

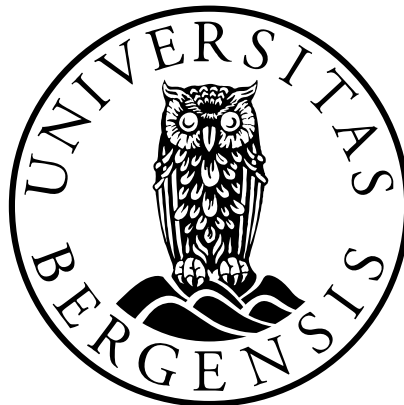
# LOVLIGHETSKRAVET VED EGENKAPITALTRANSAKSJONER I AKSJESELSKAP

*-OPPHEVELSEN AV LOVLIGHETSKRAVET  
VED FUSJON OG FISJON*

Kandidatnummer: 192990

Veileder: Bjarte Songstad

Antall ord: 13942



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Juni 2013

## INNHOLDSFORTEGNELSE

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1	Definering av oppgavens tema og problemstillinger	4
1.2	Aktualitet	4
1.3	Rettskilder	5
1.4	Presiseringer og avgrensninger	6
<b>2</b>	<b>INTRODUKSJON AV LOVLIGHETSKRAVET OG HENSYNENE BAK</b>	<b>7</b>
2.1	Lovlighetskravet i norsk rett	7
2.2	Behovet for et lovlighetskrav	7
<b>3</b>	<b>OVERSIKT OVER SKATTERETTLIGE ORDNINGER MED ET LOVLIGHETSKRAV</b>	<b>9</b>
3.1	Innledning	9
3.1.1	Aksjeutbytte	9
3.1.2	Utbyttedefinisjonen	9
3.1.3	Aksjonærmodellen	10
3.1.4	Fritaksmodellen	10
3.2	Konsernbidrag	11
3.2.1	Konsernbidraget	11
3.2.2	Lovlighetskravet ved konsernbidrag	11
3.3	Lovlighetskravet: Aksjelovens og regnskapslovens skranker	12
3.3.1	Aksjeutbytte	12
3.3.2	Konsernbidrag	13
<b>4</b>	<b>FUSJON OG FISJON</b>	<b>14</b>
4.1	Innledning	14
4.1.1	Karakteristikk av fusjon og fisjon	14
4.1.2	Lovlighetsvilkåret	15
4.1.3	Selskaps- og regnskapsrettens skranker	15
4.1.3.1	Selskapsrettslige krav til gjennomføringen	15
4.1.3.2	Regnskapsrettslige krav til gjennomføringen	16
4.1.4	Kritikken av lovlighetskravet	17
<b>5</b>	<b>LOVLIGHETSKRAVETS INNHOLD</b>	<b>19</b>
5.1	Innledning	19
5.2	Vesentlighetskravet	19
5.3	Vesentlighetsvurderingen	20
5.3.1	Vesentlige feil i selskapsretten	20

5.3.1.1	Kausalitetskravet	20
5.3.1.2	Materielle og formelle feil	20
5.3.1.3	Skjønnsmessig vurdering	22
5.3.1.4	Lovforslag til endringer i aksjelovgivningen	22
5.3.2	Reguleringer i regnskapsretten	23
5.3.3	Reelle hensyn	24
5.3.4	Konklusjon	24
5.4	Lovlighetskravets virkninger	25
5.4.1	Ved utbytte	25
5.4.1.2	Fritaksmetoden	25
5.4.1.3	Aksjonærmodellen	25
5.4.2	Ved konsernbidrag	26
5.4.3	Ved fusjon og fisjon	26

---

## 6 BETYDNINGEN AV AT LOVLIGHETSKRAVET VED FUSJON OG FISJON ER OPPHEVET 27

6.1	Innledning	27
6.1.1	Problemstillingen videre	27
6.2	Lovgivers begrunnelse for opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon	27
6.3	Vilkår for skattefri gjennomføring av fusjon og fisjon	28
6.3.1	Aksjeloven kapittel 13 og 14	28
6.4	Forhold som begrenser betydningen av opphevelsen av lovlighetskravet	28
6.4.1	«Dobbelthjemmel»	29
6.5	Konkrete følger av opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon	29
6.5.1	Regnskapsrettslige utjevninger	29
6.5.1.1	Vesentlighetskriteriet i regnskapsføringen	29
6.5.1.2	Feil bytteforhold	30
6.5.2	Selskapsrettslige utjevninger	31
6.5.2.1	Foreligger det et gyldighetskrav?	31
6.5.2.2	Konsekvenser av feil i gjennomføringen	32
6.5.3	Tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon	34
6.5.4	Planlegging og gjennomføring av fusjon og fisjon i dag	34
6.5.5	Konklusjon	35

---

## 7 BØR LOVLIGHETSKRAVET OPHEVES OGSÅ FOR UTBYTTE OG KONSERNBIDRAG? 37

7.1	Innledning	37
7.2	Sammenhengen i lovlighetskravet	37
7.3	Er det behov for lovendring?	38

---

## 8 KILDE OG LITTERATURLISTE 39

8.1	Lover og forskrifter	39
8.2	Forarbeider og andre offentlige publikasjoner	39

8.3	Rettspraksis	39
8.4	Regnskapsstandarder	40
8.5	Litteratur	40
8.6	Nettdokumenter	40
8.7	Artikler	41

## 1. INNLEDNING

### 1.1 Definerer av oppgavens tema og problemstillinger

Tema for oppgaven er det skatterettslige lovlighetskravet slik det eksisterer i reglene om aksjeutbytte og konsernbidrag, jf. lov om skatt av formue og inntekt 26. mars 1999 nr. 14 (skatteloven eller sktl.), og daværende lovlighetskrav samt opphevelsen av dette i sktl. § 11-1 annet ledd ved fusjon og fisjon.

Lovlighetskravet kan enkelt defineres som et skatterettslig vilkår som kreves oppfylt for at gunstige skatteposisjoner skal være gyldige. Lovlighetskravet utgjør dermed en betingelse for at skattefordeler som avkortninger i utbytteskatten ved aksjeutbytte og fradrag for konsernbidrag skal kunne gis. Vilkårets innhold går i all hovedsak ut på at selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler må være fulgt for at vilkåret kan anses oppfylt.

Fra og med inntektsåret 2011 ble lovlighetskravet ved fusjon og fisjon opphevet. Lovteksten stiller ikke lenger et vilkår om at skattefrie fusjoner og fisjoner må gjennomføres på «lovlig måte» etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. Det er rettstilstanden etter opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon som fører til at spørsmålene oppstår. I det følgende ønsker jeg å se nærmere på hva lovlighetskravets innhold ved aksjeutbytte og konsernbidrag er ved gjeldende rett, samt ta en kort belysning av hvordan vilkåret var ved fusjon og fisjon. Videre vil jeg se nærmere på om det likevel gjelder et lovlighetskrav ved den praktiske gjennomføringen av fusjon og fisjon i dag, da basert på en fortolkning av de andre reglene i skatteloven kapittel 11. Hva er i så fall innholdet av et slikt lovlighetskrav, er det i dag slik at enhver feil ved fusjon og fisjon ikke vil ha noen skattemessig effekt? Hva er egentlig betydningen av opphevelsen av det formelle lovlighetskravet ved fusjon og fisjon?

Oppgaven tar således sikte på å klarlegge og vurdere innholdet i lovlighetskravet, og om og i hvilken grad lovlighetskravet ved fusjon og fisjon fortsatt eksisterer til tross for at lovgiver har opphevet vilkåret i skatteloven.

Avslutningsvis vil det bli tatt stilling til om lovlighetskravet burde oppheves i alle de skatterettslige bestemmelsene det eksisterer i.

### 1.2 Aktualitet

Lovlighetskravet anses for å være godt etablert i norsk skatterett. Vilkåret har blitt lovfestet i ulike lovtekster til ulike tidspunkt, og har overlevd flere revisjonsarbeider. I de siste årene har likevel lovlighetskravet gjennomgått kross kritikk. Enkelte juridiske teoretikere går så langt at de vil få lovgiver til å revurdere alle regler som oppstiller et lovlighetsvilkår. Målet er opphevelse av vilkåret slik det nå er gjort for fusjon og fisjon.

Den 5. april 2013 godkjente regjeringen forslag fra Justis- og Beredskapsdepartementet om endringer i aksjelovgivningen, se Stortingsproposisjon nr. 111 L (2012-13). Lovforslaget, slik det kommer til uttrykk i proposisjonen, medfører endringer blant annet i aksjelovens utbytteregler. Endringer i

reglene om aksjeutbytte vil påvirke omfanget av lovlighetskravet, slik det eksisterer ved disse egenkapitaltransaksjonene. Særlig er det endringen som åpner for mer skjønn hos selskapsstyret og hvordan skjønnsvurderingen har sammenheng med lovlighetsvurderingen, som gjør at temaet er dagsaktuelt.

Det er særlig etter opphevelsen av lovlighetsvilkåret ved fusjon og fisjon i 2011 at spørsmålet rundt gjennomføringen av disse transaksjonene har blitt så fremtredende. Etter to år med praktisering av skatteloven kapittel 11 uten et lovlighetskrav, er fremdeles rettstilstanden usikker på enkelte områder. Det foreligger tvilstilfeller som lovgiver ikke har tatt stilling til verken i lovtekst eller i lovforarbeider.

Også i litteraturen er det uenigheter om hvordan transaksjonene bør kunne gjennomføres samt hvordan beskatningen blir dersom skattyter trår feil. Selv om det ikke vil være mulig å finne et eksakt svar på disse spørsmålene, vil en belysning av de aktuelle problemstillingene bidra til forståelsen og kanskje behovet for at lovgiver må ta stilling til dem.

### 1.3 Rettskilder

Skatteloven er det naturlige utgangspunkt og primærkilden for lovlighetskravet slik det eksisterer i dag. Dette gjelder også for gjennomføringen av skattefrie fusjoner og fisjoner etter at lovlighetskravet ble opphevet. Kravet henviser imidlertid til selskaps- og regnskapsrettslige regler, noe som har gjort det nødvendig å gå nærmere inn i nåværende aksjelov og regnskapslov.

Lovlighetskravet ved aksjeutbytte, konsernbidrag (og ved fusjon og fisjon) har eksistert lenge, og reglene er i hovedsak en videreføring av eldre rett. Litteratur som er flere år gamle kan fortsatt være av interesse ved redegjørelsen av dagens situasjon. Opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon er imidlertid nytt, og her vil kilder fra og med 2011 være relevante.

Redegjørelsen for fusjoner og fisjoner innebærer at regnskapsstandarder vil bli behandlet. Regnskapsstandarder er utarbeidet av Norsk RegnskapsStiftelse (NRS)<sup>1</sup>, og formålet er å sikre en aktiv utvikling av begrepet «god regnskapsskikk» i regnskapsloven § 4-6. Særlig vil NRS 9 bli nevnt ved fusjon, og NRS (F) ved fisjon.

Det er lite rettspraksis vedrørende innholdet av lovlighetsvilkåret. Den mest omtalte høyesterettsdommen som berører tolkningen av kravet er Fjeld-dommen, inntatt i Rt. 2005 s. 86. I tillegg finnes Habberstad-dommen, som er mer en kritikk av lovlighetskravet. Fjeld-dommen som kom før skattereformen i 2006 vil fortsatt være sentral ved tolkningen av lovlighetskravet, da kravet er videreført nokså uendret i lovgivningen.

Det er også lite rettspraksis fra og med opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon. Det er nærliggende å anta at det kan ta år før ligningsmyndighetene vurderer de tvilstilfeller som nå eksisterer. Videre kan det gå enda lenger tid før saker kommer inn for domstolene.

---

<sup>1</sup> [www.regnskapsstiftelsen.no](http://www.regnskapsstiftelsen.no).

En annen relevant rettskilde på skatterettens område er tidsskriftet *Dommer, uttalelser mv.* i skattesaker og skattespørsmål, i oppgaven forkortet *Utv.* Her har både Finansdepartementet og Skattedirektoratet uttalt seg angående lovlighetskravet. Vektingen av denne type rettskilde kan til en viss grad få betydning sett i sammenheng med ønsket om en ensartet praksis, men ut over dette er det klart at kilden tillegges liten vekt.

Ligningspraksis som er inntatt i *Lignings-ABC* publiseres årlig av Skattedirektoratet. Ligningspraksisen sier lite om innholdet i lovlighetskravet, men kan brukes i andre sammenhenger der man skal fastsette begrepsdefinisjoner eller innholdet i nærmere lovregler. Boken gir imidlertid ikke uttrykk for tolkningstvil, og presenterer den løsningen som er antatt å være riktig ut fra den sammenhengen spørsmålet vanligvis forekommer.<sup>2</sup> Dette medfører at rettskildeværdien er begrenset.

Oppgaven bygger på den alminnelige juridiske metodelære.

#### 1.4 Presiseringer og avgrensninger

Oppgaven behandler både opphevelsen og det nåværende lovlighetskravet ved egenkapitaltransaksjoner i aksjeselskaper. På bakgrunn av omfanget av slike egenkapitaltransaksjoner, har jeg funnet det nødvendig å avgrense mot allmennaksjeselskaper og deltakerlignende selskaper som sådan.

Det eksisterer også lovlighetskrav i forskrift. Her kan lovlighetskravet for konserninterne overføringer nevnes, jf. FSFIN § 11-21-6. Slike forskrifter til skatteloven vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Av de samme praktiske årsaker med henhold til omfanget av oppgaven, vil det også i det følgende avgrenses mot internasjonal skatterett. Forholdet til utenlandske aksjeselskap og transaksjoner over landegrensene vil ikke bli problematisert, da temaet krever en nærmere analyse ut over norsk rett.

For oversiktens skyld kan det nevnes at lovlighetskravet har en nær sammenheng med selskaps- og regnskapsrettslige problemstillinger. Denne fremstillingen vil på grunn av sin størrelse være på et overordnet plan. Særlig er dette gjeldene for regnskapsreglene som i hovedsak bare har betydning for fusjon og fisjon.

---

<sup>2</sup> *Lignings-ABC 2012/13*, «forord».

## 2. INTRODUKSJON AV LOVLIGHETSKRAVET OG HENSYNENE BAK

### 2.1 Lovlighetskravet i norsk rett

Hovedregelen i norsk skatterett er at enhver overføring av verdier fra ett selskap til et annet selskap – eller en fysisk person, utløser beskatning etter de alminnelige reglene i skatteloven. Hovedregelen gjelder personer og selskap som skattytere.

Utgangspunktet om beskatning gjelder også ved aksjeutbytte, konsernbidrag og ved fusjon og fisjon. Imidlertid kan beskatning av slike transaksjoner oppnå skattefrihet eller skattelettelse dersom ulike vilkår i skatteloven er innfridd. Ett av disse sentrale vilkårene er lovlighetskravet.

I all hovedsak kan virkningene av lovlighetskravet deles inn i ulike deler ut fra hvilken transaksjon det gjelder. For det første vil det ved aksjeutbytte mellom selskaper være en svært begrenset beskatning dersom utbyttet er lovlig utdelt, jf. sktl. § 2-38 annet ledd bokstav a. Personlige skattytere som mottar utbytte kan få fradrag i beskatningen dersom det er lovlig utdelt, jf. sktl. § 10-12 første ledd. For det andre kan konsernselskap få fradrag i inntektslikningen for det konsernbidrag de har ytt til et annet konsern dersom det er lovlig utdelt, jf. sktl. § 10-2 første ledd. For det tredje kunne selskaper som skulle slås sammen (fusjoneres) eller deles (fisjoneres) nyte godt av skattefrihet dersom det var lovlig gjennomført, jf. sktl. § 11-1 første ledd. I dag er lovlighetskravet for fusjon og fisjon opphevet.

Lovlighetsvurderingen i bestemmelsene ovenfor legger til grunn at nærmere regler i selskaps- og regnskapsretten er overholdt. Dette er både formelle og materielle regler, og som vi skal se har lovlighetskravet en nær sammenheng med disse regelsettene.

### 2.2 Behovet for et lovlighetskrav

Brudd på lovlighetsvilkåret kan medføre betydelige virkninger for både selskap og aksjonærer. Særlig er det den økonomiske konsekvensen som er aktuell, da beløp som først var skattefrie blir underlagt beskatning. Til tross for de vesentlige konsekvenser et slikt brudd medfører, gir lovgiver en vag og uklar vurdering av lovlighetskravet i skattelovens lovforarbeider. Dette gjelder både de nyere reglene som omhandler fusjon og fisjon i skattelovens kapittel 11 og i de litt eldre reglene knyttet til aksjeutbytte, herunder fritaksmetoden og skjermingsfradrag.

Begrunnelsen for at det eksisterer et lovlighetskrav, har betydning for tolkningen av vilkåret. Begrunnelsen er således sentral når man skal forstå behovet for et lovvilkår. Til tross for lovgivers taushet, er det enkelte hensyn som indikerer hvorfor lovlighetskravet finnes i norsk rett.

Både skatterettslig og selskapsrettslig står hensynet til kreditorer og andre aksjonærer sentralt (særlig minoritetsinteressen). Spesielt er hensynet til kreditorvernet tungtveiende for at det eksisterer et lovlighetskrav i aksjelovgivningen. Vilkåret har en sammenheng med hensynet til notoritet, aksjeloven krever ved for eksempel utbytte at transaksjonen må gjennom en formell behandling.



For skattyter er det gunstig og fordelaktig at lovlighetskravet er oppfylt, slik at gunstige skatteposisjoner skal være gyldige. I denne sammenheng kan det hevdes at lovlighetsvilkåret vil kunne bidra til å hindre skatterettslig omgåelse. Lovlighetskravet som vilkår er mer reelt enn ulovfestet gjennomskjæring eller omklassifisering. På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at lovlighetskravet ivaretar skatterettslige hensyn.

Dersom forslaget til endringer i aksjelovgivningen blir vedtatt, vil selskapets styre stå friere til å avgjøre hva som er forsvarlig egenkapital og likviditet, se avsnitt 5.3.1.4. Lovlighetskravet vil dermed stå sentralt ved vurderingen, da de formelle lovreglene som oppstiller grenser for utbytteutdelingen får redusert betydning. Dette medfører at det er lovlighetskravet som representerer styrets øvre grense for utdeling.

Hvorvidt formålet med lovlighetsvilkåret gjør at lovlighetsvurderingen er nødvendig i norsk skatterett vil jeg også komme nærmere tilbake til.

### 3. OVERSIKT OVER SKATTERETTLIGE ORDNINGER MED ET LOVLIGHETSKRAV

#### 3.1 Innledning

Hovedregelen er at aksjeutbytte er skattepliktig inntekt for mottakeren, jf. sktl. § 10-11 første ledd. Selskapsoverskuddet blir etter utgangspunktet dobbeltbeskattet før det står til aksjonærens rådighet. Først blir selskapsoverskuddet beskattet som inntekt på selskapets hånd, og deretter beskattet når utbyttet utdeles aksjonæren. Likevel gjelder hovedregelen med viktige modifikasjoner, herunder aksjonærmodellen og fritaksmodellen.

Reglene om konsernbidrag gjelder for selskaper innenfor et konsern der et morselskap eier mer enn 90 prosent av aksjene i et datterselskap, og som har en tilsvarende andel av stemmeretten på Generalforsamlingen.<sup>3</sup> Reglene om konsernbidrag i sktl. §§ 10-2 til 10-4 regulerer hvordan selskaper innad i et konsern kan overføre midler vederlagsfritt fra et selskap til et annet for på den måten å oppnå en totalt lavest mulig skattekostnad på det skattepliktige overskuddet i inntektsåret. Konsernbidraget er på nærmere vilkår fradragsberettiget hos giver (overskuddsselskapet), mens det på nærmere vilkår er skattepliktig inntekt hos mottaker (underskuddsselskapet).<sup>4</sup> Således er konsernbidragsordningen hovedsakelig en skatterettslig begrunnet ordning.

Lovlighetskravet i de ulike skatterettslige ordningene henviser alle til den selskapsrettslige reguleringen. Det er ikke uvanlig at lovgiver benytter regler fra et annet rettsområde til å avgjøre skatterettslige spørsmål. Lovlighetskravet synes derimot å bygge på den enkelte regel direkte. Det er ikke et spørsmål om transaksjonen er selskapsrettslig gyldig, men om den enkelte lovregelen er overholdt som sådan. Direkte bruk av reglene skulle kunne være hensiktsmessig i tilfeller hvor det ikke finnes klare grenser for gyldighet, slik som i aksjeselskapslovgivningen. Likevel kan man hevde at måten reglene brukes på ikke har noen prinsipiell betydning, lovlighetsvilkåret er uansett en selvstendig skatterettslig regel.<sup>5</sup>

En nærmere fremstilling av lovlighetskravet i skattemodellene ved utdeling av utbytte, lovlighetskravet ved konsernbidrag samt bruken av selskaps- og regnskapsretten i skatteloven vil i det følgende bli behandlet nærmere.

##### 3.1.1 Aksjeutbytte

##### 3.1.2 Utbyttedefinisjonen

Utbyttebegrepet er legaldefinert i skatteloven § 10-11 andre ledd, og er definert som «enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær». Innholdet i definisjonen skal forstås dithen at det må skje en overføring fra selskapet til aksjonæren, eller hans nærstående<sup>6</sup> uten at det svares noen motytelse av tilsvarende verdi.<sup>7</sup> Skatterettslig vil således

---

<sup>3</sup> Jf. sktl. § 10-2.

<sup>4</sup> Zimmer, BAH, (2010) s. 166.

<sup>5</sup> Jf. Gjems-Onstad (2003) s. 574.

<sup>6</sup> Jf. Sktl. § 10-11 andre ledd, siste pkt.

kapitalnedsettelse etter oppløsning av selskap behandles som skattepliktig utbytte. Også mulige tilleggsvederlag ved fusjon eller fisjon vil skatterettslig betraktes som utbytte.

Utbyttebegrepet har en annen definisjon i aksjeloven enn legaldefinisjonen i skatteloven. Skattelovens lovlighetskrav forholder seg i utgangspunktet til skattelovens utbyttebegrep, men vurderingen av hvorvidt et aksjeutbytte er lovlig utdelt fra selskapet må skje i forhold til de selskapsrettslige reglene. Ut fra sammenhengen mellom asl. § 3-6 første og andre ledd vil et selskapsrettslig utbytte være enhver verdioverføring fra selskapet som kommer en aksjonær til gode, og som ikke favnes av reglene om kapitalnedsettelse i lovens kapittel 12, fusjon eller fisjon i henholdsvis kapittel 13 og 14 eller tilbakebetaling ved oppløsning som beskrevet i kapittel 16.<sup>8</sup>

Utbyttet som må være i tråd med lovlighetskravet gjelder for personlige aksjonærer i sktl. § 10-12 første ledd andre punktum, og for selskapsaksjonærer i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a. For en personlig skattyter er det her tale om retten til skjermingsfradrag etter aksjonærmodellen og for selskapsaksjonær er det retten til et tilnærmet fullt skattefritak som følger fritaksmetoden.

### 3.1.3 Aksjonærmodellen

Aksjonærmodellen er en modell som for det første skal verne en normalavkastning av personlige aksjonærens investering i selskapet mot skattlegging utover alminnelig inntektsskatt.<sup>9</sup> For det andre skal modellen, da gjennom dobbeltbeskatning av utbytte utover denne normalavkastningen, søke å utjevne forskjellene mellom verdier utbetalt som kapitalinntekt og verdier utbetalt som arbeidsinntekt. Dette for «å redusere incentivet til tilpasninger».<sup>10</sup>

Det følger av sktl. § 10-12 første ledd at utbyttet må være «lovlig utdelt fra selskapet» for at en personlig skattyter skal kunne ha krav på skjermingsfradrag, jf. første ledd andre punktum. Avkastning på aksjer utover det man ville hatt ved en risikofri plassering (fradratt skjerming), er skattepliktig, jf. sktl. § 10-12 første ledd.

Hva som gjør et utbytte «lovlig utdelt fra selskapet» reguleres av aksjeloven som sådan, se følgende.

### 3.1.4 Fritaksmetoden

Fritaksmetoden er lovfestet i sktl. § 2-38. Metoden gjelder for skattytere som omfattes av bestemmelsens første ledd, herunder aksjeselskaper, jf. henvisningen til sktl. § 2-2 første ledd. Metoden innebærer at de nevnte skattytere for visse typer realisasjonsgevinster samt kapitalavkastning i form av utbytte, er fritatt for skatteplikt. Som en naturlig konsekvens av symmetriprinsippet, har de da heller ikke fradragsrett for realisasjonstap tilknyttet disse inntektene. Bakgrunnen for fritaksmetoden er i all hovedsak ønsket om å unngå kjedebeskatning av utbytte.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Zimmer red. (2006) s. 292.

<sup>8</sup> Jf. Andenæs (2006) s. 434.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 1. 2004-05 s. 32-33.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr.92 2004-05 s. 29. Se også Ot.prp. nr. 1 2004-05 s. 32.

<sup>11</sup> Ot.prp. nr.1 2004-05 s. 52.

Uten fritaksmetoden vil selskapsoverskudd kunne bli skattlagt tre ganger før det står til mottakers disposisjon.

Aksjeselskaper er dermed i utgangspunktet fritatt fra skatteplikt på utbytte. I likhet med forutsetningene som følger av aksjonærmodellen, gjelder likevel skattefriheten bare i de tilfeller utbyttet er «lovlig utdelt», jf. § 2-38 andre ledd bokstav a. At lovteksten her er noe annerledes enn under aksjonærmodellen, er ikke gitt noen videre forklaring i forarbeidene. Det er likevel praktisert at det samme lovlighetskravet i aksjonærmodellen skal gjelde under fritaksmetoden.

Samtidig kan det nevnes at det ved lov av 12. desember 2008 nr. 99 ble det innført en sjablongmessig beskatning med fast sats på tre prosent for inntekter i aksje- og allmennaksjeselskaper. Det fremgår av sktl. § 2-38 sjette ledd at tre prosent av utbyttet skal beskattes med 28 prosent, som gir en effektiv skattesats på 0,84 prosent. For lovlighetskravet er det nærliggende å anta at treprosentregelen har liten betydning, som vi skal se i det følgende vil de selskapsrettslige regler som må være oppfylt etter lovlighetskravet nærmest være sammenfallende for utbytte og konsernbidrag, samtidig som det etter asl. § 8-5 andre ledd tas hensyn til utdelt konsernbidrag ved beslutning om utbytte og omvendt, jf. de materielle begrensningene for hva som kan utdeles i asl. § 8-1.

### 3.2 Konsernbidrag

#### 3.2.1 Konsernbidraget

Konsernbidrag har ingen definisjon i skatteloven, men består som oftest av pengeoverføringer. Bidraget blir i forarbeidene definert som «ytelser av økonomisk karakter der yteren ikke betinger seg noe særskilt vederlag».<sup>12</sup> Den grunnleggende forutsetningen for at slike transaksjoner skal få de ønskede skattemessige virkninger, er at giver og mottaker innfrir både de selskapsrettslige og skatterettslige vilkårene for å være i et konsernforhold. Hovedfunksjonen til å gi konsernbidrag må hevdes å være en utjevning av overskudd og underskudd i selskaper med tilstrekkelig konserntilknytning.

#### 3.2.2 Lovlighetskravet ved konsernbidrag

Lovlighetskravet finnes i sktl. § 10-2 første ledd, og er en forutsetning for at selskapet som yter konsernbidrag skal ha rett til å fradra dette i inntektsligningen. Lovlighetskravet forutsetter at bidraget er «lovlig i forhold til aksjelovens» regler. Kravet er ikke knyttet til muligheten til å yte konsernbidrag, slik som vilkårene til konserntilknytning og nasjonalitet i sktl. § 10-4, men til muligheten for at giver skal få fradrag i inntektsligningen.

Det gjøres unntak fra hovedregelen ovenfor dersom konsernbidraget er ulovlig utdelt. Brudd på lovlighetskravet ved konsernbidrag må ses i sammenheng med symmetriprinsippet i skatteretten. Kort sagt innebærer prinsippet at inntekter og utgifter av samme art bør behandles på samme måte. Ut fra symmetriprinsippet vil den delen av konsernbidraget som ikke blir fradragsberettiget for giver etter sktl. § 10-2 første ledd første punktum fordi det overstiger den "ellers skattepliktige alminnelige

---

<sup>12</sup> Jf. Ot.prp.nr. 16 (1979-1980) s. 11.

inntekt”, være skattepliktig for mottaker. Prinsippet gjør seg imidlertid ikke gjeldende med tilsvarende styrke der giver mister fradragsretten på grunn av brudd på lovlighetskravet. Forholdet er ikke nevnt i unntaksbestemmelsen i sktl. § 10-3 første ledd annen punktum, og dette medfører at konsernbidraget likevel skal beskattes på mottakers hånd.<sup>13</sup>

Hva som gjør at konsernbidraget ikke oppfyller rammene til lovlighetskravet, er brudd på bestemmelsene i aksjeloven som sådan, se følgende.

### 3.3 Lovlighetskravet: Aksjelovens og regnskapslovens skranker

#### 3.3.1 Aksjeutbytte

I praksis synes det å være reglene i aksjelovgivningen som i all hovedsak oppstiller de sentrale materielle og formelle grensene for lovligheten av utbytte. Lovforarbeidene til den tidligere godtgjørelsesmodellen kan også peke i retning av at det er aksjelovgivningens regulering spørsmålet om lovlighet er ment å knyttes til.<sup>14</sup> Men, som vi skal se, vil ikke regnskapsreglene være uten betydning for spørsmålet om lovlighet ved utbytte og konsernbidrag.

Ved sontringen av lovligheten av utbytte i aksjelovgivningen må det sondres mellom utdelinger som er i strid med de materielle regler om utbytteutdeling, og utdelinger som (kun) er i strid med saksbehandlingsregler.

Den første gruppen vil først og fremst omfatte de tilfeller der selskapet har delt ut verdier i strid med bestemmelsene i asl. § 8-1. Bestemmelsens første ledd angir hvilke midler som kan utdeles som utbytte fra selskapet, og der brudd på disse vil kunne medføre at utdelingen ikke lenger anses lovlig. Også de tilfeller hvor utdelingen er i strid med andre aksjonærs rettigheter vil falle inn under denne gruppen regler. Det skal også nevnes at nåværende asl. § 8-1 påvirkes av det nye lovforslaget til endringer i aksjeloven, noe som vil bli belyst senere i oppgaven.

I den andre gruppen faller tilfeller hvor selskapet ikke har fulgt den prosedyre som det er gitt anvisning på i asl. § 8-2. Det er klart at vilkåret om at utbyttet må være lovlig, også refererer seg til at saksbehandlingsreglene må være overholdt. Ordlyden taler for dette, og forarbeidene forutsetter at ordlyden blir praktisert.<sup>15</sup> Eksempelvis vil utdeling av utbytte som ikke er behandlet av Generalforsamlingen, normalt anses som ulovlig. Imidlertid må det tas forbehold for tilfeller hvor overtredelsen av saksbehandlingsreglene er av liten betydning. At utdelingen er i strid med andre aksjonærs rettigheter vil ofte ikke avskjære retten til skjerming der de andre aksjonærene ikke påberoper seg ugyldighet. Dette vil bli nærmere behandlet i et senere kapittel.

Tilknytningen mellom regnskapet og beregningen av lovlig størrelse på utbytte, jf. asl./asal. § 8-1, innebærer at det er en nær sammenheng mellom lovlighetsvilkåret og regnskapsretten. Konkrete feil i regnskapsføringen, eller brudd på prinsippet om god regnskapsskikk i regnskapsloven § 4-6, kan

---

<sup>13</sup> Jf. Zimmer(2009) s. 384.

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197-198.

<sup>15</sup> Jf. Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 369-370.

medføre at regnskapet får direkte innvirkning på om utbyttet er lovlig utdelt fra selskapet. For eksempel kan regnskapsreglene være anvendt galt slik at årets overskudd er blitt for høyt,<sup>16</sup> eller det kan forekomme feil ved beregningen av de skattemessige avskrivningene som igjen fører til et galt regnskapsmessig resultat. Slike feil i regnskapet er materielle brudd på utbyttereglene.

Det er viktig å være klar over om man har å gjøre med det selskapsrettslige eller det skatterettslige utbyttebegrep, jf. ovenfor. Det skatterettslige utbyttebegrepet er videre enn det selskapsrettslige utbyttebegrepet. Begrepsbruken kan medføre at utdelingen er «lovlig» etter skattelovgivningen, men ulovlig som aksjeutbytte. Dette antas å være tilstrekkelig. Lovlige utbetalinger i forbindelse med kapitalnedsettelse osv., faller utenfor aksjelovgivningens utbyttedefinisjon (asl. § 3-6 første ledd), men kan omfattes av skattelovens definisjon. Slike utbetalinger gis dermed rett til skjerming.<sup>17</sup>

Det skatterettslige utbyttebegrepet i sktl. § 10-11 gjelder både ved beskatning av personlige aksjonærer som faller inn under aksjonærmodellen og i forhold til hvilke utdelinger som faller inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a.<sup>18</sup>

### 3.3.2 Konsernbidrag

Sktl. § 10-2 sin henvisning til asl. § 8-5 innebærer at reguleringen av konsernbidrag i hovedsak er den samme som for utbytte. Imidlertid er det en del av kravene som oppstilles ved utdeling av utbytte som har vist seg og ikke gjelde ved konsernbidrag. Bakgrunnen er at enkelte av bestemmelsene i asl. §§ 8-1 til 8-4 ikke er praktiske ved konsernbidrag, og at det har utviklet seg en praksis som ikke er fullt ut i samsvar med enkelte av bestemmelsene.

Bestemmelsen i asl. § 8-3 tredje ledd står her i en særstilling. I bestemmelsen oppstilles det krav om at utbyttet overføres fra selskap til aksjonær senest seks måneder etter Generalforsamlingens beslutning. Dette gjelder etter henvisningen i asl. § 8-5 andre ledd også for konsernbidrag. I praksis er det likevel tilstrekkelig, for å få fradragsrett etter skatteloven § 10-2 første ledd, at ytende selskap påtar seg en ubetinget plikt til å yte bidraget.<sup>19</sup> Bidraget blir ofte kun stående som en gjeldspost hos giver og som en fordring hos mottaker. Ordningen er neppe i tråd med kravet i asl. § 8-3 tredje ledd, men aksepteres i praksis. Årsaken anses å være at fordringsmodellen omtales som akseptabel i lovforarbeidene til reglene om konsernbidrag.<sup>20</sup>

Gjennom henvisningen fra asl. § 8-5 til utbyttereglene i asl. §§ 8-1 til 8-4 vil det også for lovligheten av konsernbidrag kunne være sentralt at selskapets regnskap er riktig. Feil i regnskapet kan forskyve de materielle skrankene på samme måte som for utbytte.

---

<sup>16</sup> Jf. Utv. 2007 s. 1735 LRD.

<sup>17</sup> Zimmer, BAH, (2010) s. 307.

<sup>18</sup> Lignings-ABC 2012/13, kapittel 7.1.

<sup>19</sup> Tingrettsdom: (It-Venture) inntatt i Utv.2009 s. 67.

<sup>20</sup> Jf. Ot.prp. nr.16 1979-80 s. 11.

## 4. FUSJON OG FISJON

### 4.1 Innledning

Til og med inntektsåret 2010 eksisterte det et lovlighetskrav i sktl. § 11-1 annet ledd. Fusjon og fisjon skulle, under forutsetning at lovlighetskravet var oppfylt, gi selskapene mulighet til å gjennomføre transaksjonen uten beskatning etter de regler som ellers ville kommet til anvendelse. Selskapene kunne velge å gjennomføre transaksjonen etter skattelovens regler om realisasjon, uttak eller utbytte.

Lovlighetskravet i sktl. § 11-1 annet ledd innebar at gjennomføringen måtte skje på «lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler». Muligheten for skattefritak etter skattelovens regler forutsatte dermed at reglene som berørte gjennomføringen av transaksjonen i disse regelsettene ble overholdt.

Forholdet til daværende rett ved fusjon og fisjon vil i oppgaven behandles kort, men vil ta sikte på å belyse sammenhengen i de gamle og nye reglene, da det er klart at opphevelsen av lovlighetskravet i sktl. § 11-1 fikk konsekvenser. Således vil det i det følgende bli nærmere redegjort for hva fusjon og fisjon innebærer. Det vil videre bli gitt en overordnet oversikt over innholdet i lovlighetskravet og de selskaps- og regnskapsrettslige reglene lovlighetskravet refererer til. Senere vil det bli gjort rede for hovedlinjene i kritikken rundt lovlighetskravet.

#### 4.1.1 Karakteristikk av fusjon og fisjon

Fusjon betyr å slå sammen. Denne betydningen har begrepet også i skatteloven, der fusjon innebærer en sammenslåing av to eller flere selskaper til ett selskap. Dette gjennomføres ved at eiendeler og forpliktelser fra ett eller flere overdragende selskap overføres til ett overtakende selskap. Ved en såkalt ren fusjon er det bare ett selskap som skal eksistere videre etter at fusjonen er gjennomført.

Aksjonærene i det overdragende selskap mottar nye aksjer, vederlagsaksjer, i det overtakende selskap, eventuelt med et begrenset tilleggsvederlag. Unntak fra dette er kort sagt en fusjon enten av heleid datterselskap inn i morselskap, eller ved fusjon av to heleide datterselskaper. En nærmere behandling av dette vil ikke bli gitt.

Fisjon betyr deling eller splitting. Ved fisjon deles ett selskap i to eller flere selskaper. Gjennomføringen skjer ved at eiendeler og forpliktelser fra ett selskap deles mellom flere selskaper. Det kan være flere overtakende selskaper i en fisjon, og overtakende selskap kan både være et nystiftet selskap som opprettes som ledd i fisjonen, eller et allerede eksisterende selskap. Ved overdragelse til et allerede eksisterende selskap vil det foreligge en kombinert fisjon og fusjon, såkalt fisjonsfusjon.

Vanligvis medfører en fisjon at det overdragende selskapet videreføres som selskap etter fisjonen. Imidlertid kan også fisjonen medføre at det overdragende selskap opphører som ledd i fisjonen i de tilfeller alle eiendeler og rettigheter overføres til to eller flere overtakende selskaper.

Aksjonærene i det overdragende selskapet får nye vederlagsaksjer tilsvarende for fusjon, se over. Vederlagsaksjer kan bare gis til aksjonærer i det overdragende selskap, men det stilles ikke krav om samme eierfordeling blant mottakerne som det var før fisjonen. Fisjon brukes dermed ofte til omorganiseringer samt til å fordele selskapsverdier mellom aksjonærene.

#### 4.1.2 Lovlighetsvilkåret

Før 2011 var det formelle utgangspunktet i sktl. § 11-1 første ledd at fusjon og fisjon utløser skatteplikt. Lovforarbeidene begrunnet dette med at det både ved fusjon og fisjon skjer en realisasjon ved overdragelse av eiendeler og rettigheter og ved ombytting av aksjer.<sup>21</sup> Da unntaket fra hovedregelen om skatteplikt ble innført i loven, var ikke innholdet av lovlighetskravet nærmere presentert. Innholdet måtte derfor bestemmes ut fra reglene i selskaps- og regnskapsloven, se nedenfor.

I de samme lovforarbeidene til reglene om skattefri fusjon og fisjon, fremgikk det at ethvert brudd på reglene skulle medføre at fusjonen eller fisjonen ble skattepliktig.<sup>22</sup> Senere ble dette modifisert noe, jf. avsnitt 5.2.

#### 4.1.3 Selskaps- og regnskapsrettens skranker

Lovlighetsvilkåret i de ulike skatterettslige ordningene henviser alle til den selskapsrettslige reguleringen. For fusjon og fisjon var og er det i tillegg et markert krav til regnskapsrettslig lovlighet.

##### 4.1.3.1 Selskapsrettslige krav til gjennomføringen

Av de materielle krav må fusjonen først og fremst skje etter de tillatte fusjonsformer i aksjelovens kapittel 13. Fusjonsformene kan hovedsakelig deles i to grupper, herunder fusjon som foretas mot vederlagsaksjer og fusjon uten vederlagsaksjer, jf. asl. §§ 13-2 og 13-23.

Det som fusjoneres inn i det overtakende selskap er det overdragende selskaps «eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet». Etter at fusjonen er gjennomført oppløses det overdragende selskap, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 1. Reglene for vederlagsaksjene finnes i asl. §13-2.

Fisjon må også følge aksjelovens kapittel 14 om fisjonsformer for å være lovlig. Fisjon kan skje ved at deler av et selskaps virksomhet utskilles og overdras til et nytt selskap, samtidig som det overdragende selskap fortsetter sin virksomhet, jf. asl. § 14-2 første ledd. Det er også mulighet for at det opprinnelige selskapet utfisjoneres til minst to nye selskaper og deretter selv oppløses, jf. asl. § 14-2 andre ledd. Alle fisjoner skjer mot vederlagsaksjer. Fusjonsreglene uten vederlagsaksjer har

---

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr.71 (1995-96) s. 9.

<sup>22</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 43.



ingen parallell til fisjon, men reglene om konserninterne overføringer i sktl. § 11-21 og FSFIN § 11-21-1 flg. er i litteraturen nevnt som et alternativ.<sup>23</sup>

En tredje fusionsmåte er den såkalte fusionsfusjonen, der det foretas en fisjon hvor eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras til ett eller flere eksisterende selskaper.<sup>24</sup> Aksjelovens bestemmelser nødvendiggjør at selskapets verdier, rettigheter og forpliktelser går over til det overtakende selskap med selskapsrettslig kontinuitet, se nedenfor.

Av de formelle reglene kan det nevnes at selskapenes styre plikter å utarbeide en fusjons- eller fusionsplan, jf. asl. §§ 13-3, 13-6 og 14-4. Det oppstilles også adgang til 20 % tilleggsvederlag, jf. asl. § 13-2. Styrene har samtidig en informasjons- og underretningsplikt overfor aksjeeierne, jf. asl. §§ 13-10, 13-12 og 14-4 tredje ledd. Ved fisjon eksisterer det også en opplysningsplikt for det overdragende selskapet til det overtakende selskap, jf. asl. § 14-5. Det er også krav om at Generalforsamlingene i de aktuelle selskaper må treffe beslutning med minst to tredelers flertall, både blant de avgitte stemmer og av den representerte aksjekapital, jf. asl. § 13-3 andre ledd, jf. § 5-18. Fusjonen meldes til Foretaksregisteret og kreditorer varsles, jf. asl. §§ 13-13 og 13-14.

Ved fisjon har det overtakende selskapet valget mellom å gjennomføre fisjonen selskapsrettslig etter bestemmelsene om stiftelse i asl. kapittel 2 eller ved kapitalforhøyelse i asl. kapittel 10, jf. asl. § 14-3 andre ledd. Bestemmelsene faller inn under lovlighetskravet. Fusionsplanen skal videre godkjennes på Generalforsamlingen, jf. asl. § 14-6 og det kreves kvalifisert flertall for å fatte beslutning om fisjon, jf. asl. § 5-18.

#### 4.1.3.2 Regnskapsrettslige krav til gjennomføringen

De regnskapsmessige reglene som må være oppfylt for at gjennomføringen av fusjon skal kunne bli skattefrie, reguleres i regnskapsloven, jf. §§ 5-14 og 5-16. Videre reguleres reglene i en egen regnskapsstandard, her i NRS 9 Fusjon.

Det sentrale ved regnskapsføringen av fusjon er hvilket regnskapsmessig prinsipp som skal følges. Utgangspunktet er at en fusjon må regnskapsføres til virkelig verdi etter rskl. § 5-14 jf. det såkalte transaksjonsprinsippet i rskl. § 4-1 første ledd nr. 1. Dette innebærer regnskapsføring med diskontinuitet. Unntak følger likevel av rskl. § 5-14 annen punktum, § 5-16 og NRS 9 Fusjon punkt 4. Blant annet sier rskl. § 5-16 at der det skjer en fusjon eller fisjon av små foretak, så «kan eiendeler og gjeld i de fusjonerende eller fisjonerte foretakene videreføres til balanseførte verdier». Lovlighetskravet medførte at man måtte ha valgt riktig regnskapsprinsipp samt regnskapsført fusjonen riktig.

Uansett regnskapsprinsipp må fusjonen og fisjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet for å gjennomføres skattemessig nøytralt etter skatteloven kapittel 11. Kravet til skattemessig kontinuitet innebærer at skattemessige verdier og posisjoner må være videreført ved fullført fusjon eller fisjon. Dette gjelder nettoverdier på aksjonærnivå (eier- og verdikontinuitet), aksjens skattemessige

---

<sup>23</sup> Jf. Gjems-Onstad (2008) s. 857.

<sup>24</sup> Lignings-abc 2012/13 s. 493.

inngangsverdi og innbetalte kapital, og skattemessige verdier på selskapsnivå.<sup>25</sup> Kravet vil bli nevnt også senere i oppgaven.

For fisjon har ikke regnskapsloven tilsvarende regler som finnes for fusjon, men lovgiver har i lovforarbeidene behandlet temaet.<sup>26</sup> Videre reguleres fisjon av en av Norsk RegnskapsStiftelses foreløpige standarder, her NRS(F) Fisjon.

Avgjørende for om en fisjon regnskapsføres som transaksjon eller kontinuitet, er fisjonens innhold. Utgangspunktet er også her det såkalte transaksjonsprinsippet, jf. rskl. § 4-1 første ledd nr. 1 med tilhørende lovforarbeider.<sup>27</sup> Unntakene finnes i NRS(F) Fisjon punkt 22 flg., ved kontinuitet kan fisjonen i enkelte tilfeller gjennomføres til balanseførte verdier.

Dersom fisjonen bokføres til transaksjonsprinsippet, må de overførte eiendeler aktiveres til virkelig verdi i det overtakende selskapet. Den frie egenkapitalen i det overdragende selskapet går med unntak av aksjekapitalen inn i overkursfondet, den bundne egenkapital.

#### 4.1.4 Kritikken av lovlighetskravet

Lovlighetskravet ved fusjon og fisjon ble kritisert fra flere hold, og kan forklare noe av bakgrunnen for at det ble opphevet. Det sentrale elementet i kritikken var lovlighetskravets overflødighet, noe både Høyesterett, lovgiver og et stort og etablert juridisk fagmiljø ga sin tilslutning til.

Et særlig eksempel som viser noe av den kritikken lovlighetskravet møtte i praksis, er Habberstad-dommen, Rt. 2008 s. 438. I dommen slo Høyesterett fast at skattefrie fisjoner kunne gjennomføres uten at noen del av innmaten i overdragende selskap ble overført til det overtakende selskap, og at det dermed var tilstrekkelig for å oppnå skattefrihet at det ble etablert en fisjonsfordring på det overdragende selskapet.

Høyesterett gikk langt i sin kritikk av lovlighetskravet. Retten tolket de selskapsrettslige reglene, og ga uttrykk for at det der ikke var rom for skatterettslige hensyn. Retten mente således at lovlighetskravet ville medføre rom for vilkårlighet i skatteretten, noe som kunne vært eliminert ved å innføre egne skatteregler.

Habberstad-dommen og rettens kritikk av lovlighetskravet ble senere omtalt i den juridiske litteraturen. Hugo Matre delte rettens oppfatning av lovlighetskravet, og gikk i sin artikkel nærmere inn på behovet for det generelle lovlighetskravet i skatteretten. Matre viser til rettens påpekning av at det i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig saklig sammenheng mellom skatte- og selskapsrettslige regler, og at det derfor ikke er naturlig å ta høyde for begge regelsettene ved anvendelsen av skattereglene.<sup>28</sup> Konsekvensen er at lovlighetskravet kan slå vilkårlig ut.

---

<sup>25</sup> Bjørken og Aamelflot, «Hva er skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon?»

<sup>26</sup> Jf. Ot.prp.nr. 42 (1997-1998) s. 141 flg.

<sup>27</sup> Jf. NOU 1995:30 kapittel 2.4.

<sup>28</sup> Matre, Hugo P. 2008.

Habberstad-dommen understøttet også Frederik Zimmer sitt kritiske syn på lovlighetskravet. Zimmer skriver at innføring av egne skatterettslige vilkår for skattefritak ved omorganisering av selskap, vil gjøre regelverket mer treffsikkert med hensyn til formålet med reglene.<sup>29</sup> Zimmer ga, i likhet med Matre, uttrykk for at lovlighetskravet da ville bli overflødig ved skattefrie omdannelser.

Om lovlighetskravet burde vært opphevet i alle lovreglene det eksisterer i, vil bli behandlet nærmere under kapittel 7.

---

<sup>29</sup> Zimmer, Skatterett 2008 s. 1-2.

## 5. LOVLIGHETSKRAVETS INNHOLD

### 5.1 Innledning

Lovlighetsvilkåret reiser flere rettsanvendelsesspørsmål. Først og fremst har det vært tvil om hva som ligger i lovlighetsvilkåret, ikke minst hvor bokstavelig det skal tas.<sup>30</sup> Skatterettslig har lovlighetskravet en noe ulik utforming og den skatterettslige konsekvens er uensartet både i forhold til hvem og hva den får betydning for. For å se samspillet mellom skatteretten og selskaps- og regnskapsretten, finner jeg det naturlig å tolke lovlighetskravet samlet for utbytte, konsernbidrag, og hvordan det gjaldt ved fusjon og fisjon.

I praksis har det i de senere år vokst frem en antakelse om at det ved lovlighetskravets anvendelse må praktiseres en vesentlighetsvurdering i tilfeller hvor det er konstatert å foreligge en selskaps- eller regnskapsrettslig feil. I dag kan vi med sikkerhet si at det foreligger et slikt vesentlighetskrav, se nedenfor. Innholdet og terskelen for vesentlighetskravet er derimot uklart, og vil derfor gis en nærmere redegjørelse for i det følgende.

Som nevnt tidligere er innholdet i lovlighetskravet langt på vei bestemt av innholdet i de selskaps- og regnskapsrettslige reglene. Men som vil skal se i det følgende, er lovlighetskravet en selvstendig skatterettslig regel. Virkningene eller konsekvensene ved brudd på lovlighetskravet er ofte økonomisk betydelige, og det er således nødvendig å kjenne til reglene for å forebygge de skattemessige sanksjonene som kan inntreffe, jf. nedenfor. En nærmere vurdering av lovlighetskravets innhold er av betydning når jeg senere skal ta stilling til om det fortsatt gjelder et lovlighetskrav ved fusjon og fisjon. Avslutningsvis vil de problemer som eventuelle endringer i aksjelovgivningen medfører med henhold til omfanget av lovlighetskravet, belyses.

### 5.2 Vesentlighetskravet

Ut fra den alminnelige juridiske metode er det klart at verken administrative uttalelser eller rettsteoretiske oppfatninger isolert har noen stor rettskildemessig vekt. Generelt kan man hevde at rettskildefaktorens egenvekt hviler på dens egen overbevisningskraft, mens dens relative vekt vil bero på det helhetlige rettskildebildet.

I rettspraksis er Fjeld-dommen, Rt. 2005 s. 86 mest kjent for å oppstille et vesentlighetskrav til feil som ble begått i forbindelse med fisjoner etter sktl. § 11-1 andre ledd. Dommen gjaldt en protokollasjonsmangel på GF, der selskapet hadde ment riktig, men skrevet feil. Retten kom frem til at fisjonen ikke utløste skatteplikt. Retten tok ikke direkte stilling til om lovlighetskravet var absolutt, men syntes å akseptere et vesentlighetskrav. Det vil si at det her er tale om et relativt lovlighetskrav. Dette har støtte i juridisk teori, der Benn Folkvord uttaler at lovlighetskravet ikke synes å være absolutt.<sup>31</sup> Også Zimmer og Gjems-Onstad tar til orde for et relativt lovlighetskrav.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Zimmer, Skatterett 2008 s. 1-2.

<sup>31</sup> Folkvord i NTS nr. 3/2009, s. 103-104.

<sup>32</sup> Zimmer (SR) s. 1 og Gjems-Onstad, Bedriftskatterett s. 832.

Fjeld-dommen viste til en uttalelse fra Finansdepartementet i 2003 ved sin konklusjon om at det eksisterer et vesentlighetskrav. I uttalelsen fra departementet fremgikk det at ligningsmyndighetene skulle bygge på et vesentlighetskriterium, slik at ikke ethvert brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler skulle medføre at utbyttet ble ulovlig.<sup>33</sup>

Av nyere rettspraksis som viser at det eksisterer et vesentlighetskrav, er Rasmussen-dommen, Rt. 2011 s. 1473. Dommen gjaldt utdeling av et ulovlig utbytte. Om lovlighetskravet uttaler retten at «det er lagt til grunn i praksis at selv om det skulle forekomme mindre avvik fra reglene i aksjeloven ved gjennomføringen av utbytteutdeling, vil utbetalingen likevel kunne gi rett til godtgjørelse dersom avviket fremstår som mindre vesentlig».<sup>34</sup> Dommen vil bli nærmere gjennomgått og behandlet nærmere under kapittel 5.3.

Helhetsbildet viser at det er en alminnelig oppfatning i juridisk teori og praksis at det eksisterer et generelt vesentlighetskrav. Spørsmålet er imidlertid hva som anses som vesentlig, og hvor terskelen for kravet ligger.

### 5.3 Vesentlighetsvurderingen

#### 5.3.1 Vesentlig feil i selskapsretten

##### 5.3.1.1 Kausalitetskravet

I selskapsretten eksisterer det et kausalitetskrav.<sup>35</sup> Kravet innebærer at saksbehandlingsfeil må ha hatt innvirkning på resultatet for at feilen skal kunne lede til ugyldighet. Dette har støtte i rettspraksis, Rt. 2003 s. 1501. Dommen gjaldt spørsmål om tilbakebetaling av utdelt utbytte etter vedtak på ordinær Generalforsamling. Retten uttalte at de var «enig i at et generalforsamlingsvedtak generelt ikke uten videre blir ugyldig dersom det er begått formelle feil. Det må oppstilles et kausalitetskrav».

Dommen gir videre retningslinjer på innholdet i kausalitetskravet. Retten uttaler at kravet kan være forskjellig alt etter hva slags feil man står overfor, og «at når det gjelder tilsidesettelse av regler som er vesentlige for at aksjonærer skal kunne ivareta sine interesser på Generalforsamlinger, må det oppstilles en sterk presumsjon for at feilen har hatt betydning». Videre uttales det at grove feil må være tilstrekkelig for at man ikke skal utelukke innvirkning, jf. formuleringen i § 12-8 [asl. 1997 § 3-7]. Kausalitetskravet viser med dette at en vesentlig feil i selskapsretten er en feil som må ha hatt betydning for selskapet eller dets aksjonærers interesser. Likevel, til tross for at det foreligger brudd på selskapsrettslige regler som har innvirkning for andre aksjonærer, er det ikke gitt at feilen får en skattemessig konsekvens, se nedenfor.

##### 5.3.1.2 Materielle og formelle feil

---

<sup>33</sup> Utvalget 2003 s. 796.

<sup>34</sup> Rt. 2011 s. 1473.

<sup>35</sup> Aarbakke m.fl. Kommentartutgave til aksjeloven og allmennaksjeloven, s. 410.

Når det er tale om brudd på lovregler, kan slike feil deles inn i materielle og formelle feil. Et slikt skille er vanlig i norsk rett, og finnes også blant annet i forvaltningsretten. Materielle feil er i utgangspunktet feil som er så vesentlige at lovlighetskravet vil være brutt. Slike materielle krav vil ofte være mangler eller feil i de innholdsmessige krav som selskapsreglene oppstiller. Samtidig kan det nevnes at materiell kompetansesvikt etter sin definisjon vil alltid ha innvirkning på beslutningen, jf. kausalitetskravet.

På den annen side er de formelle feil. En formell feil vil ofte være av mindre betydning for selskapet og deres aksjonærer, noe som gjør at de ikke vil karakteriseres som vesentlige i forhold til lovlighetskravet.<sup>36</sup> Typisk vil saksbehandlingsfeil være en formell feil. Det finnes imidlertid unntak fra dette utgangspunktet dersom feilen er av betydning og har en «slik karakter at den kunne medført ugyldighet dersom den ble påberopt.»<sup>37</sup> Det siktes her til aksjelovens preseptoriske regler. Brudd på slike regler vil alltid medføre vesentlighet, men det er ikke gitt at slike materielle eller formelle feil vil medføre beskatning, se avsnitt 6.5.2.1.

Overtredelse av materielle regler ble av Høyesterett behandlet i Rasmussen-dommen. Dette er den første avgitte dommen som drøfter realiteten i lovlighetskravet, se også ovenfor. Skattemyndighetene la til grunn at selskapet hadde delt ut 7,6 MNOK mer i utbytte enn det som var lovlig etter aksjeloven § 8-1, uten å følge reglene om kapitalnedsettelse hvor en utsteder kreditorvarsel.

Beløpet på 7,6 MNOK ble det ikke gitt godtgjørelsesfradrag for, her etter de tidligere reglene i sktl § 10-12 annet ledd. Vilåret var at utbyttet måtte være «lovlig utdelt» for at man skulle få retten til gjørelsesfradrag. I stedet for «skattefritt» utbytte ble beløpet dobbeltbeskattet med 28 prosent. Retten fant at utdelingen var en materiell feil, og dermed så vesentlig at den ikke kunne ses bort fra.

I dommen presiserer retten at «brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen av utbytte, slik som begrensninger på hva som kan utdeles, må normalt anses om vesentlige». Retten viser til at brudd på materielle regler ikke alltid vil oppfylle kravet til vesentlig, ordet «normalt» gjør rom for unntak. Det uttales at det må «foretas en konkret skjønnsmessig vurdering» for å kunne avgjøre om feilen er vesentlig.<sup>38</sup>

Etter min mening vil det ut fra faktum i Rasmussen-dommen være usannsynlig og direkte hypotetisk at overtredelser av materielle begrensninger ikke vil medføre vesentlighet. I dommen må feilen kunne regnes som en såkalt «prosedyrefeil», og er likevel av retten blitt beregnet som en vesentlig feil. Beløpet kunne nemlig vært utdelt lovlig dersom formkravene for kapitalnedsettelse hadde blitt fulgt, herunder kreditorvarsel og registrering i Foretaksregisteret. Samtidig kan det påpekes at retten ikke viser til de skatterettslige hensynene bak regelen. Retten tar kun for seg rene selskapsrettslige hensyn til tross for at det er skattereglene som oppstiller lovlighetskravet. Rasmussen-dommen synes derfor og ikke kunne tillegges avgjørende betydning for videre tolkning av rammen for materielle feil.

---

<sup>36</sup> Utvalget 2003 s. 796.

<sup>37</sup> Finansdepartementets brev (Utv. 2003 s. 796)

<sup>38</sup> Rt. 2011 s. 1473 avs. 45.

Det kan nevnes at Rasmussen-dommen får liten betydning dersom forslaget til endringene i aksjelovgivningen blir vedtatt, da forslaget innebærer at man reduserer betydningen av de formelle skrankene etter dagens asl. § 8-1, se avsnitt 5.3.1.4. Det prinsipielle vil imidlertid stå seg.

#### 5.3.1.3 Skjønnsmessig vurdering

Hovedregelen er dermed at det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering for å avgjøre om en feil er vesentlig, og bryter med lovlighetskravet. Alminnelig juridisk metode tilsier at lovregelen må tolkes isolert. I selskapsretten gjøres det samme når man skal vurdere om det er begått brudd på reglene i aksjeloven, og om feilen skal medføre ugyldighet. Inn under denne vurderingen står særlig formålet og hensynet bak den aktuelle regelen sentralt, og utgjør dermed en relevant tolkningsfaktor.

Finansdepartementet 9. april i 2003<sup>39</sup> gjorde i sin uttalelse rede for at man ved en vurdering av vesentlighetskravet måtte «ta utgangspunkt i hensynene bak reglene om skattefri fusjon og fisjon». Uttalelsen må sies å ha overføringsverdi også når det gjelder andre egenkapitaltransaksjoner som berøres av et lovlighetskrav. Dersom tolkningen av regelen medfører at feilen er vesentlig, må den i tillegg ha virket inn på vedtakets innhold for at lovlighetskravet skal anses brutt, jf. kausalitetskravet ovenfor.

#### 5.3.1.4 Lovforslag til endringer i aksjelovgivningen

Lovforslaget har hovedsakelig bakgrunn i advokat Gudmund Knudsens utredning «Forenkling og modernisering av aksjeloven» av 7. januar 2011.<sup>40</sup> En vedtakelse av endringene regnes med å finne sted 1. juli 2013. I skrivende stund vil det derfor gjenstå og se hvordan endringene i utbytteregele vil påvirke lovlighetskravet, men enkelte tanker rundt konsekvensene vil bli presentert her.

Særlig relevant er forslagens endringer i kapitalreglene. Forslaget innebærer at de formelle vilkårene for utdeling av utbytte senkes. Ut over dette medfører en endring at det i fastsettelsen av utbyttegrunnlaget ikke gjøres fradrag for balanseført forskning og utvikling, goodwill og utsatt skattefordel. Kravet om at gjenværende egenkapital etter utdelt utbytte ikke kan være mindre enn 10 % av balansesummen foreslås også opphevet, se asl. § 8-1 første og andre ledd.

Konsekvensene av lovforslaget innebærer at betydningen av de formelle skrankene etter dagens asl. § 8-1 reduseres. I den sammenheng kan det tenktes at de skjønnsmessige kravene etter aksjelovens § 3-4 vil få en mer sentral rolle. En slik reduisering av lovens materielle krav til forsvarlig egenkapital, medfører at styret og ledelsen pålegges et ansvar for å vurdere om utdelingen til aksjeeierne krenker kravet til forsvarlig egenkapital. Styret må foreta en selvstendig vurdering av kravet etter asl. § 3-4 i forbindelse med utdelingen.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Utvalget 2003 s. 796.

<sup>40</sup> Nyhetsbrev fra Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers.

<sup>41</sup> Nyhetsbrev fra Advokatfirmaet KPMG.

Det følger av asl. § 3-4 at «selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Bestemmelsen tilsier at styret har en plikt til å påse at egenkapitalen ikke er uforsvarlig lav. I det nye lovforslaget er det inntatt et tillegg til kravet om forsvarlig egenkapital i asl. § 3-4. Dette kravet gjelder styrets kontroll over selskapets likviditet. Dette innebærer at forsvarlighetskravet med henhold til egenkapital og likviditet vil være elementær ved en eventuell lovendring.

Endringene som følger av lovforslaget gjelder materielle regler. Som vi har sett ovenfor må brudd på materielle lovregler være vesentlige for at lovlighetskravet skal anses brutt. Dersom holdepunktene i asl. § 8-1 faller bort, vil man stå tilbake med den skjønnsmessige ordlyden i asl. § 3-4. Slik vil styret stå friere til å avgjøre forsvarligheten av forsvarlig egenkapital og likviditet. Reglene medfører derfor at færre utbytter kan anses å være ulovlige etter lovlighetskravet, og forenkler derfor styrets arbeidsoppgave. Dette er i tråd med formålet bak endringsforslaget.

Begge vilkårene må imidlertid anses å være vage etter sin ordlyd, og vil ha en mindre grad av «riktighet» enn dagens vilkår. Som en konsekvens av dette, vil man på det rene kunne si at det vil bli vanskeligere å kreve lovlighet ved aksjeutbytte dersom endringene vedtas. Det vil ikke lenger være retningslinjer å hente i asl. § 8-1 i samme grad som før. Det kan dermed tenkes at selskaper vil utøve en tilnærmet praksis som det asl. § 8-1 ga uttrykk for slik den gjaldt før lovendringen, i urolighet for å bryte lovlighetskravet slik at beskatning utløses.

Videre kan det stilles spørsmål til hvor inngående ligningsmyndighetene vil vurdere anvendelsen av asl. § 3-4, og selskapets situasjon på utbyttetidspunktet. Det må kunne hevdes at der det foreligger grove eller klare brudd på forsvarligheten, så går ligningsmyndighetene inn og overprøver transaksjonen. Det samme kan sies å være i de tilfeller selskapet går konkurs kort tid etter utdelingen av utbytte. Ved mildere tilfeller er det nærliggende å anta at ligningsmyndighetene opptrer på en tilbaketrukket måte. Dette må i alle fall gjelde dersom ingen av aksjonærene har innsigelser til utdelingen som sådan, se følgende.

### 5.3.2 Reguleringer i regnskapsretten

Det overordnede formålet med de regnskapsrettslige reglene er at de skal bidra til å gi et rettvise bilde over selskapets økonomiske situasjon. En riktig beskrivelse på et samlet plan er helt avgjørende når det skal tas avgjørelser som er betinget av dette. I regnskapsloven § 3-2 a fremgår det at «årsregnskapet skal gi et rettvise bilde av den regnskapspliktiges og konsernets eiendeler og gjeld, finansielle stilling og resultat», jf. første ledd. Dersom bestemmelsen ikke er overholdt, kan dette føre til at selskapet vil bli stilt ansvarlig for de følger som feil eller mangler i årsregnskapet og kvartalsrapportene medfører.

Av uttalelsen til Finansdepartementet i 2003 kommer det frem at det også, når det gjelder brudd på regnskapsreglene, skal gjelde et vesentlighetskriterium. Departementet går imidlertid ikke nærmere inn på hva omfanget og innholdet av hva vesentlighetskravet innebærer.



I regnskapsstandardene er det sentralt at man både ved utarbeidelse av et årsregnskap samt ved revisjon av dette årsregnskapet, arbeider innenfor en vesentlighetsgrense. Det vil sjelden være mulig, og heller ikke ønskelig, å utarbeide et årsregnskap for et stort selskap som er helt uten feil. Dette skyldes blant annet ressursbruken og kostnadene arbeidet medfører.

International Accounting Standards Committee (IASC) har definert begrepet «vesentlig», og kan gi veiledning ved vurderingen. Definisjonen tilsier (norsk oversettelse) at en informasjon er vesentlig hvis feil i eller utelatelse av informasjonen kan påvirke økonomiske beslutninger som treffes av brukerne på grunnlag av årsregnskapet. Dette følger også av sktl. § 11-1 andre ledd.<sup>42</sup> Videre fremgår det av definisjonen at vesentlighet avhenger av størrelsen av regnskapsposten eller feilen, sett i sammenheng med omstendighetene rundt utelatelsen eller feilen. Vesentlighet vil derfor uttrykke en grenseverdi eller terskel mer enn en kvalitativ egenskap som informasjonen må ha for å være til nytte.<sup>43</sup> I den forbindelse kan det derfor tenkes at vesentlighetskravet er brutt i de tilfeller regnskapet medfører feil som påvirker senere transaksjoner, for eksempel ved en utbytteutdeling der det deles ut mer enn hva som er «lovlig» etter aksjelovens regler.

Dette er en av mange rettskilder som viser at det foreligger et vesentlighetskrav også i regnskapsretten, og omfanget av det som sådan.

### 5.3.3 Reelle hensyn

Ved tolkningen av vilkåret «lovlig» vil reelle hensyn tale for at det skal eksistere forholdsmessighet. Den selskapsrettslige og/eller regnskapsmessige feilen som er blitt begått må stå i rimelig forhold til den konsekvens feilen medfører. Forholdsmessighet tilsier vesentlighetskrav, og spørsmålet om det er forholdsmessighet innenfor vesentlighetskravet står mer sentralt nå enn før. Særlig er dette relevant med tanke på norsk retts inspirasjon av den forholdsmessigheten som foreligger i EU-retten.

Reelle hensyn taler også for at flere, isolert sett, uvesentlige feil skulle kunne kumuleres hvis man etter vurderingen kommer frem til at de samlet bør utløse skatteplikt. Sånn sett burde det også kunne legges vekt på årsaken til feilen, og hvilke interesser feilen krenker. Fremstår feilen som et forsettlig regelbrudd, må det på bakgrunn av generelle lojalitetsbetraktninger og hensynene bak lovlighetskravet trolig kreves mindre før den betraktes som vesentlig.

### 5.3.4 Konklusjon

Spørsmålet om anvendelsen av lovlighetsvilkåret på selskaps- og regnskapsrettslige feil må dermed, i det minste for formelle saksbehandlingsfeil og regnskapsrettslige feil, praktiseres med et vesentlighetskriterium. Brudd på de materielle skrankene for utbytte, konsernbidrag og fusjon/fisjon vil typisk være selskapsrettslig mer graverende enn brudd på de formelle reglene. Også visse regnskapsrettslige og formelle selskapsrettslige feil er av en så grunnleggende karakter at de bør sidestilles med materielle feil. Dette gjelder i alle fall dersom feilen påvirker de økonomiske

---

<sup>42</sup> Jf. Folkvord(2006) s. 290.

<sup>43</sup> Næss, Asbjørn, «Kan vi stole på de reviderte årsregnskapene?»

beslutningene som treffes av brukerne. I alle tilfeller må det foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering for om feilen kan anses vesentlig.<sup>44</sup> Der bør hensynet bak regelen tillegges vekt.

Til tross for hovedregelen om skjønnsmessig vurdering, må man kunne operere med typetilfeller av feil som regnes som vesentlige eller uvesentlige med mindre særlige omstendigheter gjør seg gjeldende. Brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen av utbytte, slik som begrensninger på hva som kan utdeles, må normalt anses som vesentlige – slik det også er fastslått i Lignings-ABC for 2005 på side 34.<sup>45</sup>

Uttalelsene til Finansdepartementet i 2003<sup>46</sup> presiserte også hvordan brudd på lovlighetskravet kunne skje ved fusjon og fisjon. Dersom de sentrale vilkår som stilte krav til fusjons- og fusionsmåter, regnskapsmessig behandling, skattemessig kontinuitet for selskap og aksjonærer og tilleggsvederlag var brutt, ville dette normalt kunne anses som brudd på grunnlaget for godta skattefrie fusjon eller fisjon. Dette vil bli nærmere behandlet under et senere kapittel.

Det finnes også preseptoriske regler i aksjeloven. Brudd på disse reglene vil alltid medføre vesentlighet. Eksempelvis står hensynet til aksjonærinteressene sterkt, slik at alle aksjonærer har krav på å kunne ivareta sine interesser på Generalforsamlingen. Hvorvidt slike feil medfører skattemessige virkninger, behandles senere i oppgaven.

## 5.4 Lovlighetskravets virkninger

### 5.4.1 Ved utbytte

#### 5.4.1.2 Fritaksmodellen

For fritaksmodellen medfører ulovlig utbytte at skattefritaket i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a forsvinner, og hele utbyttet blir i stedet skattepliktig som kapital- eller virksomhetsinntekt etter sktl. § 10-11. En skatteøkning fra 0,84 prosent (3 prosent \* 28 prosent), jf. sktl. § 2-38 sjettede ledd, til 28 prosent vil utgjøre en betydelig kostnad for selskapsaksjonærer. Utbyttet vil nå bli beskattet to ganger, og før det kommer personlige aksjonærer til gode vil det bli kjedebeskattet, slik at maks 37,3 prosent av verdiene står tilbake til deres disposisjon.<sup>47</sup>

#### 5.4.1.3 Aksjonærmodellen

For aksjonær under aksjonærmodellen medfører ulovlig utbytte etter sktl. §10-12 første ledd at det ikke gis fradrag for skjerming det aktuelle inntektsåret, slik at hele utbytte vil beskattes med 28 prosent. Fradraget faller likevel ikke bort. Skjermingsfradraget skal uavhengig av om det skjer noen

---

<sup>44</sup> Jf. Utv 2004 s. 232.

<sup>45</sup> Rt. 2011 s. 1473, avs. 45.

<sup>46</sup> Jf. Utv 2004 s. 232.

<sup>47</sup> Selskap (1) skatter 28 prosent av inntekten som opptjenes, og deles ut som ulovlig utbytte til selskapsaksjonær (2). Dermed forsvinner nye 28 prosent ved utdeling til personlig aksjonær i selskap (2). Den egentlige inntekten blir redusert til 72 prosent av verdien i de forrige ledd i tre omganger:  $0,72^3 = 0,37$ .

utdeling, beregnes for alle aksjer årlig, jf. sktl. § 10-12 andre ledd.<sup>48</sup> Ubenyttet skjerming fra tidligere år kan fremføres, og anvendes på senere års utbytte på samme aksje, jf. sktl. § 10-12 første ledd. Dette synes også å gjelde der skattyter ikke får skjermingsfradrag fordi utbyttet er ulovlig utdelt.<sup>49</sup>

#### 5.4.2 Ved konsernbidrag

Som tidligere fastslått under behandlingen av konsernbidraget ovenfor, medfører brudd på lovlighetskravet at givende selskap ikke får fradrag i inntektsligningen for det som er gitt i konsernbidrag. Dette medfører at beløpet må beskattes som alminnelig inntekt, jf. sktl. § 5-1 og § 5-30. Videre vil konsernbidraget vil bli beskattet på mottakers hånd.

I juridisk teori har det vært tatt til orde for at de samme symmetrihensyn som begrunner unntaket fra beskatning for mottagende selskap i sktl. § 10-3 første ledd andre punktum gjør seg gjeldende også ved ulovlig konsernbidrag. Loven tilsier at konsernbidragsbeløp som overstiger det som giverselskapet kan kreve fradratt etter sktl. § 10-2 første ledd, heller ikke er skattepliktig for mottaker. Litteraturen anfører at hensynet til et mer konsekvent symmetrisk system ved beskatning av mottager og giver av konsernbidraget taler for en utvidende eller analogisk tolkning av sktl. § 10-3 første ledd annet punktum.<sup>50</sup> Imidlertid peker lovteksten og dens lovforarbeider i sammenheng med hensynene bak lovlighetsvilkåret imot en slik tolkning.<sup>51</sup>

#### 5.4.3 Ved fusjon og fisjon

Brudd på lovlighetskravet slik det eksisterte ved fusjon og fisjon, ble både det overdragende selskap og det overdragende selskaps aksjonærer beskattet, jf. sktl. § 11-1 andre ledd. Skattleggingen ble gjennomført i tråd med skattelovens regler for realisasjon, utbytte eller uttak.

At selve fusjonen og fisjonen blir skattepliktig, medfører blant annet at latent gevinst på eiendeler som overføres ved fusjonen/fisjonen, blir skattepliktig. Samtidig oppstår det skattepliktig gevinst på de aksjene som ble ombyttet ved fusjonen/fisjonen. Det hevdes at et slikt absolutt vilkår kan virke svært urimelig, særlig med tanke på at de selskaps- og regnskapsrettslige reglene er uklare. Dette vil ikke bli problematisert nærmere.

---

<sup>48</sup> Jf. Lignings-abc 2012/13 s. 33.

<sup>49</sup> Utv.2006 s. 1752, og Gjems-Onstad(2008) s. 518.

<sup>50</sup> Jf. Gjems-Onstad(2008) s. 565.

<sup>51</sup> Jf. Ot.prp.nr.1(1999-2000) pkt. 3.4.2.

## 6. BETYDNINGEN AV AT LOVLIGHETSKRAVET VED FUSJON OG FISJON ER OPPHEVET

### 6.1 Innledning

Lovforslaget om opphevelse av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon ble fremmet i Prop. 78 L (2010-11), og opphevelsen ble vedtatt til å gjelde fra og med inntektsåret 2011. Bortfallet av lovlighetskravet medfører at enkelte fusjoner og fisjoner som tidligere ikke ville kvalifisere for skattefritak, eller som det heftet usikkerhet ved, i dag kan gjennomføres uten beskatning. Dagens gjennomføring av fusjon eller fisjon skal nå være lettere og mindre kostnadskrevende siden selskapene ikke trenger å forholde seg til et skjønnsbasert lovlighetsvilkår.

#### 6.1.1 Problemstillingen videre

Etter opphevelsen av lovlighetskravet kan enkelte skatterettslige områder anses å være uoversiktlige siden lovgiver ikke har avklart alle problemstillinger som oppstod etter opphevelsen. Det er blant annet ikke avklart om det eksisterer et vesentlighetskrav ved vurderingen av om selskapsreglene i aksjeloven 13 og 14 er overholdt. Videre er det uklart hvordan ligningsmyndighetenes rolle til å overprøve selskapsrettslige feil er, nå som det ikke lenger er en sammenheng mellom skatteretten og selskapsretten.

Etter å ha behandlet innholdet av lovlighetskravet tidligere i oppgaven, kan det nå stilles spørsmål om hvorvidt rettstilstanden faktisk er endret etter at lovlighetskravet ble fjernet ved fusjon og fisjon. Oppgaven tar således sikte på å belyse de aktuelle problemstillingene som gjør seg gjeldene ved fusjon og fisjon i dag, samt hvilke konsekvenser feil ved gjennomføringen kan få.

### 6.2 Lovgivers begrunnelse for opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon

Lovlighetskravet ble foreslått opphevet i høringsnotatet 18. januar 2010 som omhandlet skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet. Her uttalte departementet at skattefrihet ved gjennomføring av fusjon og fisjon var avhengig av at kravene til fusjons- og fisjonstyper, vilkåret om skattemessig kontinuitet og reglene for tilleggsvederlag var oppfylt. Dette står i samsvar med hva departementet uttalte i 2003, se ovenfor. Imidlertid ble det gjort en endring i uttalelsene fra 2010, korrekt regnskapsmessig behandling av fusjon og fisjon var ikke lenger et vilkår som måtte være oppfylt for å oppnå skattemessig gevinst.

Begrunnelsen bak forslaget til å oppheve lovlighetskravet var flere. For det første eksisterte det en såkalt dobbelhemmel i skatteloven. Det vil si at vilkårene til fusjons- og fisjonstyper og maksimalt tilleggsvederlag eksisterte skattemessig til tross for at lovlighetskravet ble opphevet. For det andre ble det ansett som «ikke åpenbart» at skattemyndighetene skulle utføre vurderinger av regnskaps- og selskapsrettslige forhold som hovedsakelig er fastsatt av andre hensyn enn skattemessige.<sup>52</sup> For det tredje ble det sett på som uforholdsmessig at mindre feil ved gjennomføringen skulle kunne utløse skatteplikt på selskaps- og aksjonærnivå.

---

<sup>52</sup> Finansdepartementets høringsnotat av 18. januar 2010, s 48.

### 6.3 Vilkår for skattefri gjennomføring av fusjon og fisjon

Som tidligere fastslått er hovedregelen at en transaksjon som skjer i forbindelse med en fusjon og fisjon er skattepliktig etter de alminnelige reglene om inntektsbeskatning, jf. sktl. § 11-1 første ledd. Fritak fra umiddelbar beskatning kan likevel gjennomføres dersom vilkårene i skatteloven 11 er oppfylt. Vilkårene kan oppstilles i tre hovedgrupper, herunder krav til fusjons- og fisjonstyper, skattemessig kontinuitet på selskaps og aksjonær-nivå og tilleggsvederlag.<sup>53</sup> Disse kravene har egne bestemmelser i skatteloven, herunder sktl. §§ 11-2 flg. Oppgaven vil ikke gjøre nærmere rede for innholdet i vilkårene, men enkelte vilkår vi berøres i det følgende.

#### 6.3.1 Aksjeloven kapittel 13 og 14

Det kommer av ordlyden i sktl. §§ 11-2 første ledd og 11-4 første ledd at skattefri fusjon eller fisjon må «skje etter» kapittel 13 eller 14 i aksjeloven. Ordlyden taler dermed for at ethvert brudd på aksjelovens kapittel 13 eller 14 medfører at fusjonen eller fisjonen vil bli skattepliktig.

Det kan stilles spørsmål ved om ordlydens henvisninger til kapittel 13 og 14 i aksjeloven innebærer at alle de øvrige reglene i kapitlene må overholdes for at skattefritak skal inntreffe.

Det følger av lovforarbeidene til skatteloven, at formålet med henvisningen til kapittel 13 og 14 var å regulere hvilke typer sammenslåinger som skulle kunne aksepteres med skattemessig kontinuitet.<sup>54</sup> Lovforarbeidene taler dermed i retning av at det ikke var lovgivers mening å oppstille et skattekrav om å overholde alle aksjerettslige regler om fusjon.

Også forarbeidene til opphevelsen av lovlighetskravet taler i samme retning.<sup>55</sup> Her blir kravene til fusjons- og fisjonstyper, skattemessig kontinuitet og tilleggsvederlag nevnt som de vesentlige vilkårene som må være oppfylt for å oppnå skattefritak.

Dersom en tolkning i samsvar med ordlyden i sktl. §§ 11-2 og 11-4 skulle vært riktig, ville opphevelsen av lovlighetskravet blitt overflødig, se nedenfor. Samtidig ville det gitt en tilfeldig og uforutsigbar rettsstilling dersom brudd på rene saksbehandlingsregler i aksjelovens kapittel 13 og 14 skulle medført bortfall av skattefritaket. Det må derfor anses klart at ordlyden i de nevnte bestemmelsene må tolkes innskrenkende, slik at det kun er overholdelse av aksjelovens regler om fusjons- og fisjonstyper og tilleggsvederlag som er vilkår for skattefritak.

### 6.4 Forhold som begrenser betydningen av opphevelsen av lovlighetskravet

Det er forhold som kan tas til inntekt for at opphevelsen av lovlighetsvilkåret har medført mindre endringer av rettsstillingen enn hva man umiddelbart kunne tro. Som det ble redegjort for tidligere i oppgaven er og var virkeområdet til lovlighetskravet begrenset til å omfatte ethvert brudd på de

---

<sup>53</sup> Prop. 78 L (2010-2011) s. 19.

<sup>54</sup> Ot. prp. nr. 71 (1995-96) s. 12 flg.

<sup>55</sup> Ot. prp. nr. 78 L (2010-11) s. 18.

selskaps- eller regnskapsrettslige reglene. Mindre vesentlige regelbrudd medførte således ikke at feil ved gjennomføringen ved fusjon og fisjon ga skatteplikt.

#### 6.4.1 «Dobbelthjemmel»

Til tross for at lovlighetskravet i sktl. § 11-1 andre ledd er bortfalt, eksisterer fortsatt ordlyden i sktl. §§ 11-2 første ledd og 11-4 første ledd. Ordlyden i sktl. § 11-2 bestemmer at fusjonering kan gjennomføres uten skattlegging såfremt «fusjonen skjer etter kapittel 13 i aksjeloven». Tilsvarende er ordlyden for fisjon i sktl. § 11-4 første ledd. Lovregelen oppgir både daværende og nåværende vilkår for skattefri fusjon. Dette tilsier at de foregående bestemmelsene i skatteloven ikke hadde selvstendig betydning så lenge lovlighetskravet i skatteloven fantes, lovlighetskravet har favnet videre enn lovbestemmelsene.<sup>56</sup>

Finansdepartementets høringsnotat uttaler at sktl. § 11-2 første ledd skal angi de fusjonsmåtene som kvalifiserer til skattefrihet. Med dette kan det hevdes at det forelå dobbelt hjemmel i skatteloven for at overholdelse av de mest sentrale selskapsrettslige reglene var vilkår for skattefritak.<sup>57</sup> Opphevelsen av lovlighetskravet endret derfor ikke vilkårene for skattefritak som følger av aksjelovgivningen, herunder reglene om fusjons- eller fisjonstype og tilleggsvederlag.

### 6.5 Konkrete følger av opphevelsen av lovlighetskravet ved fusjon og fisjon

#### 6.5.1 Regnskapsrettslige utjevninger

Det kan hevdes at konsekvensen av at lovlighetskravet ved fusjon og fisjon er opphevet, er at regnskapsføringen av fusjoner og fisjoner nå er uten betydning for den skattemessige behandlingen.

Det er nå klart at etter opphevelsen av lovlighetsvilkåret at det er uten skattemessig betydning om en fusjon eller fisjon regnskapsmessig gjennomføres etter transaksjonsprinsippet i rskl. § 4-1 nr. 1 og asl. § 2-7, eller kontinuitetsmetoden. Avgjørende er de faktiske forholdene i den aktuelle transaksjonen for hvilket prinsipp som skal komme til anvendelse. Før ville brudd på en slik vesentlig feil i regnskapsføringen medføre skatteplikt, jf. departementets brev av 9. april 2003, se ovenfor. Det er likevel omdiskutert om alle regnskapsmessige feil ikke vil ha betydning for beskatningen som sådan.

##### 6.5.1.1 Vesentlighetskriteriet i regnskapsføringen

Det kan stilles spørsmål om vesentlige feil ved regnskapsføringen likevel skulle kunne føre til at et skattefritak bortfaller. Vesentlige feil skal her forstås som feil som, dersom de ikke blir rettet opp, vil gi et uriktig inntrykk av virksomhetens økonomiske status eller resultat.<sup>58</sup> Som tidligere fastslått i avsnitt 5.3.2 kunne vesentlige feil i regnskapet i prinsippet medføre beskatning etter det daværende lovlighetskravet.

---

<sup>56</sup> Fusjon og fisjon, (2013) s. 49.

<sup>57</sup> Finansdepartementets høringsnotat av 18. januar 2010, s 47.

<sup>58</sup> Finansdepartementets høringsnotat av 18. januar 2010, s 47.

Det er i denne sammenheng nærliggende å anta at det i praksis skulle atskillig til før det daværende lovlighetsvilkåret skulle få anvendelse på andre feil enn ved uriktig prinsippanvendelse. Med dette menes at feil i regnskapsføringen innenfor rammen av riktig regnskapsprinsipp ville sjelden kunne anses som så vesentlige at fusjonen eller fisjonen ble ulovlig.<sup>59</sup> Videre ville feil ved eksempel føring av eiendeler i balanseregnskapet kunne rettes, slik at regnskapet ikke ble påvirket av feilen i åpningsbalansen.

Lovgiver begrunner opphevelsen av lovlighetskravet med blant annet at kravet til regnskapsrettslig lovlig vederlag i fsfin. § 11-21-6 første ledd, ikke er et meningsfullt begrep. Det vesentlighetskriterium som lå i kravet til lovlighet kunne derfor skape fare eller risiko for at tilfeldige og uforholdsmessige virkninger ville inntreffe i de tilfeller ligningsmyndighetene overprøver transaksjonen. Med bakgrunn i at lovgiver har opphevet lovlighetskravet ved fusjon og fisjon, samt begrunnelsen for dette, kan det hevdes at også vesentlighetskriteriet i regnskapsretten må anses bortfalt.

Konsekvensen av å fjerne kravet til lovlig regnskapsmessig gjennomføring vil være at feilen må kunne rettes uten at rettingen får skattemessige konsekvenser for selve fusjonen eller fisjonen. Gjennomføringen av en slik retting må derfor skje innenfor rammen av den aktuelle fusjonen eller fisjonen. Det fremgår imidlertid av regnskapsloven § 4-3 annet ledd at vesentlige feil skal føres mot egenkapitalen, og mindre feil skal resultatføres som ekstraordinære kostnader/inntekter.<sup>60</sup> Dette må gjelde så langt det anses mulig å rette feilen, og det ikke medfører følger for beskatningen som sådan.

#### 6.5.1.2 Feil bytteforhold

Det er knyttet usikkerhet til om feil i bytteforhold skal kunne medføre at skattefritak bortfaller. Problemstillingen bygger på det faktum at feil i bytteforholdet vil kunne medføre et brudd på det skattemessige kravet til kontinuitet, som er en betingelse for at transaksjoner skal kunne være skattefrie.

Bytteforhold som ikke er i samsvar med sktl. § 11-8 vil i utgangspunktet medføre at en fisjon blir skattepliktig. Bestemmelsens ordlyd tilsier at nominell og innbetalt aksjekapital ved fisjon skal fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom selskapene. Dette er et likedelingsprinsipp som skal avverge verdiforskyvninger mellom aksjonærene i strid med kontinuitetsprinsippet. Lovregelen gjelder ved fisjon, og det finnes ingen bestemmelse i skatteloven (eller aksjeloven) for fusjon.

For å belyse problemstillingen nærmere kan det skilles mellom to tilfeller; partene er uavhengige av hverandre i prosessen, eller partene er nærstående i prosessen. Når to uavhengige parter gjennom en fusjon blir enige om et bytteforhold, skal dette baseres på virkelig verdi, herunder omsetningsverdi. Her kan det vanskelig ses at det begås feil med henhold til bytteforholdet. Mer aktuelt er problemstillingen ved konserninterne omstruktureringer. I disse tilfellene er alle partene

---

<sup>59</sup> Talmo og Dimmen, «Betydningen av at lovlighetskravet er opphevet».

<sup>60</sup> NRS nr. 5 pkt. 3.5.

nærstående, slik at man ikke kan definere hva som er virkelig verdi som grunnlag for bytteforholdet. Partene vil være avhengige av at det foretas takster eller lignende for at virkelig verdi skal kunne fastsettes, og ved en slik gjennomføring vil en rimelig og fornuftig verdi bli lagt til grunn. Det er imidlertid de tilfellene partene ikke har foretatt en fornuftig gjennomføring av fastsettelsen av virkelig verdi at problemet kommer på spissen. Særlig vil dette gjelde der feilen har medført at en eller flere parter har fått et inntektstap på bakgrunn av et interessefellesskap.

Vi ser med dette at der nærstående parter har gjort feil som påvirker bytteforholdet, så vil dette kunne medføre et brudd på det skattemessige kontinuitetskravet. Kravet til full kontinuitet er avgjørende for at transaksjonene skal kunne være skattefrie på selskaps- og aksjonærnivå. Dersom slike feil inntreffer, kan en regnskapsmessig feil i teorien føre til bortfall av skattefritaket som sådan.

Spørsmålet blir videre om det kun er vesentlige feil som kan medføre at skattefritaket bortfaller. Etter min mening kan man argumentere for at det skal eksistere et vesentlighetskrav. Virkelig verdi er ikke en bestemt eller gitt sum, slik at variasjoner må og vil godkjennes. Det er der forskjellene blir så store at de utgjør vesentlige feil i bytteforholdet som medfører brudd på kontinuitetsprinsippet. Det kan stilles spørsmål til hvorvidt en omfattende og kostnadskrevenne verdivurdering skal være nødvendig for å oppnå skattemessig kontinuitet. Dette gjelder særlig der eierstrukturen i det overdragende og overtakende selskapet er identisk, og vederlaget er økning av pålydende på aksjene i det overtakende selskapet.<sup>61</sup> Lovgiver har ikke tatt stilling til spørsmålet, og situasjonen står derfor uklar.

Med henhold til retting, kan regnskapstekniske feil rettes. Problemet melder seg hvor hele transaksjonen baseres på at bytteforholdet blir feil. Dersom det er gitt at feilen kan reverseres, er det naturlig at dette gjøres.

## 6.5.2 Selskapsrettslige utjevninger

Vesentlige brudd på saksbehandlingsreglene ville etter lovlighetskravet medføre at skattefritaket falt bort dersom disse kunne medføre ugyldighet, se ovenfor. Spørsmålet er om skattefritaket faller bort også etter at lovlighetskravet er fjernet i de tilfeller der saksbehandlingen kunne ført til ugyldighet dersom den ble påberopt.

### 6.5.2.1 Foreligger det et gyldighetskrav?

Det fremgår av Finansdepartementets høringsnotat 18. januar 2010 pkt. 11.3 at konsekvensen av å fjerne lovlighetskravet «vil være at transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig». Uttalelsen har liten selvstendig betydning i de tilfeller der den formelle feilen blir avslørt av Foretaksregisteret og dermed nektet registrert. Uttalelsen medfører imidlertid en problemstilling i de tilfeller der Foretaksregisteret har gjennomført en registrering av fusjon eller fisjon som lider av mangler.

---

<sup>61</sup> Advokatfirmaet Harboe & Cos merknader til Finansdepartementets brev av 18. januar.



Finansdepartementet viser i sitatet ovenfor til et selskapsrettslig ugyldighetsbegrep. Departementet forholder seg imidlertid taus til innholdet av begrepet, og lovgiver har ikke tatt stilling til sitatet som sådan. Det må derfor presiseres at begrepet kan ha flere betydninger enn hva som belyses i det følgende, og at spørsmålet er mer av akademisk betydning enn praktisk.

Ved vurderingen av om noe er ugyldig, er det i alle tilfeller naturlig å se på den aktuelle handlingen i sin helhet når man skal vurdere om feil eller mangler skal føre til ugyldighet. I vårt tilfelle er det transaksjonene som må vurderes, og da er det den reelle transaksjonen som er avgjørende og ikke hvordan transaksjonen fremstår formelt. Såkalte pro forma-transaksjoner medfører et problem og er ikke gyldige etter selskapslovgivningen. Det kan derfor tenkes at de da ikke skal gjennomføres skattefritt etter skattelovgivningen, og at det er dette departementet har til hensikt å forhindre ved å sette opp et såkalt gyldighetskrav.

Et eksempel på en pro forma-transaksjon er at man får registrert en trekantfusjon, jf. asl. § 13-2 annet ledd, som en forenklet fusjon av heleid datterselskap i morselskap, jf. asl. § 13-23, eller av heleide søsterselskaper, jf. asl. § 13-24.<sup>62</sup> Et annet tenkt eksempel er hvor man har et selskap som har to aksjonærer, der den ene eier 90 prosent og den andre eier 10 prosent av aksjene. I selskapsdokumentene fører aksjonærene at ti-prosent-aksjonæren ikke er aksjonær overhode, noe begge er enige om at skal føres. Dersom de da foretok en mor-datter-fusjon og fikk denne gjennomført, vil denne transaksjonen være ulovlig. Transaksjonen er ikke en mor-datter-fusjon, selv om den fremstår som en mor-datter-fusjon. Gjennomføringen medfører brudd på reglene i asl. § 13-23, og kan derfor anses ugyldig.

Videre kan det foreligge brudd på aksjelovens preseptoriske regler som medfører ugyldighet dersom de påberopes av aksjonær(er), se tidligere drøftelse. Likevel er det ikke gitt at slike materielle eller formelle feil i selskapslovgivningen vil medføre beskatning. Det kan tenkes et tilfelle der ikke alle aksjonærer er innkalt til Generalforsamling, og at det dermed foreligger brudd på aksjelovens preseptoriske regel i asl. kapittel 5. Dette er en krenkelse av andre aksjonærers rettigheter, og aksjonærene kan påberope seg ugyldighet samt anlegge søksmål. Fører dette frem vil det kunne få konsekvenser for beskatningen, se under. Men, i de tilfeller en aksjonær ikke påberoper seg ugyldigheten, så vil ikke gjennomføringen i strid med selskapsregelen få noen skattemessige konsekvenser. Det vil si at dersom en ugyldighet ikke påberopes, så vil den ikke være avgjørende for beskatningen. Etter min mening kan det derfor ikke oppstilles et gyldighetskrav som sådan.

Verken høringsnotatet eller proposisjonen gir veiledning om feil som kunne vært påberopt av aksjonær(er), skal føre til at transaksjonen blir skattepliktig. Hvis dette skulle være tilfelle, så vil skattemyndighetene få spillerom til å tolke selskapsrettslige lovregler uten at en aksjonær eller tredjepart har påberopt seg feilen. Det kan vanskelig sies å ha vært lovgivers mening.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Gjems-Onstad, (2012), s. 822.

<sup>63</sup> Fusjon og fisjon (2013), s. 50.

### 6.5.2.2 Konsekvenser av feil i gjennomføringen

Ordlyden av sitatet sett i sammenheng med konsekvensene av brudd på aksjelovens bestemmelser, taler for at departementet tok sikte på at ugyldigheten må likestilles med det å ikke ha rettsvirkning. Det vil si at konsekvensen av ugyldighet er at fusjonen eller fisjonen må avregistreres. Dette vil kunne få skatterettslig betydning.

Det er på det rene at det kun er transaksjoner som er i tråd med aksjelovens kapittel 13 og 14 som er skattefrie. Er det foretatt brudd på reglene, kan det hevdes at skattemyndighetene i slike tilfeller vil kunne vurdere realiteten i transaksjonen, og dermed beskatte transaksjonen etter hva den egentlig er. Etter at lovlighetskravet nå er fjernet ved fusjon og fisjon, er det ikke lenger en sammenheng mellom skatteretten og selskapsretten. Skatteretten må gjøre sin egen selvstendige vurdering, og substance over form-prinsippet må legges til grunn. Konsekvensen av ugyldighet må derfor vurderes ut fra sak til sak, og kommer trolig an på feilens karakter og alvorlighet.

På den annen side er det hevdet i juridisk litteratur at feil i saksbehandlingen av fusjon og fisjon ikke medfører at skattefritaket faller bort, og det til tross for at feilen ville ført til ugyldighet dersom den hadde blitt påberopt. Dersom feilen avdekkes eller påberopes etter at fusjonen eller fisjonen er registrert gjennomført i Foretaksregisteret, og dermed også skattemessig trådt i kraft, kan den ikke kreves tilsidesatt som ugyldig, jf. asl. §§ 13-19 og 14-10. Konsekvensen vil være krav om erstatning for et eventuelt økonomisk krav som følge av feilen.<sup>64</sup>

Dersom man legger til grunn at såkalte pro forma-transaksjoner er hva som menes med selskapsrettslig ugyldig, kan det hevdes at pro forma-transaksjoner ikke er avgjørende for beskatningen. Selv om selskapet har benyttet en selskapsrettslig form, er den uten betydning for beskatningen så lenge den er pro forma. At søksmålsfristen etter asl. § 13-19 eventuelt er oversittet, kan ikke avgjøre skatterettslig hvis det dreier seg om slike grunnleggende mangler som gjør at ugyldighetsterskelen er oversittet.<sup>65</sup> Pro forma-transaksjoner er i strid med bestemmelsene i skatteloven og kravene til fusjons- og fisjonstyper, noe ligningsmyndighetene skal overprøve.

I praksis vil det være nærliggende å anta at konflikter som oppstår etter en gjennomført transaksjon, løses ved kompensasjon til parten som påberoper seg ugyldighet.<sup>66</sup> Dette skulle synes i alle fall å gjelde de tilfeller der en aksjonær har begått selskapsrettslige feil som påvirker interessefellesskapet.

I andre tilfeller der vilkårene for skattefrihet ikke er oppfylt ved en fusjon, kan overdragende selskap bli realisasjonsbeskattet-/uttaksbeskattet for verdiene som er blitt overført.<sup>67</sup> Videre vil aksjeeieren i det overdragende selskapet kunne bli realisasjonsbeskattet for de aksjene som anses innløst ved fusjonen. Fritaksmetoden i sktl. § 2-38 vil komme til anvendelse dersom aksjeeieren er et selskap, slik at bare tre prosent av gevinsten på de realiserte aksjene regnes som skattepliktig inntekt. Her kan det merkes at det i enkelte tilfeller kan virke urimelig at aksjonærer som ikke står bak ulovligheten

---

<sup>64</sup> Talmo og Dimmen, «Betydningen av at lovlighetskravet er opphevet».

<sup>65</sup> Gjems-Onstad, (2012), s. 822.

<sup>66</sup> Fusjon og fisjon (2013), s. 50.

<sup>67</sup> Egenkapitaltransaksjoner (2011), s. 126.

blir beskattet, eksempelvis Statoil Hydro-fusjonen. Reelle hensyn ville her talt for en (analogisk) anvendelse av lovlighetskravet for å forhindre urimelige beskatninger.

### 6.5.3 Tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon

Som tidligere fastslått må utbytte være lovlig utdelt etter sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a for å falle inn under fritaksmetoden. Inn under det skattemessige utbyttebegrepet i sktl. § 10-11 andre ledd første punktum, går tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon, jf. asl. §§ 13-2 første ledd og § 14-2 første ledd, så lenge det ikke foretas en endring av aksjonærenes relative eierandel.<sup>68</sup> Lovbestemmelsene om tilleggsvederlag er dermed ikke selvstendige skatterettslige regler.

Som nevnt ovenfor er det et krav til riktig tilleggsvederlag i skatteloven, og dette må ikke overstige 20 prosent av det totale vederlagets verdi, herunder verdien av vederlagsaksjene samt tilleggsvederlaget. Spørsmålet oppstår i de tilfeller der tilleggsvederlaget ikke er i tråd med lovbestemmelsene. Hvor kravet til tilleggsvederlag ikke er overholdt, er ikke gjennomføringen av fusjonen eller fisjonen riktig. En beskatning av hele det ulovlige tilleggsvederlaget som utbytte synes ikke å være riktig da lovlighetsvilkåret er fjernet ved fusjon og fisjon. Dette må også være konsekvensen ved behandlingen av fusjon og fisjon under fritaksmetoden.

Det kan videre stilles spørsmål til om den uriktige gjennomførte fusjonen eller fisjonen gjør at hele transaksjonen blir skattepliktig, her realisasjonsbeskattet. Det følger av henvisningene til aksjeloven at overholdelse av 20 prosent-grensen for tilleggsvederlag er en betingelse for å oppnå skattefritak, jf. avsnitt 6.3. Da dette kravet anses å være ett av de tre hovedkravene til skattefri fusjon, er det sannsynlig at et brudd på vilkåret vil medføre realisasjonsbeskatning.

Spørsmålet viser vanskeligheten ved å oppheve lovlighetskravet i én bestemmelse, uten å ha vurdert de øvrige bestemmelser med et noe vagt og lite resonert lovlighetskrav.<sup>69</sup> Etter min mening er dette et av flere tilfeller der lovgiver har sett at lovendring vil føre til bedre regulering av enkelte situasjoner, mens sammenhengen i lovverket ikke i stor nok grad blir tatt med i vurderingen når lovendringen foretas. Her kan beskatning som sanksjon nevnes. Det er på det rene at aksjonærer som med hensikt prøver å ta ut mer verdier fra selskapet enn hva de har rett til, beskattes. Mindre rimelig er det at sanksjonen kan treffe ugyldigheter som ikke direkte har noe med beskatning å gjøre.

### 6.5.4 Planlegging og gjennomføring av fusjon og fisjon i dag

Opphevelsen av lovlighetskravet medfører klarere tilfeller for gjennomføringen av fusjon og fisjon i den grad tvilstilfellene nå ble mer forutsigbare. Likevel kan det nevnes at det fortsatt bør utvises varsomhet ved en gjennomføring av slike transaksjoner. Risikoen for brudd på det skattemessige kontinuitetsprinsippet eksisterer fortsatt. Eksempelvis vil feil i åpningsbalansen og der eiendeler eller gjeld er uteglemt, kunne føre til feil bytteforhold. Feil regnskapsføring av fisjon i årsregnskapene for

---

<sup>68</sup> Gjems-Onstad, (2012), s. 823.

<sup>69</sup> Gjems-Onstad, (2012), s. 823.

det aktuelle fisjonsåret vil kunne medføre til feil verdioverføring med henhold til det avtalte bytteforholdet.<sup>70</sup>

Det er også på det rene at ikke alle forhold ved fusjon og fisjon er avklart, og at tvilstilfellene fortsatt eksisterer. Dette kan belyses gjennom et eksempel. Et selskap har vedtatt en fusjon, men på grunn av konserninterne forhold så ble den ikke gjennomført. Etter to år fra vedtaket av fusjonen, melder selskapet fusjonen gjennomført i Foretaksregisteret. Problemstillingen er om dette er lovlig på bakgrunn av den lange perioden mellom vedtak og gjennomføring. Det eksisterer ingen frist for hvor lenge en fusjon skal kunne stå seg uten å være gjennomført etter vedtakelse. Kanskje vil det til og med bli tale om passivitetsbetraktninger. I slike tilfeller bør selskapet opptre forsiktig. For å ha sitt på det rene bør selskapet reversert og oppdatert fusjonen med nyere tall.

Lovlighetskravet slik det engang var kan for selskaper henge igjen når de skal foreta transaksjoner som faller inn under rammen av de såkalte tvilstilfellene.

#### 6.5.5 Konklusjon

Helhetlig sett kan det nå heves at opphevelsen av lovlighetskravet ikke har endret kravet til at aksjelovens regler om fusjon og fisjon, skatterettslig kontinuitet samt tilleggsvederlag er vilkår for skattefritak. Dette tilsier at skattefritaket ved fusjon eller fisjon bare blir satt til side dersom kravene til fusjons- eller fisjonstyper og det skattemessige kontinuitetsprinsippet ikke er innfridd, samt der det utstedes tilleggsvederlag høyere enn 20 prosent.<sup>71</sup>

Virkingen av opphevelsen er imidlertid at anvendelse av feil regnskapsprinsipp ikke lenger har betydning for beskatningen. Samtidig er det uklart om feil bytteforhold og ugyldighet etter selskapslovgivningen vil medføre beskatning nå som lovlighetskravet ikke lenger eksisterer. Det er nærliggende å anta at de fleste problemstillinger ved gjennomføring av fusjon og fisjon oppstår når det er tvil som beregning av bytteforhold og hvorvidt det foreligger skattemessig kontinuitet. Bortfallet av lovlighetskravet vil derfor ikke gi noen retningslinjer med henhold til hvor grove feil som må gjøres for at skattefritaket bortfaller. Det kan derfor tenkes at det under slike tvilstilfeller vil være selskaper som opptrer som om lovlighetskravet og vesentlighetskriteriet fortsatt eksisterer, for på denne måten å forsikre seg mot at beskatning skal inntreffe. Lovlighetsvilkåret vil således henge igjen, men virkeområdet blir betydelig snevrere enn tidligere.

Samtidig er det på det rene at betydningen av lovlighetskravet ikke har vært så omfangsrikt som man først skulle tro. Det har i lang tid eksistert hjemler for de vilkår som må være oppfylt ved skattefrie fusjoner og fisjoner, men gjennomføringen i tråd med selskaps- og regnskapsretten har og vil medføre at planleggingen og prosessen ved fusjon og fisjon blir særlig enklere. Dette er til tross for at opphevelsen er et moment som skulle gjøre skattereglene enklere for skattyter å forholde seg til.

Om det eksisterer et gyldighetskrav for at transaksjoner skal kunne anses skattefrie, er omstridt. Det selskapsrettslige begrepet er uklart, og begrepet kan tolkes slik at også andre transaksjoner enn

---

<sup>70</sup> Fusjon og fisjon (2013), s. 50.

<sup>71</sup> Fusjon og fisjon (2013), s. 51.

pro forma-tilfeller faller inn under begrepets ramme. I alle tilfeller vil ikke den rettskildemessige vekten av et høringsnotat fra finansdepartementet være av like stor verdi som tradisjonelle lovforarbeider. Det kan derfor tenkes at man ikke må legge mer i henvisningen fra departementet enn at fusjonen eller fisjonen ikke må nektes registrert eller i ettertid fremstå som selskapsrettslig ugyldig.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Gjems-Onstad (2012), s. 823.

## 7. BØR LOVLIGHETSKRAVET OPPHEVES OGSÅ FOR UTBYTTE OG KONSERNBIDRAG?

### 7.1 Innledning

Kritikken av lovlighetskravet er behandlet ovenfor under pkt. 4.1.4. Til tross for kritikken er ikke lovlighetskravet ved aksjeutbytte og konsernbidrag opphevet. Det er derfor nærliggende å tro at lovgiver har sett forskjellig på opphevelsen av vilkåret i sktl. § 11-1 annet ledd, og de bestemmelsene vilkåret fortsatt eksisterer i.

Årsaken til at lovlighetskravet er fjernet ved fusjon og fisjon er behandlet innledningsvis i kapittel 6. I den forbindelse kan det stilles spørsmål om også lovlighetskravet ved utbytte og konsernbidrag bør oppheves. I det følgende vil det blitt gjort rede for om hensynene bak opphevelsen ved fusjon og fisjon også gir grunnlag for et generelt bortfall av lovlighetsvurderingen, eller om det burde fortsette å være et skille.

### 7.2 Sammenhengen i lovlighetskravet

Formålet med skattelovens kapittel 11 er at bestemmelsene skal være forenklingsregler, og tyder på at terskelen for å fanges opp av lovlighetskravet slik det eksisterte, var høy. Dette kom til uttrykk gjennom vesentlighetskravet. Men ved en slik vurdering foreligger det et kompetanseproblem. Skattemyndighetene kan ikke anses å være rett myndighet til å avgjøre om lovreglene er oppfylt. Særlig er den regnskapsmessige jussen lite behandlet, og kompetansen kan vanskelig sies å stekke til. På grunn av de regnskapsmessige reglene som må være oppfylt ved fusjon og fisjon, kan man hevde at det var særlig viktig at opphevelsen av lovlighetskravet fant sted på dette området.

Som tidligere fastslått eksisterte det ved fusjon og fisjon en såkalt dobbelthjemmel. Sentrale selskapsrettslige krav om fusjon- og fisjonstyper samt maksimalt tilleggsvederlag gjaldt skattemessig selv om lovlighetskravet ble opphevet. En tilsvarende dobbelthjemmel finner vi ikke i reglene om aksjeutbytte og konsernbidrag.

Det må anses klart at utbytte og konsernbidrag som svekker selskapets økonomiske stilling på en uforsvarlig måte ikke bør gis skattefordeler. Likevel kan det knyttes spørsmål til om det er behov for skatterettslig sanksjon mot selskaps- og regnskapsrettslige regelbrudd. Det kan nok hevdes at reglene faktisk har en slik funksjon, men det kan vanskelig sies at dette er lovgivers vilje. Sanksjoner mot lovovertrudelse av selskapslovgivningen er Justisdepartementets felt og domene.

Ved skatt som sanksjonsmiddel, må det også nevnes at man ikke er sikret noen forsvarlig forholdsmessighet mellom den aktuelle lovovertrudelsen og sanksjonen. Som tidligere nevnt er det et vesentlighetskrav i forhold til den aktuelle feilen, men virkningen er ikke relativ. Samtidig kan et slikt system lede til liberal ligningspraksis, noe som igjen fører til liten eller ingen forutberegnelighet.

Det er heller ikke til å komme unna usikkerheten omkring lovlighetskravets innhold. Samtidig er det gitt nye aksjelover etter at lovlighetskravet ble vedtatt, og som kan føre til at det er tilfeldig hva som

faller inn under lovlighetskravet i dag sett i forhold til daværende regler. Den manglende presisjonen gjør det dermed vanskelig for skattyter å avgjøre hva som kreves av han.

Enda vanskeligere vil det bli å kreve lovlighet ved aksjeutbytte dersom forslaget til ny aksjelovgivning blir vedtatt i år. Holdepunktene i asl. § 8-1 slik bestemmelsen nå gjelder, vil falle bort og vil gjøre lovlighetskravet i større grad avhengig av en skjønnsbasert vurdering. Usikkerheten som lovlighetskravet medfører etter en eventuell endring, må anses som kritikkverdig. Skattyter må kunne forvente en større grad av forutberegnelighet enn det lovgiver tilbyr, en eventuell avklaring i rettspraksis kan ta urimelig lang tid.

### 7.3 Er det behov for lovendring?

Det er bred enighet om at opphevelsen av lovlighetskravet i sktl. § 11-1 annet ledd var et steg i riktig retning. Selv om lovlighetskravet ikke lenger eksisterer ved fusjon og fisjon og medfører en særlig uforutsigbarhet på dette området, er lovlighetskravet slik det eksisterer i dag etter min mening et vilkår som fortsatt skaper usikkerhet for skattyter og ligningsmyndigheter.

Den uklarheten som de nye endringene i aksjeloven eventuelt vil medføre, kan tas til inntekt for at lovlighetskravet ikke vil oppheves. Når holdepunktene i de nåværende reglene fjernes, er det behov for et lovlighetsvilkår som setter vilkår til de transaksjonene som inneholder et stort rom for skjønn. Det kan derfor anses å være et behov for lovlighetskravet ved aksjeutbytte dersom endringene gjennomføres, men mangelen på en avklaring av innholdet i vilkåret kan etter min mening ikke forsvares.

Dersom lovlighetskravet ved aksjeutbytte og konsernbidrag imidlertid skulle fjernes, må det kreves at lovgiver utvider de skatterettslige bestemmelsene slik at man konkret inntar hvilke selskapsrettslige regler som må være oppfylt for at gjennomføringen skal kunne være skattefri. Slik vil en opphevelse av lovlighetskravet trolig gjøre prosessen med henhold til planlegging og gjennomføring av transaksjonene enklere. Dette oppnås ved at lovgiver avklarer og konkretiserer vilkårene for skattefrie egenkapitaltransaksjoner både i lovtekst og forarbeider.

## 8. KILDE OG LITTERATURLISTE

### 8.1 Lover og forskrifter

- 1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august nr. 8 (opphevet)
- 1969 Lov om særregler for skattlegging av aksjeselskaper mv. (aksjeskatteloven) av 19. juni nr. 59 (opphevet)
- 1976 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet)
- 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven) av 20. juli nr. 65 (opphevet)
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni nr. 44
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni nr. 45
- 1998 Lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) av 17. juni nr. 56
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars nr. 14
- 1999 Forskrift nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars nr. 14 (FSFIN Forskrift til skatteloven)

### 8.2 Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

- NOU 2003: 9 Skatteutvalget
- NOU-1995-30 Ny regnskapslov
- NOU-1996-3 Ny aksjelovgivning

Ot.prp. nr. 16 (1979-80) Om lov om endringer i lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer og lov om endringer i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper

Ot.prp. nr. 35 (1990-91) Skattereformen 1992

Ot.prp. nr. 71 (1995-96) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper

Ot.prp. nr. 42 (1997-98) Om lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven)

Ot.prp. nr. 1 (1999-2000) Skatte- og avgiftsopplegget 2000 – Lovendringer

Ot.prp. nr. 1 (2004-05) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – Lovendringer

Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)

Utv. 2003 s. 796 Finansdepartementet

Utv. 2004 s. 232 Skattedirektoratet

Utv. 2006 s. 1752 Finansdepartementet

Utv. 2007 s. 1735 LRD

Utv. 2009 s. 67

Lignings-ABC 2012/13 (34. utg)

Lignings-ABS 2004/05 (26. utg)



### 8.3 Rettspraksis

Rt. 2011 s. 1473 (Rasmussen)  
Rt. 2008 s. 438 (Habberstad)  
Rt. 2005 s. 86 (Utv.2005 s. 257) (Fjeld)  
Rt. 2003 s. 1501

Utv.2009 s. 67 (It-Venture)  
Utv.2007 s. 1093 (Habberstad, lagmannsretten)

### 8.4 Regnskapsstandarder

NRS 5 Ekstraordinære inntekter og kostnader  
NRS 9 Fusjon  
NRS(F) Fisjon  
Publisert: [www.regnskapsstiftelsen.no](http://www.regnskapsstiftelsen.no)

### 8.5 Litteratur

Aamelfot, Bjørken, Bjørnslett, Jacobsen, Johansen Wilter, *Fusjon og fisjon*, 1.utg, Oslo 2013.  
Aarbakke, Skåre, Knudsen, Ofstad og Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentartutgave*, 2.utg. Oslo, 2004  
Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2.utg. Oslo, 2006  
Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon*, Oslo, 2006  
Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsbeskatning*, 8.utg, Oslo 2012.  
Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftskatterett*, 6. utgave, Oslo 2003  
Revisorforeningens bok, *Egenkapitaltransaksjoner*, 4.utg, Oslo 2011  
Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 3.utg, Oslo 2010  
Zimmer, Fredrik, *Lærebok i skatterett*, 6.utg. Oslo, 2009  
Zimmer, Fredrik (red.) i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR, *Bedrift, selskap og skatt*, 5.utg. Oslo, 2010  
Zimmer, Fredrik (red.) i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR, *Bedrift, selskap og skatt*, 4.utg. Oslo, 2006

### 8.6 Nettdokumenter

Advokatfirmaet Harboe & Cos merknader til Finansdepartementet 18. januar 2010 Høringsnotat om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet, [www.harboe.no](http://www.harboe.no)  
Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers nyhetsbrev om Forslag til endringer i aksjelovgivningen, [www.pwc.no](http://www.pwc.no)  
Advokatfirmaet KPMGs nyhetsbrev om Forslag til endringer i aksjelovgivningen, [www.kpmg.no](http://www.kpmg.no)  
Finansdepartementet 18. januar 2010 Høringsnotat - om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet

Bjørken, Stig Ingve og Aamelflot, Torill Hasle, *Hva er skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon*, 2013, [www.deloitte.no](http://www.deloitte.no)

Matre, Hugo P., *Skattefrie omdannelser*, Skatterett nr. 2, 2008

Næss, Asbjørn, *Kan vi stole på de reviderte årsregnskapene?*, Magma – siviløkonomenes tidsskrift for økonomi og ledelse nr.5 2002, [www.magma.no](http://www.magma.no)

Stoveland, Per Helge, *Lovlighetskravet ved fusjon og fisjon*, Magma – siviløkonomenes tidsskrift for økonomi og ledelse nr. 8 2009, [www.magma.no](http://www.magma.no)

Stoveland, Per Helge, *Skattefrie omorganisering*, Magma – siviløkonomenes tidsskrift for økonomi og ledelse nr.2 2010, [www.magma.no](http://www.magma.no)

#### 8.7 Artikler

Folkvord, Benn, *Lovlighetskravet*, NTS, 11. årgang, nr. 3/2009

Talmo, Frode og Dimmen, Ole Andreas, *Betydningen av at lovlighetskravet er opphevet*, Revisjon og regnskap nr. 3-2012

Zimmer, Fredrik, *Har vi bruk for lovlighetsvilkåret?*, Skatterett, 2008 s. 1