

Tidspunktet for verdsettelse ved fisjon

(skatteloven § 11-8 første ledd)

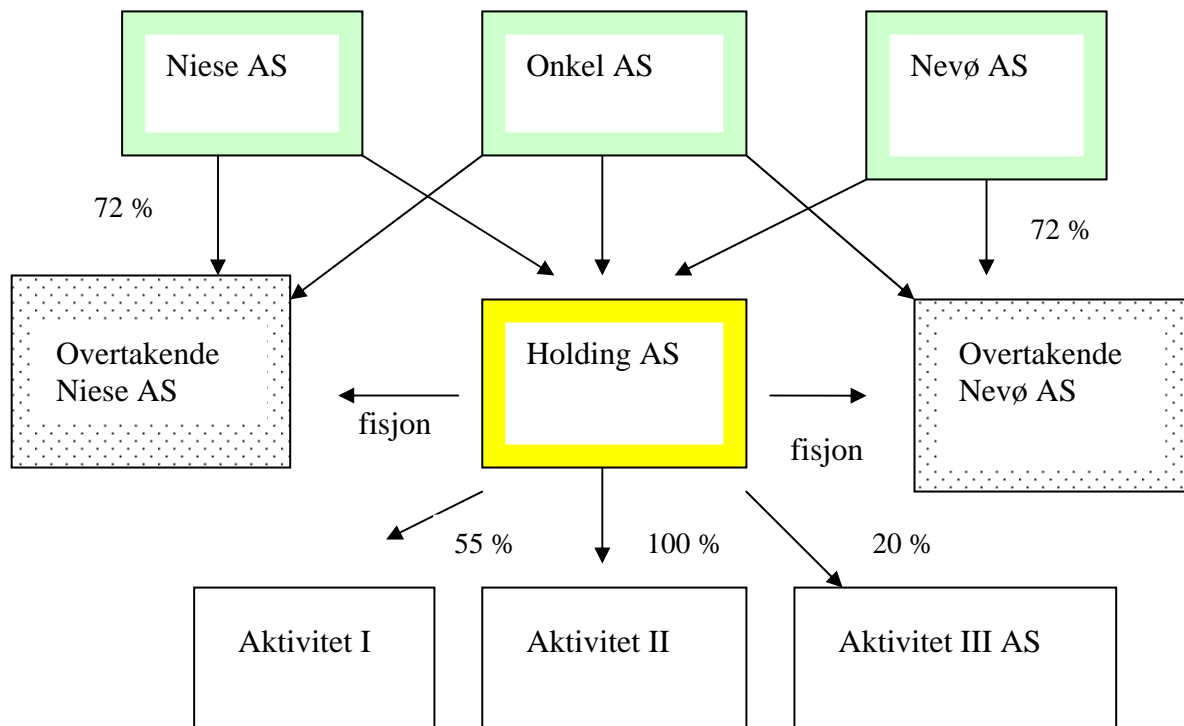
Det skulle gjennomføres en fisjon der det, ved åpningsbalansen den 4. februar, var inngått en avtale mellom aksjonærene om delingsforholdet. Styret og generalforsamlingen vedtok fisjonen 8 uker senere. Spørsmålet var om verdimålingen ved åpningsbalansen kunne legges til grunn ved fordelingen av nominell og innbetalt aksjekapital etter skatteloven § 11-8 første ledd. Skattedirektoratet konkluderte med at etter gjeldende rett er styrets vedtakelse av fisjonen korrekt verdimålingstidspunkt. Kravet til kontinuitet i skatteloven § 11-8 første ledd ville ikke være oppfylt dersom verdiene ved åpningsbalansen den 4. februar ble lagt til grunn for fordelingen av nominell og innbetalt aksjekapital.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt i anmodningen, legges det til grunn at generalforsamlingen i Holding AS den 1. april 2011 vedtok en fisjonsplan for utfisjonering av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til to overtakende selskaper.

1. Faktiske forhold med beskrivelse av fremgangsmåten

Holding AS er et holdingselskap som eies med 36 % av Nevø AS, 36 % av Niese AS og 28 % av Onkel AS. Holding AS har en rekke underliggende investeringer, herunder en stor eierandel i det børsnoterte selskapet Aktivitet III AS (20 %), majoritetsandelen av aksjene (55 %) i Aktivitet I AS og samtlige aksjer i Aktivitet II AS. Strukturen er som følger:



De to største eierne i Holding AS, Nevø AS og Niese AS, har over lengre tid vært uenige om driften av selskapet, herunder den fremtidige investeringsprofilen med hensyn til satsningsområder og risikoeksponering. På den bakgrunn har det over en lang periode blitt diskutert blant aksjonærene om det er hensiktsmessig å splitte deler av de underliggende investeringene i Holding AS ut i to separate selskaper, hvor Nevø AS og Niese AS blir majoritetsaksjonær i hvert sitt selskap.

Den 4. februar 2011 inngikk aksjonærene i Holding AS derfor en avtale om å fisjonere selskapet og fordele selskapets underliggende investeringer i et fastsatt bytteforhold, basert på de verdiene disse ble antatt å ha på avtaletidspunktet. Avtalen ble til etter en lengre forhandlingsrunde, hvor verdien av de eiendelene som skulle fordeles ble fastsatt ut fra til dels objektive kriterier, slik som børskurs og eksterne verdivurderinger, og til dels mer subjektive kriterier, slik som antagelser om fremtidig verdiutvikling og risiko for tap mv.

Den avtalte fordelingen innebærer i hovedsak at Nevø AS sammen med Onkel AS skal videreføre eierskapet til investeringen i Aktivitet III AS og Aktivitet II AS i et holdingselskap, mens Niese AS sammen med Onkel AS skal videreføre eierskapet i Aktivitet I AS i et annet holdingselskap. Partenes felles eierskap til de øvrige eiendeler videreføres i Holding AS, der aksjonærene beholder samme eierfordeling som tidligere.

Fisjonen er således en skjevdelt fisjon, ettersom aksjeeierne ikke viderefører et forholdsmessig eierskap i de underliggende verdiene etter fisjonen. Den inngåtte avtalen om fisjon av 4. februar 2011 er således inngått mellom uavhengige parter for så vidt gjelder de eiendeler som skilles ut i nye selskaper. Fisjonen skal som følge av dette regnskapsmessig behandles som en transaksjon.

For å unngå realisasjonsbeskatning ved fordelingen av de underliggende eiendelene ønsker partene å gjennomføre transaksjonen som en skattefri fisjon. Eiendeler, rettigheter og forpliktelser fisjoneres ut til to holdingselskaper som overtakende selskaper. De overtakende selskapene er hylleselskaper som forut for transaksjonen ble ervervet av Holding AS, dvs, at dette er selskaper som kun inneholder en kontantbeholdning og som er uten tidligere virksomhet. I forbindelse med gjennomføring av fisjonen vil de eksisterende aksjene i de overtakende selskapene innløses fullt ut ved en kapitalnedsettelse til NOK 0 med utbetaling av innstående til Holding AS, for utstedelse av vederlagsaksjer ved fisjonen til henholdsvis Nevø AS og Onkel AS, og Niese AS og Onkel AS i samme forhold som disse innløser aksjer i Holding AS ved kapitalnedsettelse i forbindelse med fisjonen.

På bakgrunn av felles fisjonsplan utarbeidet av styrene i Holding AS, Overtakende Nevø AS og Overtakende Niese AS, besluttet generalforsamlingene i de respektive selskapene den 1. april 2011 å fisjonere Holding AS som beskrevet og illustrert ovenfor. Etter en eventuell gjennomføring av fisjonen vil Nevø AS og Onkel AS eie henholdsvis 72 og 28 % av Overtakende Nevø AS, mens Niese AS og Onkel AS vil eie henholdsvis 72 og 28 % av Overtakende Niese AS. Det prosentmessige eierskapet i Holding AS vil videreføres uendret.

Fisjonsplanen som ble vedtatt den 1. april d.å. baserer seg på verdivurderingen per tidspunktet for avtalen mellom aksjonærene i Holding AS den 4. februar 2011. Åpningsbalansen for de overtakende selskapene er på denne bakgrunn også satt opp den 4. februar d.å. Dette innebærer igjen at fordelingen av nominell og innbetalt aksjekapital mellom det overdragende og de overtakende selskapene ved fisjonen baserer seg på virkelige verdier per dato for

åpningsbalansen, som ligger 8 uker i tid forut for generalforsamlingenes vedtakelse av fisjonsplanen den 1. april d.å.

Verdiene av eiendeler, rettigheter og forpliktelser som er besluttet utfisjonert til hhv. Overtakende Nevø AS og Overtakende Niese AS ble vurdert til totalt NOK 300 000 000, hvorav NOK 150 000 000 overføres til hvert av de to overtakende selskapene.

På tidspunktet for Generalforsamlingens vedtakelse av fisjonsplanen den 1. april 2011 var det klart at aksjeposten tilhørende Holding AS i Aktivitet III AS hadde hatt en meget god kursutvikling, og at børsverdien av aksjene den 1. april var ca. MNOK 85 høyere enn på verdimålingstidspunktet den 4. februar 2011.

Aksjonærene i Holding AS var og er imidlertid av den oppfatning at den avtale som var inngått mellom partene den 4. februar 2011 var bindende for partene, og at man med forbehold om at fisjonen selskapsrettslig og skattemessig lot seg gjennomføre som forutsatt, var forpliktet til å gjennomføre fisjonen med den avtalte fordeling og bytteforhold, og at skjæringstidspunktet for målingen av markedsverdien på de aktiva som partene hadde fordelt seg i mellom derfor både kan og skal settes til verdiene den 4. februar 2011.

I henhold til skatteloven § 11-8 er det en forutsetning for gjennomføring av fisjon med skattemessig kontinuitet at aksjekapitalen fordeles i samme forhold som de virkelige verdiene fordeles mellom selskapene. Det sentrale spørsmålet blir dermed om den vedtatte fisjonen av Holding AS på bakgrunn av ovennevnte kan gjennomføres med skattemessig kontinuitet, også når det har skjedd en vesentlig verdiutvikling mellom tidspunktet for verdimålingen og tidspunktet for fisjonsbeslutning/gjennomføring.

2. Skattyters rettslige vurdering

Skatteloven § 11-8 stiller som vilkår for skattefrihet ved fisjon at "*nominell og innbetalt aksjekapital*" fordeles "*i samme forhold som nettoverdiene fordeles imellom selskapene*". Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at "nettoverdiene" i denne sammenheng forstås som virkelig verdier, jf. Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 35. Bakgrunnen for kravet om fordeling av aksjekapital i samme forhold som de virkelige verdiene er å opprettholde verdikontinuitet, slik at fisjonsinstituttet ikke kan anvendes til å foreta skattefrie overføringer mellom de ulike aksjeeierne eller andre "uønskede skattetilpasninger", jf. Ot.prp. 71 (1995-1996) s.36.

Som det fremgår ovenfor har børskursen på en aksjepost, som skal overføres til et av de overtakende selskapene ved fisjonen, vært gjenstand for en relativt stor endring i tidsrommet mellom dato for åpningsbalanse og generalforsamlingens vedtagelse av fisjonsplanen. Spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for den verdimåling som skal benyttes ved fordelingen av kapitalen ihht skatteloven § 11-8 er derfor kommet på spissen i forbindelse med denne fisjonen.

Spørsmålet om hva som kan anses som det korrekte verdimålingstidspunktet ved fordeling av nominell og innbetalt aksjekapital etter skattelovens § 11-8 er, på bakgrunn av den foreliggende praksis og teori på området, beheftet med en viss usikkerhet. Rent praktisk er det fire forskjellige tidspunkt det kan være naturlig å knytte verddivurderingen opp mot:

1. Dato for åpningsbalansen, som ihht. aksjeloven kan være datert tidligst 8 uker før generalforsamlingene vedtar fisjonsplanen

2. Dato for styret(ne)s signatur av fisjonsplanen
3. Dato for generalforsamlingen(e)s vedtakelse av fisjonsplanen
4. Tidspunktet for gjennomføring av fisjonen etter utløpet av kreditorfristen

I tid kan det gjerne gå 3-4 måneder mellom tidspunkt 1 og tidspunkt 4. Det er således åpenbart at eiendeler som er utsatt for stor verdisingninger som også er lett påviselig, slik som børsnoterte aksjer og valuta, kan ha en vesentlig annen verdi på de ulike tidspunktene.

I juridisk teori er det av flere forfattere lagt til grunn at man av praktiske årsaker og av "hensynet til sammenheng i regelverket "bør" verdsette nettoverdiene i det overdragende selskapet på samme tidspunkt som vederlagsaksjene" verdsettes etter de selskapsrettslige reglene, jfr. Folkvord: Fordeling av aksjekapital ved fisjon, Revisjon og Regnskap, nr. 2 for 2008 s. 53 og Erik Langseth: Tingsinnskudd: verdimålingstidspunkt og verdiendringer, Revisjon og Regnskap, nr. 5 og 6 for 2010 s. 35.

2.1 Innsenders selskapsrettslige vurdering

Spørsmålet er så hvilket tidspunkt som er relevant i forhold til verdsettelsen etter de selskapsrettslige reglene. Johan Giertsen legger til grunn at verdsettelsen av vederlagsaksjene skal skje ved styrets vedtakelse av fisjonsplanen, jf. Giertsen, Fusjon og fisjon, 1999, s. 122 flg. Erik Langseth tar i ovennevnte artikkel i Revisjon og Regnskap nr. 6 for 2010 til motmæle mot dette standpunktet, og hevder at tidspunktet for verdsettelsen, av hensyn til lovens system og reelle hensyn, må kunne låses til tidspunktet for åpningsbalansen.

Bakgrunnen for dette er at en åpningsbalanse som settes opp ved en fisjon nettopp vil være basert på partenes verdivurdering av selskapet, og at det ikke gir god mening at det skal måtte foretas en ny verdivurdering på tidspunktet for signering av fisjonsplanen eller vedtakelsen av denne. Det må i den forbindelse sees hen til at lovens system tillater en åpningsbalanse som er opptil åtte uker gammel, noe som har sin årsak i praktiske forhold så som tidsbruk på dokumentutarbeidelse og selskapsrettslige frister for utsendelse av dokumenter, hvilket igjen skaper et behov for å kunne sette balansedagen tilbake i tid, for å kunne foreta en forsvarlig verdsettelse av selskapet.

Også boken "Bedrift, selskap og skatt" 5. utgave 2010, (Fredrik Zimmer red.) side 609 legger til grunn at datoen for åpningsbalansen må være det relevante "tidspunktet for verdsettelsen av nettoverdier" i forhold til de selskapsrettslige reglene. Det legges i denne forbindelse til grunn at praktiske hensyn tilsier at det må være tilstrekkelig å måle verdiene på ett tidspunkt, og at det i den forbindelse uansett må foretas en verdimåling på tidspunktet for utarbeidelsen av åpningsbalansen. Det legges videre til grunn at hensynet til eierkontinuitet ivaretas i tilstrekkelig grad ved en slik løsning, selv om verdiene både kan øke og synke etter verdimålingstidspunktet, jfr. "Bedrift, selskap og skatt" 5. utgave 2010, s. 603.

Etter skattyters oppfatning må det på bakgrunn av ovennevnte kunne legges til grunn at datoen for åpningsbalansen selskapsrettslig legges til grunn som det relevante tidspunktet for verdsettelsen av nettoverdier som fordeles ved fisjonen.

2.2 Innsenders skattemessige vurdering

Spørsmålet videre blir om verdiendringer etter tidspunktet for åpningsbalansedagen har betydning for om vilkårene for en skattefri fisjon etter skatteloven § 11-8 er oppfylt. Som et

utgangspunkt tilsier praktiske forhold at verdivurderingen etter skatteloven bør skje på samme tidspunkt som etter selskapslovgivningen. Verdiendringer etter dette tidspunkt bør derfor normalt ikke tillegges vekt, da det reelt sett ikke er mulig å unngå variasjoner i verdien mellom åpningsbalansetidspunktet, tidspunktet for signering av fisjonsplanen og tidspunktet for gjennomføring av fisjon. Dersom verdivurderingen ikke kan låses til et omforent tidspunkt innenfor lovens rammer, ville enhver endring i verdi påvirke forholdet mellom nettoverdier og aksjekapital, og partene ved fisjonen blir således prisgitt å skulle forhandle om fordeling av fremtidige verdier som på forhandlingstidspunktet er både usikre og ukjente.

Som det fremgår av Erik Langseth: Tingsinnskudd: verdimålingstidspunkt og verdiendringer, Revisjon og Regnskap nr. 5 og 6 for 2010 foreligger det en rekke tilsynelatende sprikende uttalelser om spørsmålet i teori og praksis. Artikkelforfatterne gir imidlertid uttrykk for et syn som også er reflektert i "Bedrift, selskap og skatt" 5. utgave 2010, nederst på side 609, der det heter at *"Særlig der partene før generalforsamlingen har inngått bindende avtale om at fisjonen skal gjennomføres på de vilkår som følger av fisjonen taler gode grunner for at etterfølgende verdiendringer ikke skal få skattemessig betydning"*.

Som det fremgår av beskrivelsen av de faktiske forhold ovenfor ble det i dette tilfellet inngått en avtale om fisjon mellom selskapets aksjeeiere som fastsatte bytteforholdet for den planlagte fisjonen den 4. februar 2011, som derfor er det tidspunktet som er anvendt som dato for åpningsbalanse ved fisjonen. Ved fisjonen av Holding AS vil det skje en skjevdeling av de underliggende eiendelene i selskapet, slik at Nevø AS overtar en kontrollerende eierandel over en del av de underliggende investeringene (herunder de børsnoterte aksjene), mens Niese AS overtar en kontrollerende eierandel over en annen del av de underliggende investeringene (først og fremst eiendomsverdier). Under forhandlingene om bytteforholdet var partene inneforstått med at fremtidig utvikling og fremtidige hendelser kunne påvirke fremtidig verdi av de aktuelle eiendelene, og denne risikoen ble således hensyntatt og akseptert ved inngåelsen av ovennevnte avtale. Den skjevdelte fisjonen medfører at de bakenforliggende eierne, i forholdet seg i mellom, deler opp eierskapet til ulike deler av det underliggende selskapet. Mellom disse partene foreligger således en interessemotsetning ved forhandling og inngåelse av avtale om bytteforhold som medfører at avtalen av 4. februar 2011 i dette henseende er å anse som en avtale inngått mellom uavhengige parter.

Reelle hensyn tilsier at det bør være mulig for aksjonærene å enes om de sentrale betingelsene for å gjennomføre en skattefri fisjon basert på omforente verdier på et bestemt tidspunkt innenfor selskapslovgivningens rammer, dvs. slik at dato for åpningsbalanse tidligst kan settes 8 uker før generalforsamlingens behandling.

Et annet standpunkt vil gjøre det nær sagt umulig å gjennomføre skjevdelingsfisjoner skattefritt i tilfeller hvor verdien av selskapets eiendeler kan variere innenfor korte tidsrom som følge av svingninger i aksje- eller valutamarkedet eller lignende.

Partene ville da være prisgitt en ordning hvor fisjonen enten må stoppes fordi den opprinnelig avtalte fordelingen utløser realisasjonsbeskatning, eller løpende justeres på en måte som forrykker den opprinnelig fremforhandlede avtalen. Fisjon av selskaper som eier børsnoterte eiendeler vil da bli en svært uhandterlig prosess, med relativt stor risiko for at en (av skattemessige grunner påkrevet) reforhandling av allerede inngåtte avtaler ikke fører frem.

En slik situasjon synes å stride mot et av fisjonsreglens mer overordnede hensyn, som er at omstilling og omstrukturering i næringslivet skal kunne skje med stor grad av fleksibilitet.

Innsender hevder at en fordeling på bakgrunn av en avtale mellom partene involvert i fisjonen, basert på omforente verdier på datoen for åpningsbalanse, ikke kan være i strid med kontinuitetskravet i skattelovens § 11-8. De hensyn som ligger bak bestemmelsen er å unngå skattefrie verdioverføringer mellom aksjeeierne og annen uønsket skattetilpasning, hvilket er en type forhold som forutsetningsvis er kontrollert av partene. Disse hensyn slår ikke til for situasjoner der partene ikke har kontroll over de ytre omstendighetene som medfører endringer, dvs. der endringene er en konsekvens av den risiko enhver avtalepart løper for at de verdier man har forhandlet om ved inngåelsen av en avtale utvikler seg i ulike retninger i etterkant av avtalen. Dette er en risiko for hendelser som er utenfor partenes kontroll, og som det derfor ikke kan være behov for å "sensurere" av skattemessige hensyn.

Det er dermed skattyternes oppfatning at fisjonen av Holding AS kan gjennomføres som en skattefri transaksjon for selskapet og dets aksjeeiere i medhold av skatteloven § 11-4.

Skattedirektoratets vurderinger

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til om den skisserte fisjonen oppfyller kravet til kontinuitet i skatteloven § 11-8 første ledd dersom verdiene på tidspunktet for åpningsbalansen, samt avtale mellom aksjonærene, legges til grunn.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det ikke tas stilling til eventuelle andre skattespørsmål eller problemstillinger som måtte oppstå ved den skisserte transaksjonen ut over de spørsmål som er drøftet i det følgende. Skattedirektoratet forutsetter videre at premissene som er tatt inn ovenfor er fullstendige for de spørsmål som drøftes.

Faktum

En tidslinje som illustrerer aktuelle handlinger og tidspunkt i denne saken ser slik ut:

4. februar 2011	1. april 2011	Etter BFU
<u> x </u>	<u> x </u>	<u> x </u>
Avtale om fisjon & Åpningsbalanse	Fisjonsplan vedtas av styret og generalforsamlingen	Fisjonen gjennomføres hvis positiv BFU

Den verdivurdering som er gjort i saken, og som ønskes lagt til grunn for fordelingen av aksjekapital og nettoverdier etter skatteloven § 11-8 første ledd, ble gjort 4. februar 2011. Samme dato ble det inngått en avtale mellom de involvert aksjonærer om at disse verdiene skulle legges til grunn ved fisjonen. Avtalen har tittelen "Avtale om fisjon av Holding AS". Den 1. april 2011 ble fisjonen undertegnet av styrene i Holding AS, Overtakende Nevø AS og Overtakende Niese AS. Samme dag ble fisjonen vedtatt på generalforsamlingene i de nevnte selskaper.

På denne bakgrunn skal direktoratet ta stilling til hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for fordelingen av aksjekapital og verdier ved fisjonen.

Vurderingen blir gjort på grunnlag av at styrets signering og generalforsamlingens vedtak blir gjort på samme dag, samt at verdiendringene fra tidspunktet for åpningsbalansen frem til generalforsamlingens vedtak er vesentlige.

Rettskilder

1. Lovtekst og forarbeider

Skatteloven § 11-8 første ledd lyder:

(1) Ved fisjon av aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fordeles nominell og innbetalt aksjekapital i samme forhold som nettoverdiene fordeles imellom selskapene.

Bestemmelsen regulerer forholdet mellom aksjekapitalen og underliggende verdier, også kalt kvantitativ kontinuitet. Bak hver aksje står en forholdsmessig del av nettoformuen i selskapet. Aksjonærenes eierinteresser/aksjekapitalen skal fordeles i samme forhold som virkelige verdier i det overdragende selskapet fordeles. De overordnede hensyn bak kravet til verdikontinuitet er at det ikke skal skje skattefrie verdioverføringer mellom aksjonærene, samt at verdien på aksjene ikke skal forskyves ved gjennomføringen av fisjonen.

Spørsmålet er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for verdimålingen. Spørsmålet kommer på spissen i foreliggende sak fordi verdiene har endret seg betydelig fra tidspunktet for verdsettelse, ved åpningsbalansen, til åtte uker senere da fisjonsplanen ble vedtatt av styret og av generalforsamlingen.

Begrepet ”ved fisjon” leder umiddelbart tanken hen på generalforsamlingstidspunktet. Rent språklig synes det vanskelig å forstå ”ved fisjon” som tidspunktet for utarbeidelse av åpningsbalansen, - det foreligger ingen fisjon på det tidspunktet. For øvrig angir verken lovtekst eller forarbeidene til bestemmelsen, Ot. prp. nr. 71 (1995-96), et bestemt tidspunkt for verdsettelse. Vi må derfor se nærmere på teorien.

2. Kilder i juridisk litteratur

Fire verdsettelsestidspunkt kan tenkes:

- Dato for åpningsbalansen
- Styrenes undertegning av fusjons- eller fisjonsplanen
- Tidspunktet for godkjenning av generalforsamlingen
- Ikrafttredelsen

I BÅHR-boka 5. utgave s. 609 står det:

”På samme måte som for reglene om maksimalt tilleggsvederlag ..., oppstår spørsmålet om på hvilket tidspunkt nettoverdiene skal verdsettes. Det er fordeling av nettoverdiene som er styrende for fordelingen av aksjekapitalen. Verdsettelse og taksering finner sted i forbindelse med arbeidet med utkast til åpningsbalanse for overtakende selskap. Åpningsbalansedagen blir dermed tidspunktet for verdsettelsen av nettoverdier.”

Utgangspunktet er således her at balansedagen legges til grunn som verdsettelsestidspunkt.

Benn Folkvord uttaler i boka Skatt ved fusjon og fisjon på side 89 at styrets vedtagelse av fisjonsplanen bør legges til grunn skatterettslig:

”Selskapsrettslig er det antatt at man skal foreta verdsettelsen av vederlagsaksjene ved styrets vedtakelse av fisjonsplanen (Giertsen 1999 s 122 flg.). Praktiske hensyn taler for at man

verdsetter nettoverdiene i det overdragende selskapet på samme tidspunkt som vederlagsaksjene. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier også at verdsettelsestidspunktet er sammenfallende for vederlagsaksjene og nettoverdiene i selskapet. Det antas derfor at verdsettingstidspunktet etter sktl § 11-8, 1. ledd må være ved styrets vedtakelse av fisjonsplanen.

Folkvord legger således til grunn at det er når styret vedtar fisjonsplanen som er det relevante verdsettelsestidspunktet for selskapets nettoverdier.

Johan Giertsens legger i sin bok til grunn at det selskapsrettslig må være tidspunktet for styrets vedtakelse av planen som er avgjørende, jf. Fusjon og Fisjon 1999 på s. 122:

”En fusjons- og fisjonsplan må angi ”vederlaget” til aksjeeierne i det overdragende selskapet (asl./asal. § 13-6 første ledd nr. 3, jfr. § 14-4 første ledd). Planen må fastsette aksjekapitalinnskuddet – antall vederlagsaksjer og disses pålydende – samt størrelsen på tillegget. Dette tilsier at verdsettelsen må knyttes til tidspunktet for styrenes inngåelse av planen. Settes verdsettelsestiden til godkjenningen, kan generalforsamlingene fastsette størrelsen på tilleggsvederlaget til et beløp som kan avvike fra det styrene la til grunn. Dette er ikke i samsvar med reglene om behandling av planen, som forutsetter at generalforsamlingen sier ja eller nei uten å endre planen (kap. 18.2). Hensynet til en forsvarlig behandling tilsier at styrene kjenner alle hovedspørsmål – bl.a. tilleggsvederlagets maksimale størrelse – når planen vedtas.

...

For å oppnå harmoni mellom hensynet til en forsvarlig behandling, som tilsier at verdsettelsen må knyttes til inngåelsen av planen, og behovet for å unngå at tillegget på ytetiden overstiger 20 %, er det nærliggende å legge inngåelsen av planen til grunn, men slik at selskapene må være avskåret fra å iverksette fusjonen eller fisjonen hvis verdiene endres etter dette tidspunktet slik at tillegget vil overstige 20 %.

... ”

I boka Norsk bedriftsskatterett 7. utg. av Ole Gjems-Onstad s. 864 gir han i utgangspunktet tilslutning til Benn Folkvords syn og legger til grunn styrets vedtakelse av fisjonsplanen som tidspunktet for verdimalingen etter skatteloven § 11-8 første ledd.

I Finansdepartementets høringsnotat datert 18. februar 2010 – om skattemessig behandling av omorganisering og omdannelse av virksomhet – uttaler departementet på s. 35, pkt 9.3.2 Beregning av tilleggsvederlag:

Når det gjelder verdsettelsestidspunktet gir verken lovttekster eller forarbeider særlige holdepunkter. Tre mulige verdsettelsestidspunkter kan tenkes:

- *styrenes undertegning av fusjons- eller fisjonsplanen*
- *tidspunktet for godkjenning av generalforsamlingen*
- *ikrafttreddelsen*

Verdsettelsestidspunktet er behandlet i juridisk teori. I Johan Giertsens Fusjon og fisjon, Bergen 1999, s 123, drøftes spørsmålet om verdsettelsestidspunktet slik:

”For å oppnå harmoni mellom hensynet til en forsvarlig behandling, som tilsier at

verdsettelsen må knyttes til inngåelse av planen, og behovet for å unngå at tillegget på ytetiden overstiger 20%, er det nærliggende å legge inngåelsen av planen til grunn, men slik at selskapene må være avskåret fra å iverksette fusjonen eller fisjonen hvis verdiene endres etter dette tidspunktet slik at tillegget vil overstige 20%. Det overtakende selskapet skal melde til Foretaksregisteret at en fusjon eller fisjon kan tre i kraft (asl. § 13-16/asal. § 13-17 begges første ledd første pkt., jfr. § 14-8). Dette selskapet må anses avskåret fra å kunne melde ikrafttreden hvis tilleggsvederlaget på dette tidspunkt vil overstige 20%.”

Departementet legger til grunn at det som her er anført om verdsettelsestidspunktet er uttrykk for gjeldende rett. Den skatterettslige begrensningen til 20 pst. tilleggsvederlag bygger som nevnt på den sivilrettslige begrensningen, og det er etter departementets vurdering ingen grunn til at spørsmålet om verdsettelsestidspunkt skal løses på annen måte i skatterettslig sammenheng. Denne løsningen med hensyn til verdsettelsestidspunkt bør etter departementets vurdering også gjelde tilsvarende i forhold til deltakerlignede selskaper, hvor det ikke finnes sivilrettslige regler om tilleggsvederlag.

At styrets vedtagelse av fisjonsplanen skal gi verdsettelsestidspunktet er i ettertid imøtegått i en artikkel av advokat Erik Langseth i advokatfirmaet BAHR i Revisjon og Regnskap 2010 nr. 5 og 6. Advokat Langseth konkluderer med at tingsinnskuddet, vederlagsaksjene og tilleggsvederlaget skal måles på samme tidspunkt, - åpningsbalansedagen. Imidlertid har dette synspunktet ikke støtte i andre skatterettslige kilder enn BAHR-boka 5. utgave.

Oppsummering – rettslig utgangspunkt

Skattedirektoratet finner derfor å måtte fastholde de synspunkter som har kommet til uttrykk over hos Benn Folkvord og Ole Gjems-Onstad, og som er oppsummert som gjeldende rett av Finansdepartementet, og legge til grunn styrets vedtakelse av fisjonen som verdimålingstidspunkt.

Konkret vurdering av denne saken der partene har inngått avtale på tidspunkt for åpningsbalansen

Det kan imidlertid reises spørsmål om avtalen mellom aksjonærene medfører at et annet tidspunkt bør legges til grunn, dvs. om det er grunnlag for å fravike regelen som overfor er skissert.

Grunnlaget for spørsmålet er at fisjonspartene den 4. februar, dvs. dato for verdsettelsen, hvoretter fisjonsbalansen settes opp, inngår en bindende avtale om at denne verdsettelsen skal legges til grunn for fisjonen. Aksjonærene har her forpliktet seg ved en avtale.

Vurderingen blir om man oppnår kontinuitet ved fisjonen, jf. skatteloven § 11-8 første ledd, dersom man legger til grunn selskapets verdier åtte uker før fisjonen vedtas på generalforsamlingen.

I BAHR-boka 5. utgave s. 609 omtales særskilt en situasjon som den foreliggende:

”Deretter må det avgjøres om verdiendringer etter åpningsbalansedagen skal få betydning for om vilkårene i sktl. § 11-8, 1. ledd er oppfylt. De samme hensyn som for tilleggsvederlaget gjør seg gjeldende (jf. avsnitt 26.4.2 ovenfor), og her i enda større grad. Tilleggsvederlag kan nemlig fastsettes godt under 20 prosent, slik at endringer ikke medfører at grensen er overskredet. Enhver endring (opp eller ned) av enhver eiendel kan derimot påvirke forholdet mellom nettoverdier og aksjekapital og dermed hvorvidt kravene i sktl. § 11-8 er oppfylt.

Særlig der partene før generalforsamlingen har inngått bindende avtale om at fisjonen skal gjennomføres på de vilkår som følger av fisjonsplanen, taler gode grunner for at etterfølgende verdiendringer ikke skal få skattemessig betydning. I motsatt fall tvinges partene til å oppheve avtale ved enhver endring (som forskyver verdiene) for å unngå fullt realisasjonsoppgjør.”

Her legges det til grunn at avtaletidspunktet mellom aksjonærene skal være avgjørende, og at verdiendringer frem til generalforsamlingstidspunktet ikke skal få betydning. Det utdypes ikke hvilke gode grunner man tenker på her eller om det bør være en grense for hvor vesentlige endringer som kan aksepteres.

Ole Gjems-Onstad skriver i Norsk bedriftsskatterett s. 864:

Hvis en fisjon er avtalt mellom partene, men først gjennomføres, dvs vedtas på en senere generalforsamling, må man antagelig forstå sktl § 11-8 første ledd slik at det er de reelle verdier ved tidspunktet for vedtakene på generalforsamlingen som bestemmer fordelingsnormene. Hvis det finner sted ytterligere endringer frem til iverksettelse, kan løsningen synes mer uvisst. Ved større verdiforskyvninger kunne det kanskje være riktig å foreta ny verdsettelse. Men da må det også foretas nye selskapsrettslige vedtak. Etterfølgende justeringer av bytteforholdet vil ikke bli ansett som skattefrie realisasjoner eller skattefrie utdelinger. I Rt 2005 s 86 (Utv 2005 s 257 Fjell) slutter Høyesterett seg til denne uttalelsen fra lagmannsretten:

”(29)... Eierkontinuiteten må følge umiddelbart av de selskapsrettslige fisjonsvedtakene. Det er ikke tilstrekkelig for skattefrihet at slik kontinuitet gjenopprettes i ettertid gjennom nye og selvstendige disposisjoner på aksjonærplan.”

I denne saken er fisjonen vedtatt på generalforsamlingen avholdt 1. april 2011, etter en vesentlig verdistigning. Vi forstår Gjems-Onstad og Høyesteretts uttalelse i Fjell-dommen slik at man, på tross av tidligere inngått avtale mellom aksjonærene, må legge verdiene på generalforsamlingstidspunktet til grunn for fordelingen i skatteloven § 11-8 første ledd. I denne saken er også dette sammenfallende med styrets vedtagelse og for så vidt overensstemmende med at det tidligste verdimålingstidspunkt er styrets vedtagelse av fisjonen.

Totalt verdier som inngår i fisjonen var ved verdsettelsen kr 300 000 000. De overtakende selskapene Overtakende Nevø AS og Overtakende Niese AS skal ifølge fisjonsbalansen hver tilføres kr 150 000 000 ved fisjonen. Verdiendringen fra aksjonæravtalen ble inngått 4. februar, frem til styrets vedtak og generalforsamlingens vedtak 1. april, er vesentlig. Den ene posten, aksjene i Aktivitet III AS, som skal videreføres i Overtakende Nevø AS etter fisjonen, har økt med kr 80 000 000.

Verdiøkningen tilkommer i sin helhet bare det ene overtakende selskapet ved fisjonen, Overtakende Nevø AS. Dersom verdiene på tidspunktet for åpningsbalansen/avtaletidspunktet skulle legges til grunn, ville aksjonærene i Overtakende Nevø AS (Nevø AS og Onkel AS) få over 50 % høyere verdier bak sine aksjer, kr 150 000 000 + kr 80 000 000, enn aksjonærene i det andre overtakende selskapet, Overtakende Niese AS, som mottar kr 150 000 000 ved fisjonen. Forholdet mellom aksjekapitalen og underliggende verdier er derfor ikke den samme i Overtakende Nevø AS og Overtakende Niese AS ved styrets og generalforsamlingens beslutning. En slik skjevdeling er, etter Skattedirektoratets oppfatning, i strid med skatteloven § 11-8 første ledd. Ser man aksjonærenes situasjon før og etter fisjonen foreligger det i dette tilfellet ikke skattemessig kontinuitet.

Etter en samlet vurdering kan ikke Skattedirektoratet se at det i denne saken er grunnlag for å fravike det verdsettelsestidspunktet for fisjoner som, ifølge Finansdepartementet, er etablert i praksis. Vi ser at praktiske grunner kan tale for en annen løsning, men kan ikke se at skatteloven § 11-8 første ledd åpner for dette. Tvert imot synes det i denne saken, hvor verdiendringene er så vesentlige, riktig å fastholde at tidspunktet for styrets vedtagelse av fisjonen må legges til grunn ved verdifordelingen etter skatteloven § 11-8 første ledd, ellers vil det ikke foreligge kontinuitet ved fisjonen.

Konklusjon

Den skisserte fisjonen av Holding AS oppfyller ikke kravet til kontinuitet i skatteloven § 11-8 første ledd dersom verdiene pr. 4. februar 2011 legges til grunn for fordelingen av nominell og innbetalt aksjekapital.