

Bytteforholdet ved fusjon

(aksjeloven § 13-2, jf. skatteloven §§ 11-2 flg. og § 10-34)

To selskap med identisk eiersits ønsket å gjennomføre en fusjon etter aksjeloven § 13-2 der bytteforholdet ble basert på bokførte verdier. Skattedirektoratet viste til at inngangsverdi og ervervstidspunkt, samt skatteposisjonene skjermingsgrunnlag, ubenyttet skjerming, innbetalt aksjekapital og overkurs, RISK-beløp og begrensninger som følger av § 19-2 annet ledd, må videreføres på aksjene som oppskrives. Skatteposisjonene må omfordeles slik at skatteposisjonene på den eldste aksjen i det overdragende selskapet omfordeles på den/de eldste aksjene i overtakende osv.

Direktoratet la til grunn at når to selskaper med identisk eiersits fusjonerer med regnskapsmessig kontinuitet, og vederlaget utstedes ved lik oppskrivning på eksisterende aksjer i det overtakende selskapet, vil skattemessig kontinuitet opprettholdes dersom ovenfor nevnte regler følges. Direktoratet antok derfor at fusjonen kunne gjennomføres til bokførte verdier.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

1 Faktum - Innledende problemstillinger

1.1 Overtakende AS

Overtakende AS ble stiftet i 2003. Selskapet har aksjekapital på NOK 600 000 hvorav 6 000 er A-aksjer pålydende NOK 10 og 54 000 er B-aksjer pålydende NOK 10. Selskapet har som formål å drive investeringsvirksomhet, herunder å eie andeler i andre selskaper.

Overtakende AS eies med 10 % av Far (alle A-aksjene) og 90 % av Sønn (alle B-aksjene). Selskapet eier 50 % av aksjene i Invest AS og 100 % av aksjene i Veien 10 AS. Veien 10 AS eier aksjer i flere eiendomsselskap og andre investeringsselskap.

1.2 Overdragende AS

Overdragende AS ble også stiftet i 2003. Selskapet har aksjekapital på NOK 400 000 hvorav 10 er A-aksjer pålydende NOK 4 000 og 90 er B-aksjer pålydende NOK 4 000. Overdragende AS har som sitt formål å eie aksjer og drive investeringsvirksomhet.

Selskapet eies med 10 % av Far (alle A-aksjene) og med 90 % av Sønn (alle B-aksjene). Selskapet eier 25 % av aksjene i Gaten 8 AS. I tillegg eier selskapet aksjer i en rekke andre selskap samt grunnfondsbevis og andeler i aksjefond.

1.3 Fusjon

Overtakende AS og Overdragende AS har, som det fremgår over, samme formål og eier aksjer og andeler i likeartede selskap. Selskapene har en langsiktig investeringsprofil. Aksjonærene har derfor et ønske om å fusjonere selskapene for å få en enklere selskapsstruktur og en mer kostnadseffektiv investeringsvirksomhet.

Fusjonen tenkes gjennomført som en "opptaksfusjon", jf aksjeloven § 13-2, der aksjonærene i det overdragende selskap får som vederlag økning av pålydende på

sine aksjer i det overtakende selskapet. Det er ikke tatt stilling til hvor stor kapitalforhøyelsen skal være, men det legges til grunn at kapitalforhøyelsen skjer med et beløp begrenset oppad til et beløp tilsvarende den regnskapsmessige verdien av bundet egenkapital i selskapet pr 31.12.2010. Kapitalforhøyelsen vil bli fastsatt slik at aksjonærene i det overdragende selskapet får vederlag for sine aksjer, men forhøyelsen vil ikke skje med grunnlag i beregning av bytteforholdet mellom selskapene. Begrunnelsen for det er at selskapene som skal fusjoneres eier aksjer og andeler i mange selskap, eiendomsselskap og andre investeringsselskap. De fleste av selskapene er ikke børsnoterte. Det vil derfor være svært arbeidskrevende og vanskelig å gjennomføre en verdsettelse av selskapene som vil være tilstrekkelig til å gi et godt resultat for å beregne bytteforholdet ved fusjonen basert på virkelige verdier. Det vil derfor ha stor betydning for beslutningen om og gjennomføringen av fusjonen at den kan gjennomføres med vederlag i form av økning av pålydende på aksjene der forhøyelsen av aksjekapitalen ikke bygger på bytteforholdet mellom selskapene.

2 Rettslig problemstilling

Det anmodes om en bindende forhåndsuttalelse om en fusjon av to selskap med identisk eierforhold, der vederlag til aksjonærene i det overdragende selskap er økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskap, og kapitalforhøyelsen ikke baserer seg på bytteforholdet mellom de to selskapene, kan gjennomføres som en skattefri fusjon (med skattemessig kontinuitet).

Det forutsettes at fusjonen gjennomføres til regnskapsmessig kontinuitet.

2.1 Nærmere om fusjonsreglene i skatteloven kap 11

2.1.1 Kort om aksjelovens regler

En fusjon av to aksjeselskap kan skje skattefritt etter kapittel 11 i skatteloven.

2.1.2 Opptaksfusjon

En opptaksfusjon er en fusjon der et selskap (det overtakende selskap) overtar et annet selskaps (det overdragende selskap) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot at aksjeeierne i dette selskapet får som vederlag aksjer i det overtakende selskapet eller slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 % av det samlede vederlaget, jf aksjeloven § 13-2. Bortsett fra forbudet mot at aksjer tegnes til underkurs (jf aksjeloven § 10-12, jf. § 2-12) gjelder det ikke noen formelle selskapsrettslige krav til størrelsen av det vederlaget som ytes.

Som nevnt tidligere må kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet være lovlig gjennomført for at fusjonen kan være skattefri. Etter aksjeloven kan man velge mellom å utstede nye aksjer eller å øke pålydende på eksisterende aksjer hvis overdragende og overtakende selskap har samme eiere, jf. brev fra Justisdepartementet inntatt i Utv. 2001 side 603:

"Dersom transaksjonen ellers er av en slik art at den faller innenfor det området fusjonsreglene (eller fusjonsreglene) er ment å regulere, antar vi — i likhet med det som er lagt til grunn i deres brev — at det er adgang til å foreta en oppskrivning av aksjenes pålydende i stedet for å utstede nye aksjer."

På bakgrunn av ovennevnte legger innsender til grunn at en kapitalforhøyelse ved opptaksfusjon kan gjennomføres ved økning av pålydende.

3 Skattemessig vurdering

Et grunnleggende krav for at en fusjon kan gjennomføres skattefritt er at den gjennomføres til skattemessig kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå, jf skatteloven § 11-7. På selskapsnivå skal inngangsverdier, avskrivningsgrunnlag, saldoverdier og fremførbare underskudd videreføres uendret, både med hensyn til verdi og anskaffelsestidspunkt. På aksjeeiernivå skal inngangsverdi, skjermingsgrunnlag, skattemessig innbetalt kapital og ervervstidspunkt knyttet til aksjene, videreføres uendret. For å oppfylle kontinuitetskravet er det i utgangspunktet en forutsetning at utstedelsen av vederlagsaksjer baseres på et bytteforhold mellom verdien av hva som overføres og verdien av overtakende selskap. Men det finnes unntak.

Begrunnelsen for at det i utgangspunktet er et krav om beregning av bytteforhold er for å sikre at det ikke skjer verdiforskyvning mellom aksjonærene eller mellom nye og gamle aksjer. I en fusjon der pålydende økes vil det ikke være nødvendig å beregne et bytteforhold for å ivareta dette hensynet. I et slikt tilfelle vil verdiene som blir overført til det overtakende selskapet fordele seg jevnt til de eksisterende aksjene og det skjer ingen verdiforskyvning mellom eierne.

3.1 Opptaksfusjon - vederlag ved økning av pålydende

Aksjonærene vil beslutte en fusjon etter aksjeloven § 13-2 der vederlaget ytes ved økning av pålydende på aksjene i det overdragende selskapet. Etter innsenders oppfatning kan fusjon mellom to selskap med identisk eiersammensetning skje skattefritt hvis vederlaget ytes ved økning av pålydende på aksjene og øvrige vilkår i aksjelov, regnskapslov og skattelov for skattefri fusjon er oppfylt.

Skattedirektoratet har i Utv. 2002 på side 603 flg. uttalt seg om det har betydning for skattefriheten ved en fusjon at utstedelse av vederlagsaksjer skjer ved økning av pålydende på eksisterende aksjer. Skattedirektoratet konkluderer med at det å øke pålydende ikke innebærer brudd på skattemessig kontinuitet selv om det må skje visse tillempninger i forhold til at inngangsverdier og ervervstidspunkt etter skatteloven § 11-7 skal overføres fra de innløste aksjene til vederlagsaksjene. Skattedirektoratet uttalte videre at kontinuitetskravet i skatteloven § 11-7 annet ledd i disse tilfellene måtte oppfylles ved at inngangsverdi og RISK-beløp fra de innløste aksjene overføres og fordeles med et likt beløp på aksjene i det overtakende selskap. Ervervstidspunktet er det imidlertid ikke praktisk å overføre i en slik situasjon, slik at aksjonærene vil beholde ervervstidspunktet for aksjene i det overtakende selskap.

Bytteforholdet skal i utgangspunktet baseres på virkelige verdier uavhengig av om fusjonen regnskapsmessig skjer til kontinuitet eller virkelig verdi (transaksjon). Det er imidlertid lagt til grunn i praksis at dette utgangspunktet kan fravikes under konkrete omstendigheter.

SFS har, i en uttalelse inntatt i Utv. 2001 side 282, konkludert med at det ikke var nødvendig å beregne bytteforhold på grunnlag av virkelige verdier. Det ble blant annet uttalt følgende:

"Et aksjeselskap A skulle fusjoneres inn i et heleiet datterselskap. Spørsmålet gjaldt beregning av bytteforholdet ved utstedelse av vederlagsaksjer til As morselskap. Selskapet la til grunn at bytteforholdet ved utstedelse av vederlagsaksjer kunne baseres på forholdet mellom bokførte verdier." ...

"Kontoret var enig med selskapet i at bytteforholdet mellom de fusjonerte selskapene ikke fikk betydning i nærværende sak, da alle aksjene var eid av samme aksjonær og det således ikke var nødvendig å beregne et bytteforhold på bakgrunn av virkelige verdier."

I en uttalelse inntatt i Utv. 2002 side 603 kom Skattedirektoratet til motsatt konklusjon. Det var spørsmål om beregning av bytteforholdet ved fusjon mellom heleide datterselskap etter aksjeloven § 13-2. Fusjonen ble gjennomført som en ordinær fusjon med utstedelse av nye aksjer som vederlagsaksjer. Skattedirektoratet uttalte blant annet:

"Ved fusjon av heleide datterselskap etter aksjeloven § 13-2 vil reelle verdioverføringer mellom aksjonærgrupper ikke være aktuelt. Spørsmålet vil likevel ha skattemessig betydning også i slike situasjoner, ved at bruk av bokførte verdier vil kunne innebære reelle verdioverføringer mellom gamle og nytstedte aksjer. Det vil i så fall ikke være kontinuitet i reelle verdier bak hver aksje. Direktoratet antar derfor at bruk av bokførte verdier som grunnlag for fastsettelse av bytteforholdet kan innebære brudd på den grunnleggende kontinuitetsforutsetning også ved fusjon av heleide datterselskaper etter aksjeloven § 13-2."

I denne konkrete saken skulle vederlag til aksjonæren ytes ved nytstedte aksjer og det antas at dette har hatt avgjørende betydning for konklusjonen om at bruk av bokførte verdier som grunnlag for fastsettelsen av bytteforholdet kan innebære brudd på kontinuitetsforutsetningen.

I en bindende forhåndsuttalelse fra Vest-Telemark likningskontor 10.01.2007 kom likningskontoret til at det ikke var nødvendig å foreta en verdivurdering av overdragende og overtakende selskap for å kunne fastsette et bytteforhold når kapitalforhøyelsen ved fusjonen ble gjennomført ved økning av pålydende og ikke utstedelse av vederlagsaksjer.

Likningskontoret la til grunn at når kapitalforhøyelsen ble gjennomført ved økning av pålydende og aksjonæren eide alle aksjene i de fusjonerende selskapene så var det ikke nødvendig å beregne et bytteforhold på grunnlag av virkelige verdier.

Etter innsenders oppfatning vil det, blant annet basert på de refererte uttalelsene, ikke være nødvendig å foreta en bytteforholdsvurdering når vederlaget ved fusjonen mellom Overtakende AS og Overdragende AS ytes ved økning av pålydende på eksisterende aksjer. En fusjon der vederlaget ytes ved økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskap vil bare være mulig der det er samme eier i det overtakende og overdragende selskapet. Kontinuitetskravet synes oppfylt ved at skatteposisjonene på aksjene hver enkelt aksjonær eier i det overdragende selskapet fordeles med likt beløp på den samme aksjonærens aksjer i det overtakende selskap. Innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs i Overdragende AS videreføres som innbetalt kapital i Overtakende AS.

4 Oppsummering

Det er et grunnleggende hensyn bak skattefriheten ved fusjoner at transaksjonene gjennomføres med skattemessig kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå. For å kunne oppfylle dette kravet må det gjennomføres en bytteforholdsvurdering basert på virkelige verdier av de selskapene som er involvert i transaksjonen. I de tilfeller det gjennomføres en fusjon uten vederlag eller det utstedes vederlag ved økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskapet foreligger det flere uttalelser som trekker i retning av at det ikke er nødvendig å foreta en bytteforholdsvurdering i det hele tatt. Det legges til grunn for uttalelsene at kontinuitetskravet er oppfylt ved at skatteposisjonene fordeles med likt beløp på aksjer i overtakende selskap.

Innsender ber om å få en uttalelse på om det kan gjennomføres en skattefri fusjon mellom de to selskapene hvis den gjennomføres som en opptaksfusjon med økning av pålydende der kapitalforhøyelsen ikke baserer seg på bytteforholdet mellom de to selskapene.

Skattedirektoratets vurderinger

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til om en fusjon av to selskap med identiske eierforhold, der vederlag til aksjonærene i det overdragende selskapet er økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskapet, kan gjennomføres som en skattefri fusjon (med skattemessig kontinuitet) uten at det gjennomføres en bytteforholdsvurdering basert på virkelige verdier av de involverte selskapene.

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 over er fullstendige for de spørsmål som drøftes, og at øvrige skatteregler følges.

Overtakende AS og Overdragende AS eies av to aksjonærer, i samme eierforhold. Overdragende AS skal i sin helhet fusjoneres inn i Overtakende AS etter reglene i aksjeloven § 13-2, og vederlagsaksjene ytes i form av oppskrivning av pålydende på aksjene i Overtakende AS.

I brev fra Justisdepartementet, datert 12. 9.2001, er det åpnet for oppskrivning av pålydende på eksisterende aksjer i stedet for utstedelse av nye aksjer ved fusjon. Skattedirektoratet har etter dette lagt til grunn at en oppskrivning på eksisterende aksjer i overtakende selskap vil være i henhold til gjeldende regler om skattefri fusjon når aksjesitsen er identisk i de to selskapene, jf. bl.a. Utv. 2002 s 600 pkt.4.

Ved oppskrivning av aksjenes pålydende gjelder i utgangspunktet de samme prinsipper og regler som ved utstedelse av vederlagsaksjer.

Etter skatteloven § 11-7 annet ledd skal inngangsverdi og ervervstidspunkt som aksjonærene hadde i tilknytning til sine aksjer i det overdragende selskapet videreføres på vederlagsaksjene. Vederlagsaksjene må her forstås som aksjene i det overtakende selskapet som oppskrives. Det er i teori og praksis lagt til grunn at også skatteposisjonene skjermingsgrunnlag, ubenyttet skjerming, innbetalt aksjekapital og overkurs, RISK-beløp og begrensninger som følger av § 19-2 annet ledd, må videreføres på vederlagsaksjene/aksjene som oppskrives.

Det følger videre av skatteloven § 10-34 jf. fsfin § 10-34-1 hvordan skatteposisjonene skal omfordeles ved fusjon.

I "Bedrift, selskap og skatt", Frederik Zimmer (red.), 5. utg., side 611 sies bl.a. følgende: *"Dersom antallet aksjer før og etter transaksjonen er forskjellig, må imidlertid inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet omfordeles på vederlagsaksjene. Alle elementer av inngangsverdien skal omfordeles. Dette omfatter kostpris ved erverv av aksjer, senere tillegg eller fradrag i inngangsverdien som følge av kapitalendringer i*

selskapet og ubenyttet skjerming som er tilordnet aksjen, jf. skatteloven § 10-34, 1. ledd d og e. Hver aksjonær må altså beregne inngangsverdi (og skjerming) på hver enkelt av sine aksjer, og inngangsverdi og skjerming blir således ikke nødvendigvis likt på alle vederlagsaksjene en enkelt aksjonær mottar.”

Direktoratet legger som nevnt til grunn at de samme prinsippene må benyttes ved oppskrivning av eksisterende aksjer som ved utstedelse av nye aksjer, dvs. at det ikke får noen betydning om det utstedes nye aksjer eller om det bare oppskrives på eksisterende aksjer i det overtakende selskapet. Skatteposisjonene på aksjene i det overdragende selskapet må da omfordeles etter § 10-34 på det antallet aksjer som oppskrives (som om disse var nyutstedte vederlagsaksjer). Hvis det er forskjellige skatteposisjoner (enten i størrelse eller innhold) på aksjene i det overdragende selskapet, skal denne forskjellen videreføres på aksjene som skrives opp. Skatteposisjonene på aksjene i det overdragende selskapet skal derfor ikke fordeles med likt beløp på aksjene i det overtakende selskapet, med mindre alle aksjene i det overdragende selskapet har identiske skatteposisjoner. Skatteposisjonene må omfordeles slik at skatteposisjonene på den eldste aksjen i det overdragende selskapet omfordeles på den/de eldste aksjene i overtakende osv. På denne måten opprettholdes størst mulig grad av skattemessig kontinuitet. Skatteposisjonene på aksjene i det overtakende selskapet vil da, etter fusjonen, bestå både av skatteposisjonene som tilhørte den enkelte aksje før fusjonen samt de omfordelte skatteposisjonene fra de enkelte aksjene i det overdragende selskapet.

Når det gjelder beregning av bytteforholdet ved utstedelse av vederlagsaksjer er utgangspunktet at det må baseres på virkelige verdier for å oppnå skattemessig kontinuitet og unngå verdioverføringer mellom gamle og nye aksjer.

Etter innsenders mening vil skattemessig kontinuitet oppnås, selv om bytteforholdet baseres på bokførte verdier i stedet for virkelige verdier, når aksjene oppskrives i stedet for at det utstedes nye vederlagsaksjer og aksjesitsen i de fusjonerende selskapene er identisk.

Direktoratet legger til grunn at når to selskaper med identisk eiersits fusjonerer med regnskapsmessig kontinuitet, og vederlaget utstedes ved lik oppskrivning på eksisterende aksjer i det overtakende selskapet, vil skattemessig kontinuitet opprettholdes dersom reglene, som ovenfor beskrevet av direktoratet, følges. Direktoratet antar derfor at fusjonen kan gjennomføres til bokførte verdier.

Konklusjon

Skattedirektoratet legger til grunn at Overdragende AS skattefritt kan fusjoneres inn i Overtakende AS etter aksjeloven § 13-2, jf skatteloven §§ 11-2 flg. og § 10-34, til bokførte verdier.