved fisjonen som er steg 1 i prosessen, og aksjekapitalen settes opp igjen ved trekantfusjonen som er steg 2 i prosessen. Dersom det er samme verdier som overføres i begge steg, vil kapitalnedsettelsen tilsvare kapitalforhøyelsen og aksjekapitalen er den samme før og etter at hele drop down-fisjonen er gjennomført.

Man skulle tro at en slik rent intern fisjonsprosess der aksjekapitalen settes ned og deretter opp igjen, kan gjennomføres uten noe krav til beregning av bytteforhold basert på virkelige verdier. Det gjelder desto mer når kapitalendringene også (som normalt er) gjennomføres med nedskrivning av og tilskrivning på eksisterende aksjer. Tradisjonelt har dette imidlertid ikke blitt

godtatt, se BFU 30/07. Etter BFU 17/11 og SKD-uttalelsen av 31. januar 2012 kan dette ikke være riktig lenger; det kreves neppe beregning av bytteforhold i disse situasjonene.

### Krav til verdsettelsen som ligger til grunn for bytteforholdet

#### Generelt om verdsettelse

En stor fordel når det ikke kreves beregning av et bytteforhold basert på virkelige verdier, er at man kan unnlate å foreta en verdsettelse av det aktuelle selskapet. Når verdsettelse først kreves etter reglene som er gjennomgått foran, er det ingen regler i skatteloven, forskrift eller andre rettskilder som dikterer hvordan man skal komme frem til markedsverdier. Generelt må det kunne sies at verdsettelsen må bygge på et *forsvarlig skjønn* – som kan bety at selskapet/-ene selv foretar en verdsettelse, eller at dette settes ut til en tredjepart som grunnlag for styrets verdsettelse. Det er uansett klart at det ikke kan kreves for mye av verdsettelsen, ikke minst fordi det ofte er meget vanskelig å foreta en verdsettelse med noen nøyaktighet. SKD har i en uttalelse av 8. november 2012 uttalt følgende:

«Verdsettelsen av selskapets eiendeler og forpliktelser vil i mange tilfeller kunne være utfordrende og måtte bygge på skjønn. Dette taler for at skattekontorene ved overprøving av skattyters verdsettelse bør legge til grunn en viss skjønnsmargin. Dette er også uttalt i den ovennevnte lagmannsrettsdommen fra Borgarting (Nitschke) hvor retten uttalte at siden verdsettelse sjelden kan foretas eksakt, må det være et avvik av betydning fra skattyters verdsettelse for at nettoverdiene kan sies å være feil, og at det dermed foreligger feil fordeling i forhold til skatteloven § 11–8, 1. ledd.» (vår understrekning)

Uttalelsen gjelder spesielt verdsettelse av latent skatt ved fisjon, dvs. typisk når det overføres fast eiendom ved fisjon og der fremtidige disposisjoner vil påvirke verdien av latent skatt som påhviler eiendommen – i første rekke

hvorvidt det er planer om salg av eiendommen, og i så fall når. SKD gir anvisning på at selskapet/-ene må tiltales en skjønnsmargin (når den latente skatten verdsettes). Det samme fremgår av Skatte-ABC 2018/19 emne *Fisjon*, punkt 4.10.3:

«Har skattyter gitt en begrunnet verdsettelse, kan denne ikke settes til side med mindre det kan påvises at denne lider av klare feil. Selv om det kan påvises enkelte feil ved skattyters verdsettelse, må det aksepteres tall som ligger innenfor et visst intervall.»

Det som vil være ledestjernen i praksis, er at det må foretas en verdsettelse som kan dokumenteres i etterkant. Det bør derfor utarbeides et regneark, et kort notat eller lignende skriftlig dokumentasjon som ved et eventuelt boketter-syn vil vise at en reell vurdering av verdiene ble foretatt da man gjennomførte fusjonen eller fisjonen. Dersom dette foreligger, skal det nok i praksis mye til for at skattemyndighetene kan overprøve dette skjønnet. Se for eksempel Frostating lagmannsrettsdom inntatt i Utv. 2016 s. 47 (Høye Eiendom), der selskapet selv erkjente at verdsettelsen burde ha skjedd etter avkastningsmetoden og ikke etter substansmetoden, men der retten likevel fant at «resultatet ligger innenfor det «riktige», det vil si innenfor intervallet for en forsvarlig verddivurdering».

#### Aksjeklasser

I Skatte-ABC 2018/19 emne *Fisjon*, punkt 4.10.3 er det angitt at «ved fisjon av selskaper med ulike aksjeklasser av ulik verdi, fordeles aksjekapitalens reelle verdi i samme forhold som nettoverdiene fordeles.» I dette ligger at når en aksjeklasse representerer større/mindre verdi enn nominell eierandel isolert skulle tilsi, er det den reelle verdien av aksjeklassen som er avgjørende i relasjon til bytteforholdet.<sup>13</sup>

Redegjørelsen ovenfor forutsetter at aksjeklassene faktisk har ulik verdi. I praksis legges det normalt til grunn at

<sup>11</sup> Se for eksempel BFU 30/12.

<sup>12</sup> Se for eksempel BFU 29/11.

<sup>13</sup> Se SKD i uttalelse av 20. november 2017 med videre henvisninger.

dette forutsetter at aksjeklassene har ulike økonomiske rettigheter, for eksempel utbytterett. Dersom det bare er stemmerett som skiller aksjeklassene, vil det vanligvis neppe være grunnlag for å legge til grunn en ulik verdsettelse av disse.<sup>14</sup>

### Tidspunktet for verdsettelse

Et viktig spørsmål er *når* verdsettelsen skal finne sted. I BFU 18/11 legger SKD til grunn at dette er på tidspunktet for signering av fisjonsplanen (styrets vedtakelse av fusjonen/fisjonen). Det utelukkes vel heller ikke i uttalelsen at det senere tidspunkt for generalforsamlingens vedtakelse av fisjonen kan være avgjørende. I praksis er dette normalt ikke mulig å forholde seg til, og uttalelsen til SKD er basert på en manglende forståelse for hvordan fisjoner og fusjoner gjennomføres i praksis. I noen fisjoner og fusjoner der verdiene er nokså statiske – fast eiendom, bankinnskudd osv. – vil ikke tidspunktet for verdsettelse skape noen videre utfordringer i praksis fordi verdiene ikke har endret seg i særlig grad. Når verdiene imidlertid *har* endret seg – for eksempel børsnoterte instrumenter som svinger voldsomt i verdi – vil verdsettelse på fisjonsdagen i praksis ofte være umulig å gjennomføre. Grunnen ligger i dagen: en verdsettelse kan åpenbart ikke bestandig gjøres med noen grad av forsvarlighet på én dag.

Situasjonen i praksis er og vil fortsatt være en ganske annen enn direktoratet legger opp til. Den eneste løsningen i fisjoner og fusjoner som ikke er helt enkle, er å utarbeide en så oppdatert verdsettelse som mulig og at styret bekrefter så langt det lar seg gjøre at verdiene ikke har endret seg vesentlig frem til tidspunktet for fisjonsbeslutning. Denne bekreftelsen tas normalt inn i styredegjørelsen som må lages for OT (for OD kan man ofte avtale seg bort fra redegjørelsen). Kravet til åpningsbalanse er borte, men balanse-tallene som styredegjørelsen bygger

på, kan fortsatt ikke være eldre enn åtte uker før generalforsamlingen som beslutter fisjonen.<sup>15</sup> I praksis er det fortsatt vanlig og stort sett nødvendig å lage en fisjonsbalanse som viser fordeling av både bokførte og virkelige verdier ved fisjonen, og da slik at samme verdimålingstidspunkt benyttes for bokførte og virkelige verdier (mindre enn åtte uker gammelt).

Etter vår oppfatning vil verdiendringer mellom tidspunktet for fusjons-/fisjonsbeslutning og endelig ikrafttredelse uansett være irrelevant for bytteforholdet og dermed skattefriheten ved fusjonen/fisjonen. Utover at det vil være vanskelig å forholde seg til et slikt krav i praksis, er vi heller ikke kjent med at skattemyndighetene i noen sak har forfektet et slikt krav. Selv om noen juridiske forfattere synes å mane til en viss forsiktighet når verdiene har endret seg voldsomt i løpet av kreditorfristen,<sup>16</sup> synes det likevel å være samstemmighet om at slike verdiendringer prinsipielt ikke behøver å tas hensyn til av partene som altså likevel kan gjennomføre fisjonen som planlagt.

### Avrunding

Avrunding er akseptabelt – og ofte uunngåelig – på flere punkter i beregningen av bytteforhold. For det første kan det være behov for å avrunde tallene i selve verdsettelsen som bytteforholdet er beregnet på bakgrunn av. Verdsettelse er ingen eksakt vitenskap, og som det har fremgått ovenfor, følger det av teori og praksis at skattyter tillates et intervall for forsvarlig verdivurdering. I praksis betyr dette at når en verdsettelse gir (ofte komisk) konkrete beløp, selv når usikkerheten omkring verdien er stor, er det ingenting i veien for å runde av beløpene. Hvor mye det er akseptabelt å runde av, beror helt på situasjonen og hva som kan anses forsvarlig i den enkelte sak. De absolutte beløpene vil nok ofte være veiledende – er det bare noen skarve titusener som utfisjoneres, bør man neppe runde av med flere tusen kroner. Er det som overføres ved fisjo-

nen derimot verdt flere milliarder, må det være helt uproblematisk å runde av med noen tusen kroner, antakelig tilsvarende med noen titusener eller endog hundretusener.

For det andre kan selve forholdstallet i prosent mellom verdien av det som utfisjoneres og totalverdien av OD eller OT rundes av. Særlig når man ikke har rundet av verdiene i selve verdsettelsen, kan man få et forholdstall i prosent med svært mange desimaler. For eksempel når det er uendelig antall desimaler, må man sette stopp et sted – og her må det være avgjørende hvor stort avvik det avrundede tallet gir sammenlignet med det «riktige» tallet. Som ovenfor: hvorvidt det er akseptabelt at det blir et avvik på noen tusen, titusener eller hundretusener, avhenger av situasjonen og de absolutte beløpene. I praksis ser man alle tenkelige varianter – alt fra at andelen som utfisjoneres, er rundet av til et helt beløp uten desimaler (50 %), til pinlig nøyaktige angivelser med ti desimaler (50,2 346 435 698 %). Vår formaning er at man ikke bør fortape seg i nøyaktigheten, men heller se på den økonomiske effekten av avrundingen man ønsker å gjøre.

For det tredje kan aksjekapitalnedsettelsen eller -forhøyelsen avrundes etter at forholdstallet i prosent er fastsatt. Samme prinsipp må være førende: Hvor stort avvik gir det avrundede tallet sammenlignet med det «riktige» tallet? Er «riktig» aksjekapitalnedsettelse på kr 685 464,132, kan det ofte være fornuftig å runde av til kr 685 464.

<sup>14</sup> I ligningspraksis er det for eksempel lagt til grunn at endret klassifisering av aksje fra én aksjeklasse til en annen ikke utgjør skattemessig realisasjon, heller ikke der organisatoriske rettigheter (herunder stemmerett) på aksjene da vil endres.

<sup>15</sup> Jf. aksjeloven § 13-10 (3).

<sup>16</sup> Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett* (2018) s. 993.