

FISJON – UTVALGTE PROBLEMSTILLINGER

*– Særskilt om datering av åpningsbalanser og
redegjørelser, og kravet til dekning for bundet
egenkapital.*

Kandidatnummer: 504
Veileder: Tore Bråthen
Leveringsfrist: 27.11.2006

Til sammen 17 049* ord

28.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>FISJON</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Reglene om fisjon	1
1.2.1	Fisjonsdirektivet	1
1.2.2	Lovverket	3
1.3	Hensyn bak fisjon	5
1.3.1	Fisjonsbegrepet	5
1.3.2	Effektivitetshensyn	6
1.3.3	Skattefrihet	6
1.3.4	Andre motiver	7
1.4	Ulike fisjonsmåter	8
1.4.1	Fisjon ved nystiftelse	8
1.4.2	Fusjonsfisjon	9
<u>2</u>	<u>FISJON VED NYSTIFTELSE – FORHOLDET TIL ALLMENNAKSJELOVENS</u>	
	<u>KAPITTEL 2 OM STIFTELSE</u>	<u>10</u>
2.1	Utgangspunkt	10
2.2	Åpningsbalanse for det overtakende selskap	10
2.2.1	Åpningsbalansens innhold	10
2.2.2	Verdsettelsesnorm for åpningsbalansen	11
2.2.3	Verdsettelsestidspunkt	12
2.2.3.1	”Åpningsbalansedagen”	12
2.2.3.2	Datering av åpningsbalansedagen	14
2.2.3.3	Verdimålingstidspunktet	16
2.3	Sakkyndig redegjørelse	18
2.3.1	Redegjørelse ved ordinær nystiftelse	18
		I

2.3.2	Redegjørelsen etter asal § 13-10	21
2.4	Revisors risiko	23
3	<u>FISJON VED OVERDRAGELSE TIL EKSISTERENDE SELSKAP – FORHOLDET TIL ALLMENNAKSJELOVEN KAPITTEL 10 OM KAPITALFORHØYELSE</u>	25
3.1	Redegjørelsen etter asal § 10-2	25
3.2	Krav til mellombalanse	26
4	<u>KRAV OM DEKNING FOR BUNDET EGENKAPITAL ETTER GJENNOMFØRING AV FISJONEN, JF. ASAL §12-2, ANNET LEDD</u>	28
4.1	Problemstillingen	28
4.1.1	Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter	28
4.1.2	Allmennaksjeloven § 12-2(2)	28
4.1.3	Balanseført verdi eller virkelig verdi?	30
4.1.3.1	Utgangspunkt og problemstilling	30
4.1.3.2	Måling til bokført verdi	31
4.1.3.3	Måling til virkelig verdi	31
4.1.4	Måling av gjenværende eller overførte verdier?	32
4.2	Tolkningen av asal § 12-2(2)	32
4.2.1	De ulike tolkningsalternativene	32
4.2.2	Bokført verdi av gjenværende eiendeler	34
4.2.3	Virkelig verdi av gjenværende eiendeler	34
4.2.4	Bokført verdi av overførte eiendeler	35
4.2.5	Virkelig verdi av overførte eiendeler	35
4.3	Ordinær kapitalnedsettelse	36
4.3.1	Bestemmelsens rekkevidde	36
4.3.2	Bestemmelsens ordlyd	38
4.3.3	Lovforarbeider	39
4.3.4	Utdelingsbegrepet	42
4.3.5	Merutdeling ved kapitalnedsettelse sammenlignet med utbytte	43

4.3.6	Juridisk teori	44
4.3.7	Reelle hensyn	45
4.4	Kapitalnedsettelse ved fisjon	48
4.5	Underdekning for aksjekapitalen i åpningsbalansen	52
4.5.1	Revisors bekreftelse	52
4.5.2	Ubetinget vilkår eller mulighet for retting?	53
4.5.3	Verdifall etter dagen for åpningsbalansen	54
4.5.4	Tilføring av aksjekapital etter åpningsbalansedagen	55
5	<u>REGISTRE</u>	58
5.1	Litteraturliste	58
5.2	Lovregister	60
5.3	Domsregister	63

1 Fisjon

1.1 Problemstilling

Disposisjoner som er omfattet av fusjons- og fisjonsbegrepet har flere fellestrekk. For det første er partene norske aksje- eller allmennaksjeselskaper, jf. lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) (asl) og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) (asal) §§ 13-1 og 14-1. For det annet består vederlaget til aksjeeierne i det overdragende i aksjer i det overtakende selskap, jf. asal §§ 13-2 og 14-2, eventuelt med et kontanttillegg på inntil 20% av det samlede vederlaget. Videre knytter det seg mange likeartede problemstillinger til fusjoner og fisjoner, men det er også klare forskjeller. Mens en fusjon er en overføring av det samlede kompleks et selskap består av til et annet selskap, er en fisjon en deling av dette komplekset. Til tross for denne ulikheten er svært mange av problemstillingene i forbindelse med fusjon og fisjon parallelle, noe som gjenspeiler seg i lovreguleringen. Reglene er stort sett sammenfallende, ettersom reglene i fisjonskapitlet stort sett viser til fusjonskapitlet. På de fleste områder fungerer denne lovteknikken bra, mens den i noen tilfeller skaper problemer. I denne fremstilling skal jeg behandle ulike problemer som oppstår i forbindelse med fisjon fordi reglene ikke er spesialtilpasset fisjon, men i stedet henviser til henholdsvis fusjonskapitlet (kapittel 13), stiftelseskapitlet (kapittel 2) og kapitlet om kapitalforhøyelse (kapittel 10). Ettersom problemene i praksis er mest aktuelle for allmennaksjeselskaper, vil jeg først og fremst å behandle slike selskaper, men tilsvarende gjelder stort sett også for aksjeselskaper.

1.2 Reglene om fisjon

1.2.1 Fisjonsdirektivet

EØS-avtalen innebærer at EUs regler om det indre marked med fri bevegelighet for personer, varer, tjenester og kapital, det såkalte indre markedet, gjelder for hele EØS-

området. Reglene er gjennomført delvis ved at avtalens hoveddel inneholder bestemmelser som i høy grad er ordrette gjengivelser av EF-traktaten, og til dels at EUs regelverk, gjennom forordninger og direktiver er gitt anvendelse i hele EØS-området gjennom henvisninger i vedleggene til EØS-avtalen. Det sjette selskapsdirektivet omhandler fisjon. EØS-avtalens virkeområde er ikke begrenset til de uttrykkelige lovbestemmelsene som avtalen inneholder. Det er bestemt i EØS-loven § 2, som sier at EØS-avtalen ved motstrid skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.

I utgangspunktet gjelder de ulike selskapsdirektivene kun for selskaper som tilsvarende allmennaksjeselskaper, med unntak av selskapsdirektiv en, fire, syv, elleve og tolv, som også gjelder for selskaper tilsvarende aksjeselskaper.

Fisjonsdirektivet av 1982 har hjemmel i hovedavtalens art. 54 nr. 3 bokstav g. En av årsakene til at direktivet ble gitt var at kreditorer og aksjeeiere skulle få de samme rettighetene som de hadde ved fusjon etter fusjonsdirektivet, ettersom fisjon og fusjon er såpass likt.¹ Videre ønsket man å unngå at fisjon ble brukt for å omgå fusjonsdirektivet, jf. paragraf 4 i preamblet til direktivet. Fisjon med flere overtakende selskaper kan anses for fusjon med flere i motsetning til ett selskap, og man ønsker derfor å forhindre at denne fremgangsmåten ble brukt for å komme unna fusjonsreglene.

Direktivet er ikke obligatorisk, noe som fremgår av art. 2, og kommer således kun til anvendelse i de land som tillater fisjon. Norge hadde ikke regler om fisjon da direktivet ble gitt, og hadde derfor ikke plikt til å følge det, men da slike regler skulle innføres valgte lovgiver likevel å gjøre det i samsvar med direktivet. Selv om direktivet i utgangspunktet kun gjelder selskaper tilsvarende allmennaksjeselskaper, har norsk lovgiver valgt å gi tilnærmet tilsvarende regler også for aksjeselskaper.² Fisjonsdirektivet har samme oppbygging som fusjonsdirektivet Dette innebærer at det kun gir regler på områder hvor

¹ Jf. Johan Giertsen, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999, s. 39.

² Jf. Ot. prp. nr. 23 (1996-97) s. 22, pkt. 3.5.

særlige hensyn ved denne type disposisjoner gjør seg gjeldende. Fisjonskapitlet i aksjeloven og allmennaksjeloven er utformet på tilsvarende måte.³

Fisjonsdirektivet bruker fisjonsbegrepet ensbetydende med det vi i norsk rett kaller likvidasjonsfisjon, det vil si fisjon hvor det overdragende selskap oppløses i og med fisjonen. I art. 25 bestemmes det at hvis et medlemsland lovgivning tillater fisjon, jf. art. 1, uten at det overdragende selskap opphører, gjelder likevel kapittel I, II og III tilsvarende. Art. 17 nr. 1 bokstav c gjelder likevel ikke, i det bestemmelsen nettopp innebærer at overdragende selskap, som konsekvens av gjennomføringen av en fisjon, opphører. Direktivet kommer derfor til anvendelse på begge fisjonstypene vi har i norsk rett.

1.2.2 Lovverket

Aksjeloven og allmennaksjeloven er begge fra 1997, og tok over etter lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper. 1976-loven avløste i sin tid aksjeloven 6. juli 1957 nr. 4, som overtok etter den første lov om aksjeselskaper 19. juli 1910 nr. 1 og lov om skipsaksjeselskaper 26. juli 1916 nr. 9.

Norsk aksjeselskapsrett fikk regler om fisjon først i 1997 da aksjeloven og allmennaksjeloven trådte i kraft. Loven av 1976 hadde sitt grunnlag i en innstilling fra 1970, avgitt av lagmann Hans Fredrik Marthinussen.⁴ Innstillingen var utarbeidet gjennom et nordisk samarbeid for å oppnå rettslikhet på dette aksjerettens område.⁵ Loven hadde ikke regler om fisjon, men noen fisjonsformer ble utviklet gjennom praksis ved at alminnelige regler om kapitalnedsettelse, utbytte, oppløsning, nystiftelse m.m. kom til anvendelse.⁶ Ulempen med dette var at hensynet til kreditorer og aksjeeiere ikke ble tilstrekkelig i varetatt.

³ Jf. Giertsen, s. 40.

⁴ Jf. Innstilling om lov om aksjeselskaper, avgitt i mars 1970.

⁵ Jf. Jan Skåre, Det nordiske aksjelovsamarbeidet, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1988, s. 606 flg.

⁶ Jf. Giertsen, Fusjon og fisjon, s. 39.

Arbeidet mot de gjeldende lovene om henholdsvis aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, startet med at Justisdepartementet satte ned en arbeidsgruppe ledet av professor dr. juris Magnus Aarbakke i 1989. Arbeidsgruppen skulle gjennomgå aksjeloven og dens virke gjennom de ti årene den hadde vært i kraft. Videre skulle gruppen vurdere om det var behov for å tilpasse loven til EUs regelverk, ettersom EØS-avtalen snart skulle signeres. Det skulle også vurderes hvorvidt loven måtte tilpasses annen lovgivning. Gruppens utredning er å finne i NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper, som inneholder utkast til en helt ny aksjelov, som i større grad enn den gamle loven var i tråd med EØS-avtalens regler. Blant de viktigste endringene var forslaget om å innføre to ulike typer aksjeselskaper, regulert i samme lov. I utredningen omtales disse som ”offentlige aksjeselskaper” (allmennaksjeselskaper) og ”private aksjeselskaper” (aksjeselskaper). I komitébehandlingen i Stortinget gikk imidlertid flertallet inn for at aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper burde reguleres i ulike lover. Proposisjonen ble sendt tilbake til regjeringen, med anmodning om å fremsette en egen proposisjon vedrørende EØS-tilpassninger, og deretter en proposisjon med forslag til to separate lover, hvilket ble gjort.

Endringsloven av 22. desember 1995 tilpasset 1976-loven til EØS-avtalen. Videre ble det satt ned et nytt utvalg i 1995 under ledelse av professor dr. juris Erling Selvig, som skulle utarbeide forslag til de to nye lovene. Dette forslaget kom med NOU 1996:3, og ble fulgt opp i Ot. prp. nr. 23 (1996-97) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven). Lovforslaget ble videreført uten vesentlige endringer av Justiskomiteen i Innst. O. nr. 80 (1996-97). Dette lovforslaget bygger i stor grad på det som aksjelovgruppen fremla, og NOU 1992:29 og Ot. prp. nr. 36 (1993-93) regnes også som forarbeider til de gjeldende lover.⁷

Reglene om fisjon står i kapittel 14 i begge lover.

⁷ Jf. Magnus Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentirutgave, Oslo 2004, 2. utgave, s. 20.

1.3 Hensyn bak fisjon

1.3.1 Fisjonsbegrepet

Ved fisjon deles det samlede komplekset av eiendeler, rettigheter og forpliktelser som et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap har, på to eller flere aksje- eller allmennaksjeselskaper. Dette kan skje på to ulike måter, jf. asal § 14-2(1) og (2). Etter første ledd kan fisjon skje ved at et selskap deles mellom selskapet selv og ett eller flere overtakende selskaper. I slike tilfeller består altså det overdragende selskap etter fisjonen. Denne type fisjon regnes ikke som "ekte" fisjon etter EU-direktivet, jf. pkt. 1.2.1, men etter direktivets art. 25 er denne type disposisjoner likestilt med likvidasjonsfisjoner og omfattes derfor likevel av direktivet.

Etter andre ledd kan det fisjoneres ved at selskapet deles mellom to eller flere overtakende selskaper. Dette kalles likvidasjonsfisjon ettersom det overdragende selskapet likvideres når fisjonen er gjennomført. Slik fisjon samsvarer med definisjonen i fisjonsdirektivets art. 2 nr. 1, med unntak av at det i norsk rett tillates kontant vederlag inntil 20% av det samlede vederlag, mens direktivet setter grensen ved 10% av vederlagsaksjenes pålydende verdi, eventuelt pariverdi dersom pålydende verdi ikke eksisterer. Direktivet kommer likevel til anvendelse, jf. art. 24, som sier at direktivets kapittel I-III kommer til anvendelse selv om en medlemsstats lovgivning tillater kontantutbetaling over 10%.

Videre kan fisjon gjennomføres enten ved nystiftelse eller ved overdragelse til eksisterende selskap, jf. asal § 14-3(2), jf. også fisjonsdirektivet henholdsvis kapittel II og I. Se nærmere om ulike fisjonsmåter under pkt. 1.4. Fisjon skjer som regel på grunnlag av avtale. Ved fisjon ved nystiftelse kan imidlertid det overdragende selskap stifte det overtakende selskap. Her vil det ikke foreligge noen avtale, ettersom det ikke vil være flere enn det ene selskapet som er involvert.

1.3.2 Effektivitetshensyn

Foretaksintegrasjon som fisjon (ved overdragelse til eksisterende selskap) kan være både vertikal og horisontal. Dersom fisjon skjer horisontalt, skjer integrasjonen mellom konkurrerende foretak i samme bransje, mens vertikal integrasjon er integrasjon mellom foretak på ulike nivåer i en salgs- eller distribusjonskjede. I begge tilfeller kan begrunnelsen være at man ønsker å effektivisere driften og oppnå synergieffekter, slik at resultatet etter integrasjonen er større enn hva foretakene kan oppnå hver for seg. Dette kalles ”2+2=5-effekten”.⁸ Denne effekten kan spille inn på mange områder, for eksempel markedsføring, kjøp, salg, drift osv. Jo bedre foretakene utfyller hverandre desto større er synergieffekten. Diversifikasjon kan også være målsetningen ved integrasjon, dvs. at man går inn på nye virksomhetsområder. Hvis et selskap driver med to ulike virksomheter av nokså forskjellig karakter, kan man dra nytte av synergieffekter dersom den ene virksomheten utfisjoneres, ettersom det kan være mer effektivt å drive de to virksomhetene hver for seg. Denne delen kan enten utfisjoneres til et eksisterende selskap som driver med tilsvarende virksomhet eller det stiftes et nytt selskap i og med fisjonen.

Samme effekt kan oppnås ved å selge aksjer eller ”innmaten” som gjelder den ene virksomheten i selskapet. Fisjon kan ha et skattemessig motiv i det både fusjon (sammenslåing av selskaper) og fisjon er skattefritt, jf. skatteloven (sktl) § 11-1 flg, se punkt. 1.3.3. I tillegg fordrer ikke en fisjon noe, eller iallfall ikke like stort, kontantuttak for erververen. Dette skyldes at vederlag ved fisjon i hovedsak består i aksjer i det overtakende selskapet.

1.3.3 Skattefrihet

I motsetning til salg av innmaten i et selskap, er fisjon skattefritt.⁹ Dette fremgår av sktl § 11-4. Det er derfor gunstigere for et selskap å fisjonere enn å selge ut en del av

⁸ Jf. Giertsen, s. 85.

⁹ Jf. Frederik Zimmer, Lærenok i skatterett, 5. utgave, Oslo 2005, s. 380 og Ole Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett, 6. utgave, Oslo 2003, s. 1191.

virksomheten til et annet selskap. Vilkåret for skattefrihet er imidlertid at det er skattemessig kontinuitet, det vil si at verken latente gevinster eller tap realiseres i og med fisjonen. Skattefriheten er som den store hovedregel knyttet til aksje- og allmennaksjelovens fisjonsbegrep, jf. sktl § 11-4. Bestemmelsen krever at fisjonen skjer i samsvar med asl eller asal kapittel 14. For at det skal være skattefrihet må også skatteposisjonene overføres til det selskap som skal fortsette virksomheten som disse stammer fra.

Andre skattemessige motiver kan også være bakgrunnen. Skipsaksjeselskaper og skipsallmennaksjeselskaper kan kreve ligning etter den særskilte beskatningsreformen som fremgår av sktl §§ 8-11 til 8-20. Forutsetning for å kreve slik ligning er imidlertid at selskapet oppfyller kravene til et skipsaksje- eller skipsallmennaksjeselskap, jf. asl og asal kapittel 20. Skatteloven § 8-11 inneholder strenge krav til hva et slikt selskap har lov til å eie. For eksempel kan slike selskaper eie skip i fart, men de kan ikke eie fast eiendom. Da denne reformen ble innført i 1996, førte den til en rekke fisjoner der rederidriften ble beholdt i et selskap, men all annen virksomhet ble skilt ut til et eget selskap.

1.3.4 Andre motiver

Det er flere motiver som kan ligge bak en fisjon enn de ovennevnte. For eksempel kan nevnes hensynet til videre utvikling i virksomheten.¹⁰ I fisjonen Hafslund Nycomed ASA ble det lagt til grunn at selskapet både juridisk og forretningsmessig ville være mer fleksibelt dersom kraftproduksjonen og omsetningen av denne ble skilt fra farmasivirksomheten.

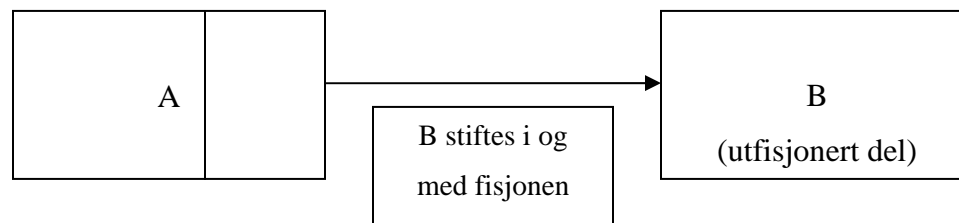
Videre kan generasjonsskifte, at en del av virksomheten er svært risikofylt eller samarbeidsproblemer i eierstrukturen gjøre fisjon hensiktsmessig.

¹⁰ Jf. Giertsen, s. 87.

1.4 Ulike fisjonsmåter

1.4.1 Fisjon ved nystiftelse

Fisjon kan som nevnt under pkt. 1.3.1, gjøres på ulike måter.¹¹ Den ene måten kalles fisjon ved nystiftelse, jf. asal § 14-3(2), første alternativ. Denne fisjonsmåten er regulert i fisjonsdirektivets kapittel II, jf. art. 3, 4, 5, 7, 8 nr. 1 og 2, og 9-19 i kapittel I. Dersom man velger denne fremgangsmåten, stiftes ett eller flere nye selskap i og med fisjonen, se figur 1.1.



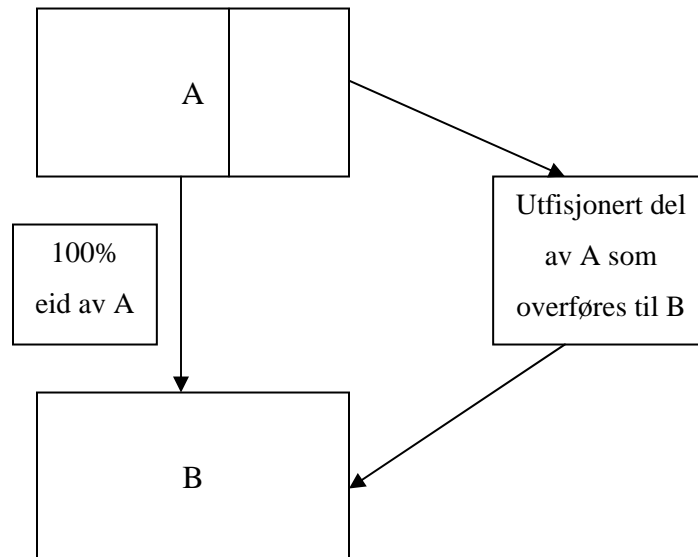
Figur 1.1

For fisjon ved nystiftelse gjelder reglene om stiftelse i asal kapittel 2 så langt det ikke er gjort unntak fra reglene i kapittel 14 om fisjon, eller kapittel 13 om fusjon som reglene i fisjonskapittelet henviser til disse. Blant annet kommer asal §§ 2-6 til 2-9 til anvendelse. Disse bestemmelsene inneholder regler om de sakkyndiges redegjørelse, åpningsbalansen og revisors påtegning av denne. Fordi bestemmelsene oppstiller forholdsvis korte frister, skaper dette problemer ved fisjon, ettersom det i tillegg gjelder flere frister spesielt for fisjon, for eksempel asal § 14-4(3) jf. § 13-12(1) om at fisjonsplanen og øvrige saksdokumenter skal sendes aksjeeierne senest en måned før generalforsamlingen. Dette kommer jeg tilbake til under pkt. 2.

¹¹ Jf. Giertsen, s. 40-41 og Gjems-Onstad, s. 1213 flg.

1.4.2 Fusjonsfisjon

Den andre fisjonsmåten er å overføre den utfisjonerte delen av selskapet til et allerede eksisterende selskap, jf. asal § 14-3(2), annet alternativ, se figur 1.2. Denne fisjonsmåten er regulert i fusjonsdirektivets kapittel I.



Figur 1.2

Den utfisjonerte del kan enten overføres til et selskap som allerede driver virksomhet, fortrinnsvis av samme art som den utfisjonerte del, eller til et tomt selskap som er stiftet med tanke på fisjonen, som for eksempel er 100% eid av det overdragende selskapet. Dersom man oppretter et selskap med tanke på fisjonen, unngår man de ovennevnte problemer i forbindelse med stiftelse av selskapet. Her følges bare vanlige regler for stiftelse uten at reglene om fisjon kommer inn i bildet.

Imidlertid oppstår andre problemer fordi man må gjøre kapitalforhøyelse i det nystiftede selskapet når man innlemmer den utfisjonerte delen, for deretter å gjøre kapitalnedsettelse etter at delen er innlemmet for at kunde som er aksjeeier i det overdragende selskap skal bli aksjeeiere også i det overtakende selskapet (som før fisjonen var 100% eid av det overdragende selskapet).

2 Fisjon ved nystiftelse – forholdet til allmennaksjelovens kapittel 2 om stiftelse

2.1 Utgangspunkt

Etter asal § 14-3(2), første alternativ skal fisjon ved nystiftelse som hovedregel gjennomføres etter reglene om stiftelse i kapittel 2 i samme lov, dersom ikke annet følger av særregler i asal §§ 14-4 til 14-11.

Som tidligere nevnt, henviser mange av bestemmelsene i kapittel 14 til bestemmelsene i kapittel 13 om fusjon. Blant annet henvises det til asal §§ 13-6(1) og 13-7 til 13-13. Disse reglene omfattes derfor også av unntaket fra kapittel 2.

2.2 Åpningsbalanse for det overtakende selskap

2.2.1 Åpningsbalansens innhold

Ved fisjon skal styret utarbeide en fisjonsplan. Asal § 13-6(1) angir hva denne skal innholde. Etter bestemmelsens første ledd, nr. 7 skal fusjonsplanen blant annet inneholde utkast til åpningsbalanse for det overtakende selskapet.¹² Ordlyden i bestemmelsen forutsetter at både åpningsbalansen og revisors bekreftelse av denne skal vedlegges fisjonsplanen. Formålet er at generalforsamlingen skal få opplysninger som kan være av betydning for om fisjonen vil bli vedtatt. Det medfører at den må være utarbeidet en tid før generalforsamlingen skal treffe sitt vedtak, se pkt. 2.2.3. Fisjonsdirektivet art. 3 har en i stor grad tilsvarende oppregning av hva som skal være inntatt i fisjonsplanen. Det står imidlertid ikke noe direkte om at den skal inneholde en åpningsbalanse for det overtakende

¹² Jf. Kåre Moljord, Egenkapitalkrav ved fisjon, Revisjon og regnskap 6.2002, s. 28.

selskap, men etter art. 3, bokstav h, skal fisjonsplanen inneholde en ”nøyaktig beskrivelse og fordeling av aktiva og passiva som skal overføres til hvert av de mottakende selskaper”. Dette kan vel vanskelig leses som et klart krav til åpningsbalanse, men i praksis vil denne beskrivelsen gi mye av den samme informasjonen som en åpningsbalanse gir, nemlig hvilke aktiva og passiva et selskap har ved stiftelsen. Av ordlyden synes likevel denne beskrivelsen å ha større likhetstrekk med redegjørelsen som de uavhengige sakkyndige skal utarbeide, jf. pkt. 2.3 nedenfor.

Åpningsbalansen skal angi hvilke eiendeler og forpliktelser det overtakende selskapet skal overta fra det overdragende selskap. Størrelsen på egenkapitalen i åpningsbalansen påvirkes av flere forhold, blant annet hvordan eiendelene og forpliktelsene regnskapsføres og hvordan emisjons- og fisjonsutgifter behandles regnskapsmessig. Åpningsbalansen skal settes opp i samsvar med gjeldende regnskapsregler, jf. regnskapsloven og asal § 14-4. Det er her de vanlige reglene om rett og plikt til regnskapsføring etter regnskapsloven kapittel 5 og § 6-2 som kommer til anvendelse. Dette innebærer at eventuelle usikre poster, for eksempel fremtidige, latente eller betingede forpliktelser eller eiendeler skal vurderes og tas hensyn til i balansen. Videre skal balansen gis påtegning av registrert eller statsautorisert revisor om at den er gjort opp i samsvar med disse reglene.

Når man skal utforme åpningsbalansen, er det naturlig å ta utgangspunkt i stiftelsesdokumentet. Fisjonsplanen og de sakkyndiges redegjørelse vil også ha betydning, jf. asal § 14-4, jf. § 13-10.

2.2.2 Verdsettelsesnorm for åpningsbalansen

Hovedregelen for verdsettelsen er at verdien skal settes til ”virkelig verdi”, dersom det ikke fremgår av regnskapslovgivningen at balanseført verdi skal videreføres, jf. asal § 2-7(3). Eksempel på et slikt unntak er regnskapsloven §§ 5-14(2) og 5-16, som gjør unntak fra transaksjonsprinsippet. En konsekvens av dette er at egenkapitalens størrelse vil avhenge av om man ved fisjonen anvender virkelig verdi eller om den regnskapsføres som kontinuitet.

2.2.3 Verdssettelsestidspunkt

2.2.3.1 "Åpningsbalansedagen"

Tidspunktet for vurderingen av verdien av eiendelene og forpliktelsene i åpningsbalansen er den såkalte "åpningsbalansedagen", jf. asal § 2-7(3). Med åpningsbalansedagen menes den dag styret har datert åpningsbalansen.¹³ Alternative tolkninger er når styret godkjenner fisjonsplanen, eller på det senere tidspunkt når generalforsamlingen godkjenner planen, men som jeg kommer tilbake til i det følgende kan det ikke medføre å legge disse tidspunktene til grunn. Bestemmelsen om at det er virkelig verdi på åpningsbalansedagen som skal legges til grunn, må ses i sammenheng med asal § 2-12(1) om at aksjer ikke må tegnes til underkurs.¹⁴ I forhold til regnskapsloven er det eiendelene og forpliktelsesens "virkelige verdi" som skal balanseføres.¹⁵ At det er virkelig verdi man som hovedregel skal gå ut fra fremgår også av rettspraksis.¹⁶

I Rt-1995-441 ble en del av kapitalinnskuddet ved kapitalforhøyelse gjort i form av motregning med fordringer aksjeeierne hadde på selskapet som følge at de hadde utviklet programvare for selskapet. Selskapet gikk senere konkurs og konkursboet krevde at de tre aksjeeierne skulle innbetale et beløp lik motregningsbeløpet ved kapitalforhøyelsen. Konkursboet fikk ikke medhold, i det motregningskravene for programvaren var å anse som tingsinnskudd, og retten kom til at de minst hadde den anslåtte verdi. I drøftelsen om programvaren kunne nyttes som tingsinnskudd, er det tydelig at det er virkelig verdi som legges til grunn for avgjørelsen, jf. førstvoterendes uttalelse om at "*Verdssettelsen som i prinsippet knytter seg til tidspunktet for tingsinnskuddet, i mars/april 1987, reiser særlige problemer. Det er her tale om en spesiell programvare som ikke hadde en bestemt markedsverdi*". Videre fremholdes at man ikke kunne få en takst i det dette ville forutsette at en konkurrent måtte takser programvaren, noe som var umulig. Det er etter dette tydelig at Høyesterett mener at virkelig verdi skal til grunn.

¹³ Jf. Moljord, RR 6.2002, s. 28.

¹⁴ Jf. Aarbakke m.fl., s.132.

¹⁵ Jf. NOU 1995:30 s. 130-132.

¹⁶ Jf. Rt-1995-441, Rt-1995-1674, RG-1988-688 og RG-1991-1052.

I Rt-1995-1674 kom Høyesterett til at inngangsverdien av eiendeler som et selskap mottok som innskudd ved emisjon, skal settes til verdien av de objekter som ble skutt inn, ikke til verdien av de aksjer som ble utstedt som motpost til tingsinnskuddet. Retten uttaler at *”det sentrale for selskapet er den egenkapital som tilføres, og ikke motposten”*. Det henvises også her til den virkelige verdien av innskuddet. Det vises videre til en dom i Rt-1936-761, hvor innskuddets omsetningsverdi ble lagt til grunn. Førstvoterende uttaler at *”Verdien av innskuddet – den avtalte verdi hvor denne er reell og ellers korrigerert for virkelig omsetningsverdi – bør være avgjørende”*.

RG-1988-688 behandler et tilfelle der en aksjeeier ved omdannelse av et selskap til aksjeselskap skulle yte aksjeinnskuddet som tingsinnskudd, og hvor eiendelenes verdi ble satt langt høyere enn hva de egentlig var verdt, noe som førte til negativt utslag i åpningsbalansen på kr. 217 459, og negativ saldo på kr. 103 145. Dette var feil i det virkelige verdi skulle vært lagt til grunn, men dette kunne ikke aksjeeieren være ansvarlig for, og han måtte kun dekke et annet mellomværende mellom ham og selskapet som ikke var betalt.

I RG-1991-1052 var problemstillingen hvilke krav aksjeloven stiller til verdsetting av aksjekapital i form av andre formuesverdier enn kontanter. Etter dagjeldende lov, aksjeloven av 1976 § 2-4(3), kunne ikke tingsinnskudd skytes inn eller overtas for et høyere beløp enn det verdiene måtte antas å kunne føres opp med i balansen. Bestemmelsen tilsvarende i stor grad asal § 2-7(3), men til forskjell fra 1976-loven, står det eksplisitt i asal § 2-7(3) at det er virkelig verdi som skal legges til grunn. Det uttales i dommen at *”ved verdsettingen av angjeldende aksjekapital i form av inventar og utstyr er det for så vidt uten betydning hva selskapet på stiftelsestidspunktet kunne ha realisert dette for. Spørsmålet som reises er hvilken verdi dette inventar og utstyr representerte for selskapet med tanke på den aktuelle hotelldrift. Dette kan belyses ved å se på hva anskaffelse av tilsvarende inventar og utstyr ville ha kostet. Videre vil kapitalverdien også kunne anses som den virkelige verdien av inventar og utstyr, dvs. nåverdien av gjenstandenes fremtidige avkastning for selskapet”*. Retten kom til at tingsinnskuddet hadde virkelig verdi som angitt, og aksjetegneren fikk medhold.

Dersom balanseføringen skal skje etter kontinuitetsprinsippet, skal verdien som eiendelene står oppført med i balansen til det overdragende selskap, benyttes i åpningsbalansen til det overtakende selskap. Kontinuitetsprinsippet benyttes blant annet i tilfeller som nevnt i regnskapsloven §§ 5-14(2) og 5-16, hvor det uttrykkelig gjøres unntak fra transaksjonsprinsippet, samt tilfeller hvor det foretas kontinuitetsgjennomskjæring.¹⁷ Det er for det første gjort unntak ved fusjon ved stiftelse av nytt foretak. Etter rskl § 5-14(2) skal

¹⁷ Jf. Ot.prp. (1998-99) nr. 65 s. 31.

eiendeler og gjeld i overdragende selskap som i realiteten må regnes som overtakende selskap da videreføres til balanseførte verdier. Videre kan man ved fusjon mellom eller fisjon av små foretak videreføre eiendeler og gjeld i de deltakende selskapene til balanseførte verdier, jf. rskl § 5-16. Hva som regnes som små foretak, er regulert i samme lov § 1-6. Det er for det første et vilkår at selskapet ikke faller inn under rskl § 1-5. Ettersom allmennaksjeselskaper er blant selskapene som er nevnt i rskl § 1-5, og det er allmennaksjeselskaper som står i fokus i denne fremstillingen, vil jeg ikke gå nærmere inn på mulighetene for å videreføre eiendeler og gjeld til balanseført verdi ved fisjon av selskaper.

Etter asal § 2-6 skal en eller flere uavhengige sakkyndige utarbeide en redegjørelse om at eiendelene minst har den verdi de verdsatt til etter asal § 2-7. På denne måten får man indirekte kontroll med verdsettelsen etter asal § 2-7, se pkt. 2.3.1.

2.2.3.2 Datering av åpningsbalansedagen

Asal § 2-7 angir regler for valg av verdsettelsesnorm, men sier ikke om tidspunktet for verdsettelsen avhenger av verdsettelsesnormen. Asal § 2-8 pålegger stifterne å utarbeide åpningsbalanse. Utkastet til åpningsbalansen kan ikke regnes som ”forslag til stiftelsesdokument” før styret har godkjent fisjonsplanen, ettersom det er styret som etter asal § 14-4 skal utarbeide denne. Åpningsbalansen skal vedlegges forslaget til stiftelsesdokument, og den må dermed være utarbeidet senest den dag styret godkjenner fisjonsplanen.

Etter asal § 2-7(2), tredje punktum skal åpningsbalansen med revisors påtegning være datert tidligst fire uker før stiftelsen. Det oppstilles her en grense for hvor lang tid det kan gå mellom verdsettelsen og stiftelsen. Etter asal § 13-17(1) nr. 2, jf. § 14-8 anses det overtakende selskap for stiftet ved ikrafttredelse av fisjonen når denne registreres i Foretaksregisteret. Dette kan ikke tolkes bokstavelig i forhold til dateringen av åpningsbalansen.

Dersom registrering i foretaksregisteret skulle legges til grunn som fristens utgangspunkt ville man ikke rekke å utarbeide åpningsbalansen som vedlegg til fisjonsplanen i det denne skal sendes ut til aksjonærene en måned før generalforsamlingen. Beslutning om fisjon må meldes til Foretaksregisteret senest en måned etter at fisjonen ble besluttet på generalforsamling, ellers faller beslutningen bort, jf. asal § 14-7, jf. § 13-14. Dersom fristens utgangspunkt skulle være registreringen, ville tidligste tidspunkt for datering av åpningsbalansen i ytterste konsekvens være etter at beslutning om fisjonen ble truffet på generalforsamlingen. Hensynet bak kravet om åpningsbalanse, nemlig blant annet at aksjeeierne skal få oversikt over selskapets aktiva og passiva taler derfor imot dette utgangspunktet.

Aksjetegningen i det overtakende selskapet skjer ved generalforsamlingens godkjenning av fisjonsplanen. Dersom dette utgangspunktet legges til grunn også for anvendelsen av fristen i asal § 2-8, blir løsningen den samme som ved ordinær nystiftelse. Hensynet til harmoni og konsekvens tilsier at denne løsningen bør velges slik at reglene blir samsvarende for nystiftelse ved fisjon og ordinær nystiftelse. Utgangspunktet etter dette blir derfor at åpningsbalansen kan dateres tidligst fire uker før generalforsamlingen godkjenner fisjonsplanen.

I følge asal § 14-3 gjelder reglene i lovens kapittel 2 bare så langt disse ikke er fraveket i kapittel 14. Videre bestemmer asal § 14-4(3) at asal §§ 13-7 til 13-13 gjelder tilsvarende ved fisjon. Asal § 13-10 gjelder direkte den redegjørelse som styret skal få utarbeidet av uavhengige sakkyndige. Bestemmelsene i asal §§ 2-6(1) og (2) og 10-2 gjelder her tilsvarende, med ett unntak. Ved anvendelsen av asal § 10-2(3)(2) skal redegjørelsen være datert tidligst åtte uker før generalforsamlingens beslutning om å vedta planen. Bestemmelsen gjør altså unntak fra grensen på fire uker. Etter denne bestemmelsen kan redegjørelsen med revisors påtegning tidligst være datert åtte uker før generalforsamlingen. Dersom ikke tilsvarende frist også gjelder for datering av åpningsbalansen, vil grensen på åtte uker bli illusorisk for redegjørelsens del, ettersom redegjørelsen i hovedsak knytter seg til eiendeler og forpliktelser som er tatt inn i åpningsbalansen, og formålet er å vise at verdien minst tilsvarende den verdi som er oppført i åpningsbalansen. Dersom åpningsbalansen tidligst kunne dateres fire uker før generalforsamlingen, kunne heller ikke redegjørelsen utarbeides før denne tid, og det ville derfor i praksis gjelde en grense på fire uker også for denne. Det må derfor antas at det skal gjelde en grense på åtte uker også for

dateringen av åpningsbalansen, slik at åpningsbalansedagen tidligst kan settes åtte uker før generalforsamlingen skal godkjenne fisjonsplanen.

2.2.3.3 Verdimålingstidspunktet

I det foregående har jeg drøftet når åpningsbalansen tidligst kan være utarbeidet for at den skal tilfredsstillende de krav til saksbehandling som loven foreskriver. Problemstillingen videre er hvilket tidspunkt verdiene i åpningsbalansen materielt skal knytte seg til.

Datering i denne sammenheng må relatere seg til dagen for verdivurderingen av eiendelene og forpliktelsene i åpningsbalansen, ikke den dag styret faktisk signerer fisjonsplanen. I mange tilfeller er disse to tidspunktene sammenfallende, men ikke alltid. Det er flere ulike oppfatninger om hva som skal være utgangspunkt for beregningen. Giertsen mener at det er ”nærliggende å ta utgangspunkt i styrets datering og undertegning av fusjons- eller fisjonsplanen”.¹⁸ Johnsen og Kvaal legger derimot til grunn at det er den dagen styret inngår avtale om bytteforholdet man må beregne åpningsbalansedagen ut fra, det vil si avtaletidspunktet.¹⁹ Handeland og Schwencke legger til grunn at verdifastsettelsen skal skje på transaksjonstidspunktet.²⁰ PricewaterhouseCoopers har uttalt at det er delingstidspunktet som må være utgangspunktet for utkastet til åpningsbalansen.²¹ Videre er det i enkelte revisorkretser lagt til grunn at åpningsbalansedagen ved *fusjon* skal relatere seg til transaksjonstidspunktet.

Kåre Moljord legger til grunn at det ikke er noen holdepunkter verken i aksjelovens ordlyd, forarbeider eller i selskapsrettslig teori for at det regnskapsrettslige transaksjonstidspunktet

¹⁸ Jf. Giertsen s. 174.

¹⁹ Jf. Atle Johnsen og Erlend Kvaal, Regnskapsloven, Oslo 1999, s. 397.

²⁰ Jf. Øyvind Handeland og Hans R. Schwencke, Regnskapsloven med kommentarer, s. 192.

²¹ Jf. PricewaterhouseCoopers, Paragraf nr. 3, desember 2000 s. 2.

skal være avgjørende for åpningsbalansedagen.²² Ettersom aksjeloven og allmennaksjeloven har uttrykkelig regler om verdimålingstidspunkt og datering av åpningsbalansen ved ordinær nystiftelse av aksjeselskap, er han av den oppfatning at disse reglene også gjelder ved fisjon ved nystiftelse, og at man derfor må legge til grunn at åpningsbalansedagen er den dag styret fastsetter i utkastet.

Dersom man skal legge dette synspunktet til grunn vil ikke åpningsbalansedagen avhenge verken av styrets eller generalforsamlingens godkjennelse av fisjonsplanen, gjennomføringstidspunktet eller hva som regnskapsrettslig anses å være transaksjonstidspunktet. Helt fritt kan likevel ikke datoen for åpningsbalansedagen settes, ettersom det er en lovfestet grense på åtte uker med hensyn til hvor lang tid det kan gå mellom verdsettelsen og generalforsamlingens godkjennelse av fisjonsplanen, jf. asal § 14-4(1), jf. § 13-6(1)(7), jf. § 13-10(3).

Etter mitt syn har den tolkningen Moljord står for mest for seg. Loven oppstiller et intervall for når åpningsbalansen kan være datert, jf. over pkt. 2.2.3.2, men gir ikke noen videre holdepunkter i forhold til når verdsettelsen skal finne sted. Dette taler for at så lenge man holder seg innenfor det lovbestemte intervall, er det opp til styret i hvert enkelt selskap som skal fisjonere, å datere åpningsbalansen og verdsette de eiendeler som åpningsbalansen skal inneholde. Både dersom man tar utgangspunkt i delingstidspunktet og transaksjonstidspunktet, slik som henholdsvis PricewaterhouseCoopers, og Handeland og Schwencke hevder, vil det bli svært knapp tid i det fisjonsplanen med vedlegg skal sendes ut til aksjeeierne minst en måned før generalforsamlingen som skal godkjenne fisjonsplanen, jf. asal § 13-12, jf. § 14-4(3). Dersom det går mer enn fire uker fra generalforsamlingens vedtak til delings- eller transaksjonstidspunktet vil altså verdsettelsen finne sted *etter* at fisjonsplanen med vedlegg skulle vært sendt ut til aksjeeierne, jf. asal § 13-12, noe som klart ikke er lovgivers mening. Hvis man skal legge Giertsen syn til grunn vil ikke tiden bli problem, men sammenhengen i regelverket i forhold til ordinær stiftelse

²²Jf. Kåre Moljord, "Datering av åpningsbalanser, redegjørelser og bekreftelser ved fusjon og fisjon – til besvær?", Revisjon og regnskap 3.2002, s. 23.

taler mot å legge dette tidspunktet til grunn, i det selskapet ikke stiftes i og med at styret undertegner fisjonsplanen.

Selskapet stiftes heller ikke i og med at generalforsamlingen vedtar fisjonsplanen, men ettersom aksjetegningen skjer når fisjonsplanen godkjennes av generalforsamlingen, har dette tidspunkt visse likhetstrekk med stiftelse. Det vil av tidsmessige årsaker ikke være mulig å legge den virkelige stiftelsen til grunn, i det selskapet først er stiftet når det fisjonen registreres i Foretaksregisteret. Fristen for denne registreringen er en måned etter at fisjonsplanen godkjennes, jf. asal § 14-7, jf. § 13-14. For å komme innenfor grensen på åtte uker kan dette tidspunkt dermed ikke legges til grunn, ettersom fisjonsplanen med vedlegg skal sendes aksjeeierne senest én måned før generalforsamlingen, jf. § 14-4(3), jf. § 13-12. Se nærmere om dette under pkt. 2.3.

Johnsen og Kvaal legger til grunn at det er avtaletidspunktet som må være avgjørende, det vil si det tidspunkt styret inngår avtale om bytteforholdet. Når dette må sies å være er imidlertid ikke klart. Styret i selskapet vil nødvendigvis måtte inngå en slik avtale for i det hele tatt å kunne utarbeide fisjonsplanen, men en slik avtale vil ikke være bindende før generalforsamlingen har godkjent fisjonsplanen, og synes derfor lite håndfast å legge dette tidspunkt til grunn. Jeg er etter dette kommet til at det må være generalforsamlingens godkjennelse av fisjonsplanen som må være utgangspunktet for beregningen av fristen, og at verdsettelsen og dateringen av åpningsbalansen tidligst kan finne sted åtte uker tidligere, og senest samtidig med at styret godkjenner fisjonsplanen.

2.3 Sakkyndig redegjørelse

2.3.1 Redegjørelse ved ordinær nystiftelse

Ved ordinær nystiftelse skal stifterne sørge for at det utarbeides en redegjørelse etter asal § 2-6. Bestemmelsen skjerper opplysningsplikten i forhold til de krav som fulgte av 1976-loven, sml. §§ 2-4 og 2-9 i 1976-loven. I den gjeldende lov er kravene til kontroll av tingsinnskudd klarere, og også på hvilket tidspunkt denne kontrollen skal finne sted. Bestemmelsen skiller seg fra den tilsvarende bestemmelsen i aksjeloven, i det det etter allmennaksjeloven kreves at redegjørelsen utarbeides av uavhengige sakkyndige, mens det

etter aksjeloven § 2-6 er tilstrekkelig at redegjørelsen bekreftes av registrert eller statsautorisert revisor. Årsaken til denne forskjellen er at bestemmelsen i allmennaksjeloven skal oppfylle kravene som følger av EØS-avtalen, her annet selskapsdirektiv art. 10, se nærmere under pkt. 2.3.2. Bestemmelsen i allmennaksjeloven går imidlertid lenger, i den ikke er begrenset til tingsinnskudd.

Etter bestemmelsens første ledd nr. 4 skal redegjørelsen inneholde en erklæring om at verdien av eiendelene som selskapet skal overta minst tilsvarer det beløp som er angitt som innskuddsbeløp i stiftelsesdokumentet, jf. asal § 2-3(1)(3).²³ Etter annet ledd skal stifterne sørge for at redegjørelsen blir utarbeidet av én eller flere uavhengige sakkyndige. Det stilles altså to krav til den eller de som skal utarbeide redegjørelsen. For det første må vedkommende være sakkyndig. I annet punktum fremgår det at statsautorisert eller registrert revisor regnes som sakkyndig. Det er ikke nødvendig at dette er selskapets valgte revisor. I praksis brukes ofte en annen revisor for å oppfylle de uavhengighetskrav som gjelder i USA.²⁴ Det kan stilles spørsmål ved om dette er av betydning for norske selskaper i særlig grad. Årsaken til at amerikanske regler tas i betraktning, kan muligens være et ønske om å tilfredsstille potensielle amerikanske aksjonærer. Departementet kan gi forskrift om at andre yrkesgrupper kan benyttes, jf. 3. punktum, men slik forskrift er ikke gitt pr. i dag.

For det andre må vedkommende vært uavhengig. Hva som ligger i dette er det ikke sagt noe nærmere om, men det er naturlig å legge inhabilitetsreglene i revisorloven § 4-1 til grunn så lagt de passer.²⁵ Aarbakke legger til grunn at vilkåret ikke er til hinder for at selskapets revisor eller den som har avgitt erklæring vedrørende åpningsbalansen kan utarbeide redegjørelsen. Det kan imidlertid ikke være tillatt å ha samme sakkyndig til å

²³ Jf. Aarbakke m.fl., s.129.

²⁴ Jf. Andersen m.fl., Fusjon og fisjon, Oslo 2002, 1. utgave, s. 119.

²⁵ Jf. Aarbakke m.fl., s. 1035.

utarbeide redegjørelsene for flere selskaper som deltar i samme fisjon, i det denne da ikke vil være uavhengig.²⁶

Bestemmelsen må ses i sammenheng med forbudet mot å tegne aksjer til underkurs i asal § 2-12(1). Det kreves ikke at eiendelenes antatte verdi angis, det er tilstrekkelig at erklæringen bekrefter at eiendelenes verdi minst tilsvarer det avtalte vederlaget. Feil i denne forbindelse kan føre til ansvar etter asal § 17-1.²⁷

Asal § 2-6 sier ikke noe om hvor tidlig redegjørelsen kan utarbeides i forhold til stiftelsestidspunktet. I Aarbakke m.fl. legges det til grunn at bestemmelsen må ses i relasjon til asal §§ 2-7(3) og 2-8 om verdsettelsen av eiendelene og åpningsbalansen.²⁸ De tall som fremgår av åpningsbalansen, er de samme tall som skal bekreftes i redegjørelsen, og det er derfor rimelig å anta at samme tidsgrense må gjelde, det vil si at heller ikke redegjørelsen kan være eldre enn fire uker på stiftelsestidspunktet.

Verken aksjeloven eller allmennaksjeloven sier noe uttrykkelig om hvor gammel redegjørelsen kan være på stiftelsestidspunktet, men ettersom åpningsbalansen ikke må være datert tidligere enn fire uker før stiftelsen og redegjørelsen knytter seg til de samme tallene, har det de beste grunner for seg at samme tidsgrense må gjelde for redegjørelsen. Det samme må gjelde for fisjon ved nystiftelse, jf. asal § 14-3(2), men her er fristens utgangspunkt generalforsamlingens godkjennelse av fisjonsplanen.

Allmennaksjeloven § 13-10(3) bestemmer at ved redegjørelser etter asal § 10-2, skal redegjørelsen være datert tidligst åtte uker før generalforsamlingen som skal vedta fisjonsplanen. Spørsmålet videre er om denne bestemmelsen kommer til anvendelse også her, slik at tidligste tidspunkt for datering av redegjørelsen også etter asal § 2-6 er åtte uker

²⁶ Jf. Aarbakke m.fl., s. 1225.

²⁷ Jf. Aarbakke m.fl., s. 940 flg. og 1261-1262.

²⁸ Jf. Aarbakke m.fl., s. 129.

før generalforsamlingen som skal godkjenne fisjonsplanen, se nærmere om dette nedenfor under pkt. 2.3.2.

2.3.2 Redegjørelsen etter asal § 13-10

Etter asal § 14-4, jf. § 13-10 skal styret sørge for at det utarbeides en redegjørelse for fisjonsplanen. Asal § 13-10(1)(2) bestemmer at asal § 2-6(2) skal gjelde tilsvarende, det vil si at redegjørelsen skal utarbeides av en eller flere uavhengige sakkyndige. For betydningen av dette, se pkt. 2.3.1. Innholdsmessig skal denne redegjørelsen være lik redegjørelsene ved henholdsvis nystiftelse og kapitalforhøyelse etter asal §§ 2-6 og 10-2, jf. asal § 13-10(3) som viser til asal §§ 2-6(1) og 10-2. Av den grunn er det ved fisjon ikke nødvendig å utarbeide særskilte redegjørelser etter asal §§ 2-6 eller 10-2, ettersom alle opplysningene likevel inngår i redegjørelsen etter asal § 13-10.

Etter siste punktum i asal § 13-10 skal redegjørelsen ved anvendelse av asal § 10-2(3)(2) tidligst være datert åtte uker før generalforsamlingens godkjennelse. Dette er en spesialregel for fisjon og fusjon, og har sammenheng med fristen for å sende ut fisjons-/fusjonsplan og de øvrige saksdokumenter til aksjeeierne, jf. asal § 13-12. Etter ordlyden omhandler unntaket utarbeidelse av redegjørelser etter asal § 10-2, ikke de sakkyndiges redegjørelse etter asal § 2-6. Det kunne derfor hevdes at det for selve redegjørelsen gjaldt en frist på fire uker slik som ved ordinær nystiftelse.

Spørsmålet her er videre om grensen på åtte uker skal gjelde tilsvarende også for tidligste datering av åpningsbalansen og revisors bekreftelse av denne. At asal § 14-3(2) gir særbestemmelsene i kapittel 13 og 14 anvendelse foran kapittel 2 om stiftelse, taler for denne løsningen. Redegjørelsen etter asal § 13-10 omhandler de samme eiendelene som skal være med i åpningsbalansen, og den er også knyttet til samme dag som åpningsbalansen.²⁹ Det gir derfor liten sammenheng i regelverket dersom det var ulik frist

²⁹ Jf. Moljord, "Datering av åpningsbalanser, redegjørelser og bekreftelser ved fusjon og fisjon – til besvær?" s. 24.

for tidligste datering av åpningsbalansen og av styrets redegjørelse. Om datering av åpningsbalansen, se pkt. 2.2.3.2 foran.

Et annet moment som taler i retning av at grensen på åtte uker skal gjelde også for de sakkyndiges redegjørelse etter asal § 2-6, er som nevnt over at redegjørelsen skal sendes til aksjeeierne som vedlegg til fisjonsplanen senest en måned før generalforsamlingen treffer sin beslutning, jf. asal § 13-12, jf. § 14-4(3). Dersom grensen på fire uker skulle gjelde for redegjørelsen, ville tidligste tidspunkt for datering og utsendelsestidspunktet være sammenfallende, noe som gir lite mening i det dette ikke lar seg gjøre. Etter min mening må det derfor ut fra sammenheng i regelverket og praktiske hensyn, være riktig at tidligste datering for de sakkyndiges redegjørelse etter asal § 2-6, er åtte uker før generalforsamlingens godkjenning av fisjonsplanen.

Fisjonsdirektivet innholder i art. 3 nr. 1, bokstav h, krav om at det skal gis en *"nøyaktig beskrivelse og fordeling av aktiva og passiva som skal overføres til hvert av de mottakende selskaper"*. Videre kreves det i art. 7 at administrasjons- eller ledelsesorganene i hvert av de deltakende selskapene utarbeider en detaljert skriftlig rapport, som redegjør for fisjonsplanen og anfører økonomisk og juridisk begrunnelse for fisjonen, særlig aksjenes bytteforhold og kriteriet for fordelingen av aksjene. Etter art. 7 nr. 2 skal det opplyses om vanskeligheter oppstått i forbindelse med vurderingen. Art. 7 nr. 2 viser videre til Annet selskapsdirektiv (kapitaldirektivet) art. 27 nr. 2, som bestemmer at det også skal utarbeides en redegjørelse av en eller flere oppnevnte eller godkjente sakkyndige. Denne bestemmelsen henviser videre til samme direktivs art. 10 nr. 2, som krever at redegjørelsen minst inneholder beskrivelse av hvert innskudd som ikke er gjort i kontanter, metode for verdsetting, om de fremkomne verdier minst tilsvare aksjenes antall og pålydende, og endelig eventuell overkurs. Dette er tilsvarende krav som de krav vi finner i asal § 13-10, jf. § 2-6. Asal § 13-10 angir at redegjørelsen tidligst skal være datert åtte uker før generalforsamlingen som skal godkjenne fisjonsplanen. Noe tilsvarende krav finner vi ikke i direktivets art. 27, så det må antas at den nærmere reguleringen av dette er overlatt til medlemsstatenes nasjonale lovgivning.

2.4 Revisors risiko

Revisors påtegnning på åpningsbalansen er et vilkår for at selskapet skal registreres. Dersom ikke åpningsbalansen er satt opp etter regnskapslovens regler og revisor likevel gir sin påtegnning, vil han kunne bli stilt til ansvar for det eventuelle tap selskapet og dets kreditorer blir påført som følge av at selskapet ble registrert uten at vilkårene for stiftelse var oppfylt. Et eksempel på at revisor ble stilt ansvarlig er Rt-1993-1399, se nedenfor.

I Rt-1993-1399 ble revisor kjent erstatningsansvarlig overfor selskapets konkursbo i medhold av aksjeloven av 1976 § 15-2, jf. § 15-1. Revisor hadde her uriktig gitt erklæring om at aksjeinnskudd var betalt. Høyesterett uttalte at av aksjelovgivningen på flere måter tilstreber å sørge for at den aksjekapital et selskap stiftes med, virkelig finnes i selskapet, og at dette er en av årsakene til at det kreves at styrets oppgave om innbetaling av aksjekapitalen skal bekreftes av revisor, for at selskapet skal bli registrert. Dersom aksjeinnskudd skal ytes i annet enn kontanter, er det et registreringsvilkår at styret utarbeider en redegjørelse, jf. asal § 2-6, som beskrevet i pkt. 2.3. Førstvoterende sier videre at *"De hensyn loven her vil vareta, tilsier etter min mening at det bør stilles strenge krav til den valgte revisors aktsomhet når slike erklæringer avgis"*. I dette tilfellet fant retten at revisors opptreden var grovt uaktsom, og han ble dømt til å betale til konkursboet det tap selskapet var påført som følge av at det ble registrert.

I RG-1991-1052 ble revisor frifunnet i det retten fant at han på grunnlag av kjøpekontrakt og inventarliste måtte regne med at inventarets verdi tilsvarte aksjeinnskuddet. Se nærmere om dommen under pkt. 2.2.3.1.

At revisor risikerer ansvar dersom han gir sin påtegnning på en åpningsbalanse eller redegjørelse som ikke samsvarer med loven, er årsaken til at mange revisorer velger strengeste tolkning av lovbestemmelsene. Det være seg å sette grensen ved fire uker i stedet for ved åtte uker, eller å ta utgangspunkt i transaksjonstidspunktet istedenfor generalforsamlingens godkjennelse osv. De er da på den sikre siden, i motsetning til om de velger en mindre streng tolkning som deretter viser seg å være gal. Dette skaper problemer for selskapene som skal fisjonere i mange tilfeller, ettersom det i praksis ikke vil være tid nok til å rekke fristene dersom bestemmelsene skal tolkes på strengeste måte.

Dersom man forutsetter at åpningsbalansen og redegjørelsen tidligst kan være datert åtte uker før generalforsamlingen som skal godkjenne fisjonsplanen, gir dette styret i praksis fire uker på å utarbeide åpningsbalanse og redegjørelse, dersom heller ikke tallene som skal brukes kan være eldre enn åtte uker før generalforsamlingen. Årsaken til dette er at fisjonsplanen og øvrige dokumenter skal sendes ut til aksjeeierne senest en måned før generalforsamlingen, jf. asal § 13-12, jf. 14-4(3). Ved denne utsendelsen skal både

åpningsbalansen og styrets redegjørelse med revisors påtegning vedlegges. Av asal § 13-6(1)(7), jf. § 14-4(1) fastslår at fisjonsplanen skal inneholde utkast til åpningsbalanse, og § 13-12, jf. § 14-4(3), jf. § 13-10, inkluderer redegjørelsen som et av de øvrige dokumenter. Selv denne tolkningen gir altså selskapene knapp tid.

Særlig i store selskaper skaper denne svært korte fristen problemer. Årsaken er at det ikke lar seg gjøre å skaffe seg oversikt over alle eiendelene som skal med i balansen og verdien av disse på så kort tid. Det ville derfor være mye mer hensiktsmessig for selskaper som skal fisjonere, dersom de kunne bruke balanseførte verdier fra siste regnskapsår.

3 Fisjon ved overdragelse til eksisterende selskap – forholdet til allmennaksjeloven kapittel 10 om kapitalforhøyelse

3.1 Redegjørelsen etter asal § 10-2

Etter asal § 14-3(2) skal fisjon ved overføring til eksisterende selskap gjennomføres etter lovens kapittel 10 om kapitalforhøyelse i det overtakende selskap. Fisjonsplanen skal inneholde et forslag til beslutning om kapitalforhøyelse i det overtakende selskap enten etter asal § 10-21 eller asal § 10-3, jf. §10-17. Dette fremgår av asal § 14-4(3), jf. § 13-7(1). Med mindre annet følger av særregler i kapittel 13 og 14, gjelder reglene i asal kapittel 10 om kapitalforhøyelse. Ved fisjon ved overføring til eksisterende selskap, utstedes vanligvis nye aksjer som skal tjene som vederlagsaksjer til aksjeeierne i det overdragende selskapet. Dette skjer ved en kapitalforhøyelse i det overtakende selskap, og i den forbindelse kommer kapittel 10 til anvendelse. En annen måte er å øke pålydende på de eksisterende aksjene. I fremstillingen her vil jeg først og fremst behandle forholdet til reglene om kapitalforhøyelse, fordi dette er den mest aktuelle metoden ved fisjon, ettersom dette er praktisk når aksjene skal tilfalle andre enn de som er aksjeeiere i (det overtakende) selskapet fra før.

Etter asal § 10-2(3) skal styret ved kapitalforhøyelse sørge for at det utarbeides en redegjørelse etter reglene i asal § 2-6, som er grundig gjennomgått over i punkt 2.3. Allmennaksjeloven § 10-2 må ses i sammenheng med annet selskapsdirektiv (kapitaldirektivet) art. 27 nr. 2-4. Etter denne direktivbestemmelsen skal det utarbeides en redegjørelse av en eller flere oppnevnte eller godkjente sakkyndige. Bestemmelsen henviser videre til samme direktivs art. 10 nr. 2. Denne bestemmelsen krever at redegjørelsen minst inneholder beskrivelse av hvert innskudd som ikke er gjort i kontanter, metode for verdsetting, om de fremkomne verdier minst tilsvarer aksjenes antall og pålydende, og endelig eventuell overkurs. Se om dette også i pkt. 2.3.2 foran. Etter asal §

10-2(3)(2) skal redegjørelsen være datert tidligst fire uker før generalforsamlingens beslutning. Her kommer imidlertid unntaket i asal § 13-10(3) til anvendelse, hvor det slås fast at ved anvendelse av asal § 10-2(3)(2) skal redegjørelsen dateres tidligst åtte uker før generalforsamlingens beslutning. Det seneste tidspunktet for datering av redegjørelsen er også her den dag styret godkjenner fisjonsplanen, i det redegjørelsen er en del av fisjonsplanen eller vedlegg til denne.

Asal § 10-2(3), som gir anvisning på at styret skal sørge for at det utarbeides en redegjørelse, viser til asal § 2-6. Se derfor nærmere om saksbehandling og innhold i pkt. 2.3 foran, da tilsvarende gjelder for redegjørelsen etter asal § 10-2(3).

Eiendeler som et selskap mottar som aksjeinnskudd ved kapitalforhøyelse, skal etter asal § 10-12(1)(3) verdsettes med utgangspunkt i tidspunktet for de sakkyndiges redegjørelse etter asal § 10-2. Dette betyr at det blir praktisk samme verdimålingstidspunkt som for åpningsbalansen ved nystiftelse etter asal § 2-7(3), ettersom begge refererer seg til den åpningsbalansedagen som styret har lagt til grunn i utkastet til åpningsbalansen. For fisjon ved overføring til eksisterende selskap kalles tidspunktet *mellombalansedagen*. Verdivurderingen av eiendeler, rettigheter og forpliktelser som det overtakende selskap mottar som aksjeinnskudd, er tilknyttet dette tidspunktet. Problemstillingen er således hvilket tidspunkt mellombalansedagen knytter seg til, se nedenfor under pkt. 3.2.

3.2 Krav til mellombalanse

Fisjonsplanen skal innholde utkast til åpningsbalanse også ved fisjon hvor den utfisjonerte del overføres til et allerede eksisterende selskap, men her må dette kravet anses å være et krav om utkast til mellombalanse, ettersom selskapet allerede driver virksomhet.³⁰ Også her vil antakelig det seneste tidspunktet for datering være den dag styret godkjenner

³⁰ Jf. Moljord, Datering av åpningsbalanser, redegjørelser og bekreftelser ved fusjon og fisjon – til besvær?, RR 3.2002, s. 25.

fisjonsplanen, i det utkast til mellombalansen skal inngå i fisjonsplanen, jf. asal § 13-6(1)(7), jf. § 14-4(1).

Allmennaksjeloven har ikke uttrykkelige regler om når mellombalansen med revisors bekreftelse tidligst kan være datert. Asal § 10-12(1) tilsvarende asal § 2-7, med unntak av siste punktum. Mens asal § 2-7 knytter verdivurderingen til åpningsbalansedagen, viser asal § 10-12(1)(3) til tidspunktet for redegjørelsen etter asal § 10-2. Som gjennomgått over skal redegjørelsen etter asal § 10-2 tidligst være datert åtte uker før generalforsamlingen treffer sitt vedtak, jf. asal § 13-10(3), jf. § 14-4(3), og senest på det tidspunkt styret godkjenner og signerer fisjonsplanen, ettersom redegjørelsen skal inngå i denne. Resultatet av en slik tolkning blir dermed at også mellombalansen må dateres tidligst åtte uker før generalforsamlingens godkjennelse, og siden også mellombalansen inngår i fisjonsplanen må seneste mulige datering være styrets godkjennelse og signering av fisjonsplanen.

En annen mulig løsning er at asal § 2-8(2)(3), som gjelder nystiftelse, skal gjelde analogisk for datering av mellombalansen, men slik at utgangspunktet for beregningen er generalforsamlingsvedtaket som godkjenner fisjonsplanen. Bestemmelsen setter tidligste tidspunkt for datering av åpningsbalansen til fire uker før stiftelsen. Unntaket i asal § 13-10(3) vil da antakelig komme til anvendelse også i slike tilfeller, slik at fristen vil være åtte uker før vedtaket treffes. Resultatet vil med andre ord bli det samme uavhengig av hvilken av de to nevnte tolkninger man velger, det blir kun en formalitet hvilke regler man grunner tolkningen på.

Verdimålingstidspunktet anses bestemt av det tidspunkt styret har lagt til grunn i sitt utkast til mellombalanse, jf. punkt 2.2.3. Vedrørende kravet om sakkyndig redegjørelse etter asal § 13-10, gjelder det samme som beskrevet over under punkt 2.3.2.

4 Krav om dekning for bundet egenkapital etter gjennomføring av fisjonen, jf. asal §12-2, annet ledd

4.1 Problemstillingen

4.1.1 Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter

Ved gjennomføringen av en fisjon hvor det overdragende selskap fortsetter, foretas det vanligvis kapitalnedsettelse tilsvarende den utfisjonerte delen i det overdragende selskapet. Alternativt må frie fond belastes, men slik fisjon er normalt ikke skattefrie.³¹ Asal § 14-3(3) viser til asal § 12-2, som skal gjelde hvor det foretas kapitalnedsettelse i det overdragende selskap. Bestemmelsen krever at selskapet har dekning for bundet egenkapital etter kapitalnedsettelsen. Hvordan dette kravet skal tolkes i praksis er tema for den videre fremstillingen under pkt. 4.

Hvor en fisjon gjennomføres ved å splitte aksjekapitalen, blir beslutningen om kapitalnedsettelse en del av fisjonsplanen. Det antas å være tilstrekkelig at planen i tillegg til å angi fordelingen av eiendeler, rettigheter og forpliktelser, jf. asal § 14-4(1)(1), inneholder en fordeling over aksjekapitalen. Nettoverdien av overføringene til det overdragende selskap kan være større enn nedsetningsbeløpet, så kreditorer som ønsker å vite hvilke eiendeler som overføres, må søke informasjon i fisjonsplanen. Etter asal § 12-1 må det angis hvordan kapitalnedsettelsen skal skje, ved nedsettelse av pålydende eller ved sletting av aksjer. Sistnevnte alternativ er kun aktuelt dersom noen som skal bli aksjeeier i det overtakende selskap skal oppgi eller redusere sin eierposisjon i det overdragende selskap. Ved fisjon er nedsettelse av pålydende vanligst.³²

4.1.2 Allmennaksjeloven § 12-2(2)

Allmennaksjeloven § 12-2(2) oppstiller begrensninger for kapitalnedsettelse som nevnt i asal § 12-1(1)(2) og (3), det vil si kapitalnedsettelse hvor nedsetningsbeløpet skal brukes til

³¹ Jf. Giertsen, s. 182.

³² Jf. Giertsen, s. 183.

utdeling til aksjeeierne, sletting av selskapets egne aksjer etter asal kapittel 9, eller avsetning til fond som skal brukes etter generalforsamlingens beslutning. Etter asal § 14-3(3) gjelder bestemmelsen tilsvarende ved fisjon, hvor det overdragende selskap skal fortsette å drive virksomhet etter fisjonen. Bestemmelsen må ses i sammenheng med reglene om forsvarlig egenkapital i asal § 3-4. Begrensningen i asal § 12-2(2) ligger i at kapitalnedsettelsen ikke må omfatte større beløp enn at det er dekning for den nedsatte aksjekapitalen og annen bundet egenkapital i selskapet, jf. asal § 8-1(1), etter at nedsettelsen er gjennomført.³³

Den første forutsetningen for i det hele tatt å kunne beslutte kapitalnedsettelse blir dermed at selskapet i utgangspunktet har full dekning for aksjekapitalen og resten av sin bundne egenkapital. For selskaper som har full dekning, utgjør bestemmelsen en grense for hvor stort beløp som kan utdeles i tillegg til nedsettelsesbeløpet, jf. asal § 12-1(3). Ved fisjon innebærer begrensningen at nettoverdien av eiendeler, forpliktelser og rettigheter som overføres til overtakende selskap, ikke kan være større enn at det etter gjennomføringen er full dekning for den gjenværende aksjekapitalen og selskapets øvrige bundne egenkapital etter asal § 8-1(1).³⁴ I den forbindelse oppstår flere problemstillinger, ettersom kravet til dekning for bundet egenkapital kan forstås på flere ulike måter. Det er særlig to tolkningsspørsmål som melder seg. For det første er problemstillingen om man skal ta utgangspunkt i de eiendeler som utdeles eller overføres, eller i det som er igjen i selskapet. Den andre problemstillingen er om man skal legge virkelig eller balanseført verdi til grunn. Se nærmere om dette under pkt. 4.1.3 og pkt. 4.2.

Fisjonsdirektivet inneholder ikke regler om dekning for bundet egenkapital. Årsaken til dette er at direktivet direkte kun retter seg mot likvidasjonsfisjon, og problemstillingen er dermed ikke aktuell. Direktivet gjelder også så langt det passer for fisjon hvor

³³ Jf. Aarbakke m.fl. s. 752 flg.

³⁴ Jf. Asle Aarbakke og Frode Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, Revisjon og regnskap 6.2003, s. 22flg.

overdragende selskap fortsetter, jf. art. 25, men utover dette er det opp til medlemsstater som tillater slik fisjon å gi nærmere regler i nasjonal rett.

4.1.3 Balanseført verdi eller virkelig verdi?

4.1.3.1 Utgangspunkt og problemstilling

For det første er problemstillingen om man skal legge den virkelige verdien eller den balanseførte verdien av eiendeler, eller annet som overføres, til grunn i tolkningen av asal § 12-2(2), i tilfeller hvor det er avvik. Spørsmålet kommer særlig på spissen ved fisjon, ettersom fisjon vanligvis gjennomføres ved å overføre andre eiendeler enn kontanter. Her vil verdien som regel avvike fra bokført verdi, og derfor må man ved fisjon ofte må ta stilling til dette problemet.

Dette kan illustreres ved følgende eksempel:

Et selskaps balanse er som følger ved utgangen av år 1:

Eiendeler		Egenkapital og gjeld	
Eiendel A	100	Aksjekapital	80
Eiendel B	100	Annen egenkapital	120
Totalt	200	Totalt	200

Figur 4.1

Den balanseførte verdien til hver eiendel er 100, jf. figur 4.1. I eksemplet fortsettes det at den *virkelige* verdien av hver eiendel er 180. Dette betyr at det er tilknyttet hver eiendel en merverdi på 80. Året etter fisjonerer selskapet, og eiendel A blir overført det overtakende selskap. Aksjekapitalen reduseres fra 80 til 40. Selskapets bundne egenkapital etter fisjonen vil dermed være 40.

4.1.3.2 Måling til bokført verdi

Dersom eiendelen som overføres ved fisjonen i ovenstående eksempel måles til bokført verdi vil det være dekning for bundet egenkapital etter fisjonen. Kapitaldekningen blir på 60, og kan illustreres slik:

Eiendeler		Egenkapital og gjeld	
Eiendel A+B	200	Gjenværende bundet egenkapital	40
Uttak eiendel A	-100	Kapitaldekning (120-60)	60
Totalt	100	Totalt	100

Figur 4.2

Når man benytter bokført verdi vil det alltid være dekning for bundet egenkapital etter gjennomføringen av en fisjon, i det de verdiene som tas ut korresponderer med den verdireduksjon som finner sted i selskapets balanse. Problemene oppstår når verdimålingen skal skje etter virkelig verdi, jf. neste avsnitt.

4.1.3.3 Måling til virkelig verdi

Dersom verdimåling skjer til virkelig verdi blir det underdekning etter at fisjonen er gjennomført. Utregningen vil da se ut som følger (her tas det utgangspunkt i de eiendeler som overføres):

Eiendeler		Egenkapital og gjeld	
Eiendel A+B	200	Gjenværende bundet egenkapital	40
Uttak eiendel A	-180	Kapitaldekning (120-60-80(merverdi))	-20
Totalt	20	Totalt	20

Figur 4.3

Her er de gjenværende verdiene lavere enn den bundne egenkapitalen, fordi kapitaldekningsgrunnlaget reduseres krone for krone med den merverdi som overføres. Det er slik underdekning asal § 12-2(2) ledd er til hinder for.

4.1.4 Måling av gjenværende eller overførte verdier?

Videre er spørsmålet om man skal måle verdien av de aktiva som tas ut av selskapet eller det som er igjen i selskapet etter overføringen eller utdelingen. Justisdepartementet har i sin tolkningsuttalelse av 20. februar 2004 og i det etterfølgende høringsnotatet uttalt at *”Dette kravet til dekning for selskapets bundne egenkapital betyr at utdelte verdier må ligge innenfor rammene av det beløpet aksjekapitalen nedsettes med, og eventuelt selskapets frie egenkapital.”* Det er ikke begrunnet nærmere hvorfor bestemmelsen skal forstås på denne måten, og det er heller ikke enighet om dette i teorien, jf. pkt. 4.3.6 nedenfor.

4.2 Tolkningen av asal § 12-2(2)

4.2.1 De ulike tolkningsalternativene

Det er etter dette fire mulige tolkningsalternativer til bestemmelsen.³⁵ Etter første tolkningsalternativ må bokført verdi av de gjenværende eiendelene i selskapet minst svare til den bundne egenkapital, etter at postene i asal § 8-1(1) er tatt i betraktning, jf. pkt. 4.2.2 nedenfor. Neste alternativ er å tolke bestemmelsen slik at virkelig verdi av de gjenværende eiendeler minst må tilsvare den bundne egenkapital, justert etter asal § 8-1(1), jf. pkt. 4.2.3 nedenfor. For det tredje kan bestemmelsen forstås slik at den bokførte verdien av de eiendeler som overføres til overtakende selskap ikke må overskride selskapets frie egenkapital, jf. asal § 8-1, jf. pkt. 4.2.4 nedenfor. Det fjerde alternativet er at virkelig verdi av det som overføres ikke må overskride selskapets frie egenkapital, jf. asal § 8-1(1), jf. pkt. 4.2.5 nedenfor.

³⁵ Jf. Olav Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris, Tidsskrift for Forretningsjus 2004, s. 550.

Jeg vil i det følgende sette opp et eksempel for hvert av de ulike alternativene, ved å vise verdiendringen i et selskaps balanse etter fisjon ved de forskjellige utregningsmåtene. Eksempelvis kan tenkes et selskap som driver med skipsfart og eiendom, og ønsker å utfisjonere den del som driver med skipsfart, i det selskapet mener dette vil føre til mer effektiv drift. Selskapet har følgende balanse før og etter fisjonen (for å få bedre oversikt setter jeg både før- og etterverdi og verdiendring inn i samme figur):

EIENDELER				EGENKAPITAL OG GJELD			
	Før	Etter	Endring		Før	Etter	Endring
Skip (virkelig verdi 210)	100	0	100	Aksjekapital	120	40	80
Bygning (virkelig verdi 105)	100	100	0	Annen EK	20	0	20
				Gjeld	60	60	0
Sum eiendeler (Sum virkelig verdi 315)	200	100	100	Sum EK og gjeld	200	100	100

Figur 4.4 – figuren viser balansen i overdragende selskap før og etter fisjonen.

Aksjekapitalen er etter fisjonen fordelt i samsvar med bytteforholdet, med 40 på det overdragende selskap og 80 på det overtakende. Det er knyttet gjeld til bygningen, og denne må dermed det overdragende selskapet bære, mens annen egenkapital knytter seg til skipsdriften og følger derfor med til det overtakende selskapet. I punkt 4.2.2 til punkt 4.2.5 skal jeg gå nærmere inn på hvilke av de ulike beregningsmåtene som fører til at vilkåret om dekning for bundet egenkapital vil være oppfylt ved denne fisjonen.

4.2.2 Bokført verdi av gjenværende eiendeler

Dersom man velger den tolkningsmuligheten at man går ut fra verdien av de eiendeler som er igjen i selskapet etter fisjonen, for så å vurdere verdien til den bokførte verdi av disse, vil resultatet av fisjonen brukt i eksemplet bli slik:

Sum eiendeler	100
- gjeld	60
- gjenværende bundet egenkapital	40
Resultat	0

Figur 4.5 – dekningsgrad ved måling av bokført verdi av gjenværende eiendeler.

Denne beregningsmåten vil alltid føre til at det er dekning for bundet egenkapital etter gjennomføring av fisjonen ettersom de verdiene som anvendes korresponderer med hverandre.

4.2.3 Virkelig verdi av gjenværende eiendeler

Ved valg av også denne tolkningsmåten legges verdien av de gjenværende eiendelene til grunn, men her vurderes eiendelene etter virkelige verdi, istedenfor etter den bokførte verdien. Så lenge virkelig verdi er høyere enn bokført verdi vil det også ved denne beregningsmåten være full dekning for bundet egenkapital etter gjennomføringen av fisjonen. I ovenstående eksempel vil beregningen bli slik:

Sum eiendeler	105
- gjeld	60
- gjenværende bundet egenkapital	40
Resultat	5

Figur 4.6 – dekningsgrad ved måling av virkelig verdi av gjenværende eiendeler.

4.2.4 Bokført verdi av overførte eiendeler

Både i dette tolkningsalternativet og alternativet i pkt. 4.2.5 legges til grunn verdien av de verdier som overføres til det overtakende selskapet. Dersom man legger bokført verdi til grunn, slik som i beregningen under, blir resultatet det samme som i alternativ 1 i pkt. 4.2.2. Resultatet blir null, ettersom summen av eiendelens verdi er lik summen av egenkapital og gjeld i balansen.

Nedsetningsbeløp	80
+ fri egenkapital	20
- skip	100
Resultat	0

Figur 4.7 – dekningsgrad ved måling av bokført verdi av overførte eiendeler.

4.2.5 Virkelig verdi av overførte eiendeler

Problemene oppstår dersom man legger virkelig verdi av de overførte eiendelene til grunn. Virkelig verdi vil ofte være høyere enn balanseført verdi for eksempel fordi eiendelene har steget i verdi siden siste balanse, eller fordi det er knyttet verdi til eiendelene som ikke lar seg oppføre i balansen. Av den grunn vil det bli underdekning dersom virkelig verdi av det som tas ut legges til grunn, og denne verdien er høyere enn den bokførte verdi, slik som illustrert i figuren under.

Nedsetningsbeløp	80
+ fri egenkapital	20
- skip	210
Resultat	- 110

Figur 4.8 – dekningsgrad ved måling av virkelig verdi av overførte eiendeler.

4.3 Ordinær kapitalnedsettelse

4.3.1 Bestemmelsens rekkevidde

Siden regelen i asal § 12-2(2) direkte regulerer kapitalnedsettelse, er det praktisk og naturlig å ta utgangspunkt i hvordan kravet til dekning for bundet egenkapital stiller seg ved ordinær kapitalnedsettelse.

Etter asal § 12-1(1)(2) kan det besluttes utdelt et større beløp enn nedsetningsbeløpet til aksjonærene. Dette fremgår av bestemmelsens tredje ledd, som sier at i slike tilfeller må generalforsamlingens vedtak angi beløpet, og hvordan beløpet skal dekkes. Grensen for beløpet er bestemt i asal § 12-2(2). Kravet er at beslutning som nevnt i asal § 12-1(1)(2) og (3), ikke kan gjelde større beløp enn at det etter kapitalnedsettelsen er full dekning for den gjenværende aksjekapital og annen bundet egenkapital, jf. asal § 8-1(1). Videre sier bestemmelsen at det er balansen ved siste regnskapsår som skal legges til grunn ved beregningen av beløpsgrensen. Dersom kapitalnedsettelsen skjer så tidlig på året at balansen fra siste regnskapsår ikke er fastsatt, skal beregningen skje ut fra en mellombalanse som skal utarbeides og revideres på grunnlag av reglene for årsregnskap. Mellombalansen kan ikke ligge lenger tilbake i tid enn seks måneder før den dag generalforsamlingen beslutter kapitalnedsettelsen, og videre skal det tas "tilbørlig hensyn" til hendelser som er inntrådt etter balansedagen, og tap som forventes å inntre, jf. asal § 12-2(2)(4).

Det er viet mye oppmerksomhet til hvilket beløp bestemmelsen knytter seg til, det vil si om det kun gjelder det som skal deles ut i tillegg til nedsetningsbeløpet, eller om bestemmelsen gjelder både nedsetningsbeløpet og det som eventuelt deles ut i tillegg til dette. Om dette har Justisdepartementet uttalt følgende:³⁶

"I juridisk teori synes det å være lagt til grunn at det forhold at § 12-2 annet ledd, jf. § 8-1 første ledd, gjelder ved kapitalnedsettelse, medfører at bestemmelsen også må gjelde ved

³⁶ Jf. Lovavdelingens uttalelse av 27. november 2002 (2002/10136 EP AS/CU) (JDLOV-2002-10136).

bruk av overkursfond. Dette fremstår imidlertid ikke som noen nødvendig slutning. Ved aksjonærutdeling i forbindelse med kapitalnedsetting, har skranken i § 12-2 annet ledd, jf. § 8-1 første ledd, bare praktisk betydning dersom selskapet ønsker å dele ut mer enn selve nedsettingsbeløpet, og da bare for den overskytende delen, se Lovavdelingens uttalelse 2. juli 1998 (sak 98/5543 E) og Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Oslo 1998, side 378. Andenæs uttrykker det slik: "Meningen er at det beløp som kan utbetales ved kapitalnedsettelse, er nedsettelsesbeløpet pluss det beløp som kunne vært utdelt som utbytte etter § 8-1 første ledd". Selve nedsettelsesbeløpet kan med andre ord deles ut uten at § 12-2 annet ledd, jf. § 8-1 første ledd, får praktisk betydning." (Min understrekning)

Dette er det imidlertid ikke enighet om i teorien. Perland mener dette er "åpenbart uriktig", i det han mener det er klart at bestemmelsen må gjelde for enhver utdeling som skjer i medhold av en kapitalnedsettelse.³⁷ Andenæs skriver som sitert i departementets uttalelse over, at det beløp som kan utbetales ved kapitalnedsettelse er nedsettelsesbeløpet pluss det beløp som kan utdeles etter asl/asal § 8-1(1).³⁸ Departementet har tatt til inntekt for at Andenæs må forstås slik at han med dette er enig i departementets forståelse av bestemmelsen, men dette kan ikke uten videre være tilfellet, i det både nedsetningsbeløpet og det som kan utdeles utover dette her nevnes. Videre har departementet for å presisere det de sa i ovennevnte sitat uttalt følgende i tolkningsuttalelse 2. mars 2004:³⁹

"I en uttalelse 27. november 2002 (JDLOV-2002-10136 snr. 02/10136 EP) ga Lovavdelingen uttrykk for at begrensningen i § 12-2 annet ledd ikke gjelder ved disponering av overkursfondet etter § 3-2 annet ledd nr. 4. Når det gjelder uttalelsene i nest siste avsnitt på s. 4 i brevet om anvendelsen av § 12-2 annet ledd ved utdelinger i forbindelse med nedsetting av aksjekapitalen, er vi enig i at disse kan synes å stå i motstrid

³⁷ Jf. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004 s. 548.

³⁸ Jf. Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Oslo 1998, s. 378.

³⁹ Jf. Lovavdelingens uttalelse av 2. mars 2004 (2003/09649 EP ASL/KJL) (JDLOV-2004-9649).

til oppfatninger vi har gitt uttrykk for i andre sammenhenger. Vi vil derfor presisere følgende:

I forbindelse med en kapitalnedsetting kan selskapet beslutte to former for utdelinger til aksjeeierne: tilbakebetaling av aksjekapital som følge av nedsettingen (nedsettingsbeløpet) og utdelinger utover det beløpet aksjekapitalen nedsettes med (merutbetalinger). § 12-2 annet ledd gir regler som begrenser adgangen til å foreta utdelinger som følge av nedsettingen, og innebærer at tilbakebetalingen ikke kan være større enn at selskapet etter tilbakebetalingen har full dekning for aksjekapitalen etter nedsettingen og selskapets bundne egenkapital for øvrig slik denne er definert i § 8-1 første ledd. (Er den bundne egenkapitalen i selskapet kr 200.000, mens den etter nedsettingen vil være kr 150.000, er det bare egenkapital utover kr 150.000 som kan utdeles til aksjeeierne - selv om aksjekapitalen nedsettes med et større beløp.)

Når det gjelder merutbetalinger, gjelder ikke § 12-2 annet ledd direkte etter ordlyden. Det er imidlertid alminnelig antatt at det gjelder begrensninger også for slike utdelinger. I uttalelsen 2. juli 1998 (JDLOV-1998-5543 snr. 98/5543 E) ga vi uttrykk for at slike utbetalinger må ligge innenfor rammene av fri egenkapital. Om man sier at dette følger av en anvendelse av § 12-2 annet ledd eller en anvendelse av § 8-1, vil etter det vi kan forstå være en smakssak.”

Det kan synes som de her prøver å moderere det de sa i uttalelsen av 27. november 2002, i det denne strider mot uttalelser de har kommet med i andre sammenhenger, for eksempel Lovavdelingens uttalelse av 2. juli 1998. På bakgrunn av det ovenstående legger jeg derfor til grunn at bestemmelsen omfatter både nedsetningsbeløpet og eventuelle andre utdelinger som foretas i forbindelse med kapitalnedsettelsen.

4.3.2 Bestemmelsens ordlyd

Ettersom ordlyden viser til den balansemessige virkningen, er den mest naturlige tolkningen at det er verdien av de gjenværende eiendelene som minst må tilsvare den

bundne egenkapitalen ettersom det etter fisjonen er disse verdiene som vil være oppført i balansen. Denne forståelsen legger også Perland til grunn.⁴⁰ Dette taler for at enten tolkningsalternativ en eller alternativ to er riktig, jf. henholdsvis pkt. 4.2.2 og pkt. 4.2.3.

Det neste spørsmål er hvorvidt balanseført verdi eller virkelig verdi skal legges til grunn for tolkningen. Dette er et viktig spørsmål i praksis, som særlig er av betydning ved fisjon, ettersom det da normalt overføres andre aktiva enn kontanter, og også ved tingsuttak. Mye av det etterfølgende gjelder parallelt også for tingsuttak, men jeg vil ikke gå inn på dette i denne fremstillingen eller ta for meg eksempler. Ordlyden knytter beløpsgrensen til den balansemessige virkningen av disposisjonen. Spesielt henvisningen til balansen for siste regnskapsår i andre punktum, legger opp til at det er den balanseførte verdien som skal benyttes i vurderingen. Kravet må dermed forstås slik at selskapet etter kapitalnedsettelse med utdeling til aksjonærene fortsatt må ha eiendeler som etter balansen fratrukket gjeld har verdi tilsvarende den nedsatte aksjekapital og annen bundet egenkapital selskapet måtte ha. Dette kravet kan også formuleres slik at selskapet etter de fradrag som følger av asal § 8-1(1), minst må ha annen egenkapital lik null.⁴¹

Dersom man istedenfor balanseført verdi la den høyere virkelige verdi til grunn for vurderingen etter asal § 12-2(2), ville man ikke lagt siste regnskapsårs balanse til grunn slik bestemmelsen foreskriver. Ordlyden alene taler dermed for at den balanseførte verdi legges til grunn, og dermed for at man legger det første tolkningsalternativet til grunn, nemlig den bokførte verdien av de gjenværende eiendelene, jf. pkt 4.2.2 foran.

4.3.3 Lovforarbeider

I høringsuttalelse til NOU 1996:3 la Norges Statsautoriserte Revisorers Forening til grunn at *"kravet om at det ved kapitalnedsettelse skal være full dekning for gjenværende*

⁴⁰ Jf. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004, s. 552.

⁴¹ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 23, og RS 802 Revisors redegjørelser og bekreftelser etter selskapslovgivningen, punkt 78.

aksjekapital og bundet kapital, vil skape problemer bl.a. ved regnskapsføring av tingsuttak til virkelig verdi". Justisdepartementet ga følgende bemerkning til dette, som støtter opp om det første tolkningsalternativet, jf. pkt. 4.2.2:⁴²

“Justisdepartementet vil for det første presisere at kravet om at selskapet etter nedsettingen må ha full dekning for den gjenværende aksjekapital og selskapets bundne egenkapital for øvrig, knytter seg til den balanseførte og ikke den reelle egenkapitalen. Departementet kan videre være enig i at et slikt krav kan skape problemer ved blant annet regnskapsføring av tingsuttak til virkelig verdi. Se også de synspunktene som Regnskapslovutvalget gjør gjeldende i NOU 1995:30 Ny regnskapslov s. 74-75. På den annen side må en slik løsning langt på vei være en følge av aksjelovens regler om fri og bundet egenkapital og at disse reglene igjen er knyttet opp mot et transaksjonsbasert historisk kost-regnskap. Selskapet vil derfor være henvist til å realisere eventuelle merverdier for å frigjøre kapital som kan utdeles til aksjeeierne.” (Min understrekning.)

Uttalelsen tyder på at balansen for siste regnskapsår oppstiller en grense, som eiendelenes balanseførte verdi må ligge innenfor ved utdeling. Uttalelsen gir videre uttrykk for at det ikke i hovedsak er hensynet til kreditorene som er bakgrunnen for bestemmelsen, i det eiendelene fritt kan selges, og merverdien da inngår i utbyttegrunnlaget for det påfølgende regnskapsår. Her er uttalelsen noe uklar i det dette ikke helt harmonerer med at departementet mener at bokført verdi av gjenværende eiendeler skal legges til grunn. Perland legger likevel til grunn at departementet i uttalelsen gir anvisning på det første tolkningsalternativet.⁴³ Aarbakke og Talmo derimot forstår uttalelsen som at departementet legger til grunn at det er virkelig verdi som er avgjørende og dermed alternativ to, men som Perland påpeker i sin artikkel, har de utelatt første setning i departementets uttalelse, noe som kan føre til forvirring.⁴⁴ Etter Perlands mening skal siste setning forstås slik at departementet her legger til grunn at man må gå ut fra de gjenværende eiendelenes verdi,

⁴² Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 166.

⁴³ Jf. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for forretningsjus 2004, s. 552-553.

⁴⁴ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 23.

slik at når de sier at merverdien må realiseres før den kan utdeles, anvises det på at bokført verdi av gjenværende eiendeler er beregningsgrunnlaget for kravet om dekning for bundet egenkapital. Denne oppfatningen gir også etter min mening best sammenheng.

For det tilfelle at det motsatte er riktig tolkning, det vil si at man ved beregningen går ut fra verdien av det som overføres eller utdeles, er ikke realisasjon av eiendelene alltid et aktuelt alternativ. Et eksempel er "fisjon" som ikke gjennomføres etter allmennaksjeloven kapittel 14. Slik "fisjon" vil imidlertid være utelukket i mange tilfeller dersom tolkningsalternativ fire legges til grunn, jf. pkt 4.2.5. I både NSRFs og Justisdepartementets uttalelse er det lagt til grunn at bestemmelsen kun vil kunne skape problemer når uttak regnskapsføres til virkelig verdi, i motsetning til etter kontinuitetsmetoden. I en senere uttalelse har Justisdepartementet imidlertid uttalt at valget av regnskapsmetode ikke skal være avgjørende for den selskapsrettslige verdivurderingen, noe som ikke harmonerer med den ovenfor siterte uttalelsen.⁴⁵

Det henvises til NOU 1995:30 s. 74-75, hvor det også diskuteres hvorvidt det er tolkningsalternativ en eller to som er riktig. Regnskapslovutvalget falt her ned på at tolkningsalternativ to er riktig, men departementet bestrider at dette er tilfellet i ovennevnte sitat fra Ot. prp. nr. 23 (1996-1997). Det siste tolkningsalternativ, at utdelte verdier skal vurderes til virkelig verdi berøres ikke i uttalelsen, noe som taler for at det iallfall ikke er denne beregningsmåten som skal være avgjørende.

Aksjelovutvalget hadde i § 6-28(2)(2) forslått en regel om at det "*i den fri egenkapital skal det her i samsvar med forsiktig og god forretningsskikk gjøres fradrag for tap inntruffet etter balansedagen og tap som må forventes å inntreffe*".⁴⁶ Dette forslaget ble ikke fulgt opp av Justisdepartementet, som uttalte følgende: "*Siden annet ledd dreier seg om selskapets bundne egenkapital, har departementet dessuten ikke videreført Aksjelovutvalgets henvisning til « fri egenkapital »*". Også denne uttalelsen tyder på at det

⁴⁵ Jf. Ot. prp. nr. 65 (1998-99) s. 20.

⁴⁶ Jf. NOU 1996:3 s. 292.

er det gjenværende som er avgjørende, ettersom det er den bundne egenkapital som er i fokus, ikke den frie (som kan utdeles).

Det at departementet nå har foreslått å tilføye et nytt tredje ledd til asl/asal § 3-6, hvor det slås fast at det er bokført verdi som skal legges til grunn, taler for at dette anses å være den beste løsningen.⁴⁷

4.3.4 Utdelingsbegrepet

Utdeling er definert i asal § 3-6. Etter bestemmelsens første ledd kan utdeling kun skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsettelse, fusjon eller fisjon og tilbakebetaling ved oppløsning av selskapet. Annet ledd regner opp hva som skal regnes som utdeling, og lyder som følger:

”Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode. Verdien skal beregnes etter virkelig verdi på dagen for overføringen.”

Spørsmålet er om siste punktum i ovenfor siterte bestemmelse har betydning for den foreliggende problemstillingen. Justisdepartementet uttrykker at asal § 3-6(2)(2) sett i sammenheng med bestemmelsens første punktum, *først og fremst* regulerer spørsmålet om en overføring til en aksjeeier skal anses som utdeling.⁴⁸ Det innebærer at dersom en overføring for eksempel skjer mot et veldig lavt vederlag sammenlignet med virkelig verdi, kan det være at differansen mellom vederlaget og den virkelige verdien må anses som utdeling som må gjennomføres etter et av regelsettene som første ledd nevner. Etter Justisdepartementets syn regulerer ikke asal § 3-6(2)(2) spørsmålet om hvordan uttaket skal regnskapsføres. Videre uttales det i proposisjonen at *”Som noen av høringsinstansene peker på, kan man i regnskapsmessig sammenheng ikke se bort fra at det ved tingsuttak i noen tilfeller skal gjøres unntak fra hovedregelen om virkelig verdi, men dette kan uansett ikke være bestemmende for den selskapsrettslige verdivurderingen etter § 3-6 annet ledd*

⁴⁷ Jf. Høringsbrev 28. juni 2004 (snr 200405676 EP).

⁴⁸ Jf. Ot. prp. nr. 65 (1998-99) s. 20.

annet punktum (eller for den saks skyld i forhold til de andre selskapsrettlige regler som er nevnt ovenfor hvor verdsettingen av eiendelen har betydning)”.

Endelig uttaler departementet at bestemmelsen ikke er avgjørende for om et tingsuttak skal regnskapsføres med virkelig verdi eller med regnskapsmessig kontinuitet, dette må alene bestemmes av regnskapsrettslige regler, jf. regnskapsloven.

Departementet legger altså til grunn at asal § 3-6(2)(2) ikke er bestemmende for regnskapsføringen, og likeledes at regnskapsrettslige regler ikke er bestemmende for den selskapsrettslige vurderingen. Av denne grunn er uttalelser i forarbeidene til regnskapsloven og regnskapsrettslig teori av mindre interesse i forhold til denne problemstillingen.

4.3.5 Merutdeling ved kapitalnedsettelse sammenlignet med utbytte

Utdeling i forbindelse med kapitalnedsettelse hvor det utdeles større beløp enn nedsetningsbeløpet, har visse likhetstrekk med utdeling av utbytte. Likevel er det rimelig å anta at den henvisning til asal § 8-1 som er i asal § 12-2(2), kun gjelder hvilke poster som inngår i et selskaps bundne egenkapital. Aarbakke og Talmo legger til grunn at slik merutdeling verken kan klassifiseres som eller likestilles med utbytteutdeling.⁴⁹ I Ot.prp. nr. 36 (1993-94) § 13-1(3) og NOU 1996:3 § 6-29(3) ble det foreslått at de materielle begrensningene i asal § 8-1 som gjelder for utbytte, skulle gjelde direkte også for merutbetaling ved kapitalnedsettelse. Forslaget ble imidlertid utelatt uten begrunnelse både i Ot.prp. nr. 23 (1996-97) og i loven, og det må således legges til grunn at disse begrensningene derfor ikke er ment å gjelde for merutbetaling ved kapitalnedsettelse. Dersom begrensningene likevel skulle legges til grunn ved verdimålingen etter asal § 12-2(2), er det uklart hva dette ville innebære, ettersom det heller ikke for utbytte er klart hva slags verdimålingsnorm som skal legges til grunn.

⁴⁹ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 24.

4.3.6 Juridisk teori

Et synspunkt som er hevdet i juridisk teori er at i den grad det kan påvises en regnskapsfaglig norm for hva som kan regnes som full dekning for bundet egenkapital, vil denne være avgjørende for forståelsen av § 12-2(2).⁵⁰ Aarbakke og Talmo mener på den andre side at et slikt synspunkt harmonerer dårlig med ovennevnte sitat fra Justisdepartementets uttalelse i Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 20, jf. punkt 4.3.4.⁵¹

Andenæs fremholder at når egenkapitalen ”etter balansen” er avgjørende, må det etter hans syn være de bokførte verdiene som skal legges til grunn i vurderingen om kravet til dekning for bundet egenkapital er oppfylt.⁵² Andenæs uttaler seg ikke om hvorvidt det er de gjenværende eller de overførte eiendeler hvis verdi som skal legges til grunn. Det er derfor noe uklart om han mener at tolkningsalternativ en eller tre er det riktige. Aarbakke m.fl. legger til grunn at selskapet ”må ha i behold eiendeler hvis verdi etter balansen fratrukket gjeld minst er lik den nedsatte aksjekapital og selskapets bundne egenkapital for øvrig”.⁵³ Det legges her til grunn at det er de gjenværende eiendelers verdi som er avgjørende, det vil si tolkningsalternativ en eller to. Videre synes det som om oppfatningen er at det er den balanseførte verdi som skal legges til grunn, slik at man faller ned på tolkningsalternativ en. Det sies imidlertid at dersom eiendelene har høyere virkelig verdi enn den balanseførte, følger det av Lovavdelingens uttalelse av 20. februar 2004 at denne verdien må ligge innenfor rammen som følger av bestemmelsen. Det fremgår ikke riktig hva som er konklusjonen, men det synes som om forfatterne mener balanseført verdi skal legges til grunn, men at Lovavdelingens uttalelse skaper noe tvil.

I svensk rett er det nå slått fast gjennom to høyesterettsdommer at det er bokført verdi som skal legges til grunn ved beregningen av om tingsuttak ligger innfor rammen.⁵⁴ Disse to

⁵⁰ Jf. Andersen m.fl., s. 59.

⁵¹ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 24.

⁵² Jf. Andenæs, s. 336.

⁵³ Jf. Aarbakke m.fl., s. 752-753.

⁵⁴ Jf. Aarbakke/Talmo, RR 6.2003, s. 25.

dommene avsluttet en lang debatt i svensk teori om hvilken verdi som skulle legges til grunn. (Denne diskusjonen relaterte seg for øvrig kun til utbytte.) I den svenske aktiebolagslagen § 6-1(2), som tilsvarende asal § 12-2, synes det underforstått at bestemmelsen skal forstås slik at det er balanseført verdi som skal legges til grunn, og dette var et argument i den svenske debatten.⁵⁵

4.3.7 Reelle hensyn

Et av hovedformålene bak bestemmelsen i asal § 12-2(2), er å beskytte selskapskreditorenes interesser. Dersom virkelig verdi av eiendelene legges til grunn, slik at virkelig verdi av eiendeler som utdeles må ligge innenfor rammen av nedsetningsbeløpet og det som kunne vært utdelt som utbytte i samsvar med 10%-grensen i asal § 8-1(2), legges det sterkere begrensning på utdelingsadgangen enn dersom man forstår bestemmelsen slik at det er bokført verdi som skal legges til grunn. Dette betyr at hensynet til kreditorene taler for å legge virkelig verdi til grunn.

I motsetning til dette hensynet står hensynet til selskapets eiere. Aksjonærene bør kunne disponere over selskapets eiendeler, også ved utdelinger som tilgodeser dem selv. Det er ikke i utgangspunktet gitt at bestemmelsen skal forstås på den måte som er gunstigst for kreditorene, dersom dette går på bekostning av andre hensyn som er like viktige.⁵⁶ Et poeng i denne sammenheng som taler mot å legge for mye vekt på kreditorenes interesser i vurderingen om man skal legge bokført eller virkelig verdi til grunn ved begrensningen i asal § 12-2(2), er at kreditorenes interesser allerede er ivaretatt gjennom kapitalbeskyttelsesreglene i allmennaksjeloven. Reglene knytter seg til bokført verdi, noe som også taler for at denne verdien skal legges til grunn ved den foreliggende problemstillingen. Kapitalbeskyttelsesreglene innebærer at det alltid skal være dekning for

⁵⁵ Jf. Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen 12:e og 13:e kapittel, kapitalskydd og likvidasjon, 2. opplag, 1995, s. 57.

⁵⁶ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 25.

den bundne egenkapital, men at merverdi utover den bokførte, såkalte "skjulte verdier" ikke tas i betraktning. Dersom man skal gå ut fra eiendelenes virkelige verdi i vurderingen av utdelinger etter asal § 12-2(2), medfører dette en disharmoni i regelverket. Dette kan være uheldig, ettersom rammene for hva man kan dele ut da vil være bestemt ut fra bokført verdi, og verdien av det som skal utdeles etter virkelig verdi. Konsekvensen av en slik løsning kan lett bli at det bindes opp større kapital i selskapet enn det som er nødvendig av hensyn til kreditorene, noe som igjen taler for at bokført verdi bør legges til grunn også i forhold til utdelinger.

Ettersom merverdi i alle tilfelle kan realiseres og deretter resultatføres og inngå i utbyttegrunnlaget neste regnskapsår, vil det uansett ikke ha så mye å si for kreditorvernet om man legger bokført eller virkelig verdi til grunn for utdelinger, i det verdien likevel kan tilkomme aksjeeierne, om enn på en mer tungvint måte.

Etter asal § 12-6 har kreditorene krav på varsel, og de har også mulighet til å komme med innsigelser, når det besluttes kapitalnedsettelse i et selskap, med de unntak som følger av asal § 12-5(2). Det må derfor antas at kreditorene er tilstrekkelig beskyttet gjennom andre regler, slik at det ikke er nødvendig å kreve at eiendelenes virkelige verdi må ligge innfor rammene ved utdeling. I tillegg er kreditorene sikret ekstra, fordi alle selskapene som deltar i fisjonen er solidarisk ansvarlige for forpliktelser, asal § 14-11(3). På denne måten blir ikke dekningsgrunnlaget redusert ved fisjonen. Kreditorene er godt beskyttet selv om tolkningsalternativ en legges til grunn. Ved valg av tolkningsalternativ en, vil reglene være tilsvarende reglene ved stiftelse, hvor det er sikret dekning for bundet egenkapital ved stiftelsen. Problemstillingen er om kreditorene skal sikres videre enn dette, ved at det legges inn en ekstra margin, som det vil være å kreve at virkelig verdi av det som overføres skal være innenfor rammen.

Et annet hensyn som taler mot å legge virkelig verdi til grunn er at dette skaper usikkerhet i tilfeller hvor den virkelige verdien er lavere enn den bokførte. Departementets uttalelse av 20. februar 2004 må antakelig forstås slik at man også i slike tilfeller skal legge den

virkelige verdien til grunn. Konsekvensen er at det kan tas ut høyere bokførte verdier enn balansen gir dekning for. Dette ville svekke kapitalbeskyttelsen, og det er derfor lite trolig at en slik løsning er tilsiktet av lovgiver. Samtidig ville det være lite konsekvent å ha ulike regler avhengig av om virkelig verdi var høyere eller lavere enn bokført verdi. Denne løsningen ville være problematisk i forhold til fastsettelsen av egenkapitalen i balansen med tanke på det verdiunderskudd som derved oppstår. Årsaken til at virkelig verdi er mindre enn bokført verdi vil ikke nødvendigvis kunne tilskrives ”forhold inntruffet etter balansedagen” eller ”tap som må forventes å inntreffe”, som er de to forhold som det skal tas hensyn til etter asal § 12-2(2)(4), og denne bestemmelsen vil derfor ikke alltid løse problemet.

Sammenhengen i regelverket taler for at det ikke kan være riktig å legge virkelig verdi til grunn. Aksjeloven og allmennaksjeloven har to typer kreditorbeskyttelse i forhold til utdelinger.⁵⁷ For det første er det den beskyttelse som ligger i at disposisjoner må skje innenfor den frie egenkapitalen, for det andre den beskyttelse som krav om kreditorvarsel og rett til innsigelser gir. Kapitalnedsettelse og fisjon er begge disposisjoner som faller innenfor den andre gruppen. De to gruppene av disposisjoner har ulike forutsetninger, og det er derfor ikke noe i veien for at det materielle grunnlaget for de to gruppene er ulikt. Disposisjoner i første gruppe må foretas innenfor grensen av den frie egenkapitalen, men til gjengjeld trenger ikke kreditorene å varsles. Et eksempel på en slik disposisjon er utbytte. Disposisjoner i gruppe to trenger i utgangspunktet ikke å ligge innenfor den frie egenkapital, men for slike disposisjoner må kreditorene varsles, og de har mulighet til å fremsette innsigelser. Dersom man skal følge departementets uttalelse av 20. februar 2004 som fremholder at kapitalnedsettelsesbeløpet må ligge innen den frie egenkapital innebærer dette at disposisjonen plasseres i gruppe en, og det er dermed vanskelig å forstå hvorfor det da skal gis kreditorvarsel i tillegg. Sammenhengen i regelverket tilsier at asal § 12-2(2) skal plasseres i gruppe to, og det bør derfor ikke kunne kreves at de aktuelle verdier ligger innenfor den frie egenkapital.

⁵⁷ Jf. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004, s. 558.

Departementet fremholder i nevnte uttalelse at ”*det har formodningen mot seg at det skulle gjelde forskjellige regler for adgangen til å utdele eiendeler i forbindelse med en kapitalnedsettelse, som i forbindelse med utbytte*”. Perland derimot uttaler i sin artikkel at dette ikke kan medføre riktighet i det lovgiver har valgt ulike former for kreditorbeskyttelse for de to disposisjonene, og begge hver i sær må anses tilfredsstillende. Dette taler for at tolkningsalternativ en legges til grunn for vurderingen etter asal § 12-2(2).

Gjennom lovforslaget om et nytt tredje ledd til asal § 3-6 som fastslår at det er bokført verdi som skal legges til grunn ved vurderingen, synes det som om også Lovavdelingen nå finner at dette gir best resultat.⁵⁸

Endelig taler det argument at det blir en meget stor forskjell mellom fisjon hvor overdragende selskap fortsetter og likvikdasjonsfisjon, dersom virkelig verdi skal legges til grunn, fordi dette kun vil ha konsekvenser for fisjoner der overdragende selskap fortsetter. Ettersom begge fisjonsmåtene er tillatt og likestilt, er det lite trolig at lovgiver har tilsiktet en slik forskjell mellom de ulike fisjonsmåtene.⁵⁹

4.4 Kapitalnedsettelse ved fisjon

Det ovenstående gjelder direkte for utdeling ved kapitalnedsettelse som sådan, men må gjelde tilsvarende ved overføringer ved fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, i det asal § 14-3(3) viser til asal § 12-2(2). Ved fisjon gjør imidlertid hensynene som taler for at bokført verdi skal legges til grunn seg gjeldende enda sterkere enn ved utdelinger etter kapitalnedsettelse, fordi det kan i ytterste forstand kan stenge for fisjonen dersom virkelig verdi skal legges til grunn. Realisasjon av eiendeler for å frigjøre aktiva til utdeling til aksjeeierne, som man kan gjøre istedenfor eller i tillegg til kapitalnedsettelse der poenget er

⁵⁸ Jf. Høringsbrev 28. juni 2004 (snr 200405676 EP).

⁵⁹ Jf. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004, s. 559.

å få ut aktiva til aksjeeierne, er ikke aktuelt ved fisjon.⁶⁰ Årsaken til at selskaper velger fisjon som fremgangsmåte er ofte at fisjon kan gjennomføres skattefritt, jf. skatteloven §§ 11-4 flg. Dersom man gjør overføringen ved salg av eiendeler til det overtakende selskapet, for så å utfisjonere fordringen på vederlaget til samme selskap i neste regnskapsår, vil transaksjonen utløse skatt, noe som vil være svært lite interessant for selskaper som skal utfisjonere store verdier.⁶¹ I tillegg er denne fremgangsmåten både tidkrevende og komplisert.

Ettersom det overtakende selskap er underlagt samme begrensninger i forhold til utdeling som det overdragende selskapet, gir ikke fisjonen aksjeeierne videre tilgang til selskapsmidlene. Kreditorne er også beskyttet av det overtakende selskaps sekundære ansvar, jf. asal § 14-11(3). Bestemmelsen innebærer at dersom det selskap som etter fisjonsplanen hefter for en forpliktelse misligholder denne, er de andre selskapene som deltok i fisjonen solidarisk ansvarlig inntil et beløp tilsvarende nettoverdien av det selskapet mottok ved fisjonen.

Den begrensning som følger av asal § 14-3(3), jf. § 12-2(2), kan til en viss grad omgås ved å gjennomføre fisjonen på alternative måter. Vilkåret om full dekning for bundet egenkapital gjelder kun hvor det overdragende selskap fortsetter etter fisjonen. En mulig løsning er dermed å gjennomføre fisjonen slik at det overdragende selskap likvideres ved gjennomføringen av fisjonen, jf. asal § 14-2(2). En slik løsning forutsetter at man har (minst) to overtakende selskaper, ettersom forutsetningen er at også den virksomhet som i utgangspunktet ikke skulle fisjoneres ut skal fortsette. Dersom man velger en slik løsning må imidlertid være oppmerksom på reglene om identifikasjon av regnskapsmessig overdragende og overtakende selskap i Norsk Regnskapsstandard pkt. 18-21.⁶² Av disse bestemmelsene følger at dersom en ren fisjon med oppløsning av det overdragende selskap fører til at mer en 60% av den samlede egenkapitalen i henhold til virkelig verdi, legges til

⁶⁰ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 166.

⁶¹ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 26.

⁶² Jf. Kvaal, RR 8.2000, s. 18.

ett av de overtakende selskapene, vil dette selskapet utpekes som regnskapsmessig overdragende selskap. Dette betyr at de samme regnskapsmessige krav stilles til dette selskap som ville vært stilt til et overdragende selskap ved en fisjon hvor overdragende selskap skulle fortsette.

En annen mulig løsning i tilfeller hvor den delen som skal være igjen i det overdragende selskap, har mindre merverdi enn den del som skal utfisjoneres, er å snu fisjonen, slik at man utfisjonerer den andre delen istedenfor. Både denne løsningen og den ovennevnte kan imidlertid være uaktuelle av andre grunner. Aarbakke og Talmo mener at ettersom lovgiver har åpnet for fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, er det lite som tilsier at adgangen til å gjennomføre slike fisjoner skal innskrenkes av en streng tolkning av asal § 12-2(2).⁶³ De mener derfor at det riktige må være å tolke bestemmelsen om krav om full dekning for den nedsatte aksjekapital og selskapets resterende bundne egenkapital på en slik måte at eiendeler som utdeles eller overføres kun kommer i betraktning med sin bokførte verdi. Aarbakke og Talmo hevder at de hensyn som taler for en streng fortolkning ved ordinær kapitalnedsettelse, ikke har nevneverdig styrke ved overføring ved fisjon, ettersom formålet ikke er å gjøre selskapsmidlene tilgjengelige for aksjeeierne i større grad enn før fisjonen.

En feil fortolkning vil kunne medføre selskapsrettslig ansvar etter asal § 3-7, og videre vil dette kunne føre til at vilkårene for skattefrihet ikke er oppfylt, jf skatteloven § 11-1(2) som setter som vilkår for skattefrihet at fisjonen er lovlig gjennomført i samsvar med selskapsrettslige regler. Denne usikkerheten fører til at mange planlagte fisjoner ikke blir gjennomført.⁶⁴

Det er imidlertid ingen klar løsning på spørsmålet. Det er forholdsvis lite behandlet i juridisk teori; Giertsen uttaler seg ikke om hvilken verdi som skal legges til grunn.⁶⁵ Aarbakke m.fl. viser til Lovavdelingen uttalelse 20. februar 2004 (snr 2004/3299 EP) hvor

⁶³ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 26.

⁶⁴ Jf. Aarbakke/Talmo, Fisjon hvor overdragende selskap fortsetter, RR 6.2003, s. 26.

⁶⁵ Jf. Giertsen, s. 182.

det antas at det er virkelig verdi av de overførte eiendelene som skal legges til grunn, og til ovennevnte artikkel av Aabakke og Talmo i RR 6.2003 s. 22 flg. hvor det tas til inntekt for at det er bokført verdi som skal benyttes i vurderingen.⁶⁶ Justisdepartementet har nå foreslått å tilføye et tredje ledd til asal § 3-6, for å slå fast at det er tilstrekkelig at den balanseførte verdien ligger innenfor grensen etter asal § 12-2(2).⁶⁷

På grunnlag av ovenstående mener jeg at tolkningsalternativ en er riktig. Dette grunner jeg for det første på ordlyden i asal § 12-2(2), som viser til at balansen for siste regnskapsår skal legges til grunn. Etter min mening gir denne henvisningen liten sammenheng dersom det er virkelig verdi som skal legges til grunn ved beregningen. Ordlyden taler også for at verdien av gjenværende eiendeler skal legges til grunn, ettersom det er tale om gjenværende aksjekapital og annen bundet egenkapital. Uttalelsene i forarbeidene synes å peke litt i begge retninger, men det uttales eksplisitt at det er balanseført og ikke reell egenkapital som skal legges til grunn.⁶⁸ Uttalelsene i teorien er sparsommelige, men de fleste synes å ta til orde for at det er balanseført verdi som skal legges til grunn. Det er få som uttaler seg om hvorvidt man skal legge verdien av gjenværende eller utdelte eiendeler til grunn, men både Aarbakke og Perland legger som nevnt under pkt. 4.3.6, og ovenfor i dette punkt, til grunn at det er gjenværende verdier som må være avgjørende.

Reelle hensyn taler også i retning av tolkningsalternativ en, både i form av at kreditorene er beskyttet på annen måte, gjennom krav om varsel m.m., og at det av hensyn til aksjeeierne ikke bør bindes opp mer kapital enn nødvendig i selskapet. Også det at aksjeeierne ikke får videre adgang til selskapsmidlene gjennom fisjon, taler for at man ikke nødvendigvis trenger å legge strengeste tolkning til grunn. Kapitalbeskyttelsesreglene knytter seg til balanseført verdi, noe som taler for at også vurderingen etter asal § 12-2(2) bør legge slik verdi til grunn, av hensyn til sammenheng i regelverket. I motsatt tilfelle ville balanseført

⁶⁶ Jf. Aarbakke m.fl., s. 858.

⁶⁷ Jf. Høringsbrev 28. juni 2004 (snr 200405676 EP).

⁶⁸ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 166.

verdi være avgjørende for hva som kan deles ut, mens verdien av det som utdeles ville være bestemt av virkelig verdi.

Jeg legger også vekt på at bruk av virkelig verdi vil medføre stor usikkerhet, og i ytterste forstand en svekkelse av kapitalbeskyttelsen, dersom virkelig verdi viser seg å være lavere enn den balanseførte. Dette synes lite hensiktsmessig, og kan ikke ha vært tilsiktet av lovgiver.

Endelig legger jeg betydelig vekt på den forskjell det vil bli mellom de to fisjonsmåtene dersom man skal legge virkelig verdi til grunn. Når vi har to likeverdige fisjonsmåter, bør ikke den ene måten vanskeligjøres ved å velge en svært streng tolkning.

4.5 Underdekning for aksjekapitalen i åpningsbalansen

4.5.1 Revisors bekreftelse

I tråd med det ovenstående kan det skje at åpningsbalansen viser at det ikke er dekning for den vedtektsbestemte aksjekapitalen på ”åpningsbalansedagen”, jf. punkt 2.2.3.1, dersom det forutsettes at tolkningsalternativ fire velges. Både åpningsbalansen og revisors påtegning av denne, som skal bekrefte at balansen er utarbeidet i samsvar med gjeldende regnskapsregler, skal vedlegges meldingen som skal sendes til Foretaksregistret, jf. foretaksregisterloven § 4-4(d). For at revisor skal kunne gi denne bekreftelsen, er det et vilkår at åpningsbalansen viser at det er full dekning for bundet egenkapital på åpningsbalansedagen. Dersom det ikke er tilfellet vil ikke revisor avgi sin bekreftelse og når denne ikke er vedlagt meldingen til Foretaksregisteret vil ikke selskapet kunne registreres. Konsekvensen av at selskapet ikke registreres innen fristen er at innskuddsforpliktelsen og andre forpliktelser bortfaller, jf. asal § 2-18(3). Ved fisjon innebærer dette at hele fisjonen bortfaller, og det overtakende selskapet vil ikke anses som lovlig stiftet, jf. asal § 13-17(1)(2), jf. § 14-8.

4.5.2 Ubetinget vilkår eller mulighet for retting?

Spørsmålet er videre om det er et ubetinget vilkår for registrering av selskapet at egenkapitalen etter åpningsbalansen er minst like høy som den vedtektsbestemte egenkapitalen. Det er ikke uttrykkelig bestemt av lovgiver at vilkåret er ubetinget. En mulig forståelse av asal § 2-8(4), om at selskapet skal ha en egenkapital etter åpningsbalansen som minst svarer til aksjekapitalen, er at dette ikke er et ubetinget vilkår for gyldig stiftelse.⁶⁹ Underdekningen vil i slike tilfeller representere underkurs ved aksjetegningen i det overtakende selskapet, noe som medfører plikt til innskudd av tilleggsverdier tilsvarende det mellomværende opp til aksjenes pålydende, jf. asal § 2-12. Denne plikten påhviler antakelig det overdragende selskapet, ikke selskapets aksjonærer.

Asal § 2-12(1) regulerer innskuddsforpliktelsen. Etter første punktum gjelder et forbud mot undertegning, det vil si at innskuddet ikke kan være lavere enn aksjenes pålydende. Videre etter annet punktum bestemmes det at dersom en aksje likevel tegnes mot lavere vederlag, skal pålydende likevel skytes inn. Denne bestemmelsen støtter etter min mening opp om en tolkning av § 2-8(4) om at selskapets egenkapital etter åpningsbalansen minst må svare til aksjekapitalen ikke er et ubetinget vilkår, men at det snarere er adgang til å skyte inn det resterende i etterkant, dersom det viser seg å være for liten verdi på det som alt er skutt inn.

Etter aksjeloven av 1957 § 32 var konsekvensen av undertegning at tegningen var ugyldig, mens 1976-loven ikke hadde noen uttrykkelig bestemmelse om dette.⁷⁰ Aksjeloven og allmennaksjeloven av i dag er endret på dette punktet, jf. asl/asal § 2-12(1)(2). Årsaken til underkursen, det vil si om denne er skjedd i henhold til bestemmelse i stiftelsesdokumentet, eller som følge av en feilvurdering av et innskuddsobjekt, er uten betydning. I alle tilfeller må det foretas full innbetaling av aksjeinnskudd. Sistnevnte tilfelle har mest til felles med den situasjon man har ved fisjon hvor det ikke er dekning for bundet egenkapital som følge av at verdimålingen av eiendeler som tas ut av det overdragende selskap skjer til virkelig

⁶⁹ Jf. Kåre Moljord, Egenkapitalkrav ved fisjon, RR 6.2002, s. 29.

⁷⁰ Jf. Aarbakke m.fl. s. 145.

verdi i motsetning til balanseført verdi. At det foreligger en slik plikt til innbetaling av aksjeinnskudd bekreftes i Rt-1997-1010.

I saken i Rt-1997-1010 rettet AS Mycron, en emisjon mot et meglerfortak, Invest. Etter en underliggende avtale skulle Invest overdra aksjene videre til andelshavere i Mycron datterselskap, KS Mytech AS. I denne forbindelse overtok Mycron andelshavernes andeler. Kapitalforhøyelsen ble formelt gjennomført som en kontantemisjon. Kort tid etter gikk Mycron konkurs, og konkursboet gikk til sak fordi det mente at emisjonen i realiteten var en tingsemisjon hvor Mycron hadde utstedt aksjer mot overtakelse av KS-andelene som på det aktuelle tidspunkt hadde en negativ verdi. Prinsipalt krevde konkursboet hele den påståtte underkursen ved tegningen innbetalt, subsidiært begrenset til tegningsbeløpet, det vil si aksjenes pålydende. Meglerforetaker ble frifunnet i byretten og lagmannsretten. Høyesterett fant imidlertid at det var grunnlag for gjennomskjæring, og foretaket ble dømt til å innbetale et beløp begrenset oppad til aksjenes pålydende til konkursboet. Det ble henvist til daværende aksjelov, § 4-4(1)(6), jf. § 2-3(3) som fastsetter at hvis aksjer tegnes til lavere vederlag enn aksjenes pålydende, skal pålydende likevel innskytes. Sistnevnte bestemmelse tilsvarer asal § 2-12(1).

Et alternativ til å innkalle underkursen dersom undertegning har funnet sted, er at styret beslutter kapitalnedsettelse, enten ved å slette aksjer eller ved å nedsette pålydende. Ved fisjon er det vanlig å gjøre kapitalnedsettelse i overdragende selskap, slik at i fisjonstilfellene blir dette alternativet i praksis å gjøre nedsetningsbeløpet større enn opprinnelig planlagt. I et ASA kan imidlertid ikke aksjekapitalen settes ned under NOK 1 000 000, jf. asal § 3-1. Dette må gjøres før stiftelsesdokumentet er undertegnet og aksjetegningen har skjedd, det vil ved fisjon si før fisjonsplanen er vedtatt på generalforsamlingen. Dersom en slik løsning lar seg gjøre i forhold til det lovbestemte minimumsbeløp, kan selskapet registreres på vanlig måte. Det er imidlertid ikke i alle tilfeller dette lar seg gjøre innen fristen på tre måneder for stiftelse av selskapet, jf. asal § 2-18(1). I så fall bortfaller innskuddsforpliktelsen og andre forpliktelser i og med stiftelsesdokumentet, noe som vil medføre bortfall av fisjonen.

4.5.3 Verdifall etter dagen for åpningsbalansen

Etter asal § 12-2(2) skal det tas tilbørlig hensyn også til hendelser inntruffet etter åpningsbalansedagen, og tap som forventes å inntreffe. Som hovedregel har ikke

aksjeeierne plikt til å vurdere eiendelenes verdi på nytt, men dersom det er grunn til å anta at verdifallet er stort, kan slik plikt inntre, jf. ordlyden ”tilbørlig hensyn”. Det er lagt til grunn at stifterne bare må sørge for at underdekning dekkes eller at selskapet stiftes med lavere nominell egenkapital dersom de forstår eller måtte forstå at aksjeinnskuddet har falt vesentlig i verdi slik at det klart ikke er dekning for aksjekapitalen på det tidspunkt selskapet stiftes.⁷¹ Tilsvarende er lagt til grunn for revisors bekreftelser og redegjørelser, jf. RS 802 Revisors redegjørelser og bekreftelser etter selskapslovgivningen pkt. 18. Revisor er ikke pålagt noen undersøkelsesplikt med hensyn til verdifall etter åpningsbalansedagen, men dersom han blir klar over at det ikke er dekning for aksjekapitalen, plikter han å ta opp dette med stifterne. Dette må gjelde tilsvarende ved fisjon, ettersom asal kapittel 14 viser til kapittel 2 om stiftelse.

4.5.4 Tilføring av aksjekapital etter åpningsbalansedagen

Før et selskap er stiftet kan stifterne etter asal § 2-10(3) fritt avbryte stiftelsen eller endre aksjekapitalen, inkludert skyte inn ytterligere aksjekapital for å oppfylle lovbestemte eller vedtektsbestemte krav, innenfor de grenser asal § 3-1 setter. Problemstillingen er om dette også lar seg gjøre etter at selskapet er stiftet, men før det er registrert i Foretaksregisteret. I motsetning til aksjeloven av 1976, oppstiller allmennaksjeloven i § 10-1(1)(2) forbud mot å gjøre kapitalforhøyelse i et selskap før det er registrert i Foretaksregisteret. Etter Moljords oppfatning kommer ikke denne bestemmelsen til anvendelse på ustiftede selskaper, og man er derfor ikke bundet av bestemmelsen i slike tilfeller.⁷² Etter asal § 2-10(3) kan styret i et stiftet, men uregistrert selskap foreta nytegning av aksjer for å skaffe dekning for aksjekapital ved kapitalnedsettelse på grunn av ugyldig aksjetegning. Spørsmålet er om det er tillatt å først gjøre en kapitalnedsettelse ned til det nivå hvor det er dekning, for så å gjøre kapitalforhøyelse opp til lovens minimumsgrense eller den vedtektsbestemte aksjekapital dersom kapitalnedsettelsen brakte aksjekapitalen under dette nivå.

⁷¹ Jf. Moljord, Egenkapitalkrav ved fisjon, Revisjon og regnskap 6.2002, s. 30.

⁷² Jf. Moljord, Egenkapitalkrav ved fisjon, Revisjon og regnskap 6.2002, s. 30.

Bestemmelsens ordlyd tyder på at forutsetningen for å kunne gjøre kapitalforhøyelse er at den forutgående kapitalnedsettelsen ikke kan ha brakt aksjekapitalen under den lovbestemte grensen på NOK 1 000 000 i asal § 3-1. Kapitalnedsettelse under det lovbestemte minimumsbeløp har imidlertid generelt vært tillatt, under forutsetning av at aksjekapitalen forhøyes med et beløp minst tilsvarende beløp i samme generalforsamling.⁷³ Justisdepartementet har uttalt at det ikke kan være noe i veien for å nedsette aksjekapitalen under den lovbestemte grense, dersom det *”samtidig besluttes kapitalforhøyelse ved fondsemissjon slik at den lovbestemte minimumskapital opprettholdes”*.⁷⁴ Senere har Justisdepartementet uttalt at det *”må gå fram at det er vedtatt å auka aksjekapitalen i form av fondsemissjon, og at denne skal tre i kraft ved kapitalnedsetjinga. Vi presiserer at føresetnaden var, og er, at fondsemissjonen skal tre i kraft samtidig med at kapiatalnedsetjinga trer i kraft”*.⁷⁵ Disse uttalelsene knytter seg til aksjeloven av 1976, men de er likevel av relevans, i det det var tilsvarende krav etter 1976-loven som de krav allmennaksjeloven oppstiller. På bakgrunn av ovennevnte uttalelser legger Aarbakke til grunn at kapitalnedsettelse i kombinasjon med kapitalforhøyelse kan gjennomføres til og med slik at den opprinnelige aksjekapital bortskrives fullstendig, og at aksjene bortfaller, dersom man så gjør kapitalforhøyelse minst til det lovbestemte beløp, med virkning fra samme tid.⁷⁶ For å gjennomføre en slik kapitalnedsettelse trengs det antakelig samtykke fra samtlige aksjeeiere, med mindre det er tale om kapitalnedsettelse etter asal § 12-1(1)(1) fordi hele aksjekapitalen er tapt.⁷⁷

Etter Moljords syns er det flere hensyn som taler for at bestemmelsen i asal § 2-10(3) også skal komme til anvendelse hvor kapitalen nedsettes lavere enn den grense asal § 3-1 oppstiller, for så å forhøyes til det lovbestemte eller vedtektsbestemte beløp. For det første taler hensynet til dekning for selskapets kreditorer for at kapitalforhøyelse bør være tillatt

⁷³ Jf. Aarbakke m.fl., s. 748 og Andenæs, s. 376.

⁷⁴ Jf. Lovavdelingens uttalelse 15. november 1977.

⁷⁵ Jf. Lovavdelingens uttalelse 12. oktober 1987.

⁷⁶ Jf. Aarbakke m.fl., s. 748.

⁷⁷ Jf. Andenæs, s. 380.

selv om underdekningen skyldes andre forhold enn ugyldig tegning, og videre for at innskudd bør kunne komme fra andre enn det overdragende selskap.

Etter mitt syn har det de beste grunner for seg å tillate slik kapitaltilførsel. Forutsatt at det beløp man tilfører er høyt nok, vil resultatet bli det samme uavhengig av om aksjekapitalen nedsettes under det lovbestemte minimum eller ikke, før man så forhøyer aksjekapitalen igjen fra samme tidspunkt. Dette vil lette gjennomføringen av lovlige fisjoner, som ellers kunne blitt satt på vent som følge av at man har valgt den strengeste tolkningen av kravet til dekning for bundet egenkapital. Når det finnes en mulighet til å løse problemet med at det ikke er full dekning, bør dette etter mitt syn tillates såfremt alle andre regler er fulgt.

5 Registre

5.1 Litteraturliste

- Aarbakke Magnus Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentartutgave, 2. utgave, Oslo 2004.
- Aarbakke og Talmo Asle Aarbakke og Frode Talmo, Fisjon hvor det overdragende selskapet fortsetter, Revisjon og Regnskap nr. 6 2003 s. 22 flg.
- Andersen Johannes Andersen, Arne Dyrkorn, Anders H. Liland og Jan Aastveit, Fusjon og fisjon, Oslo 2002.
- Andenæs Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper, Oslo 1998.
- Giertsen Johan Giertsen, Fusjon og Fisjon, Bergen 1999.
- Gjems-Onstad Ole Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett, Oslo 2003, 6. utgave.
- Handeland og Schwencke Øyvind Handeland og Hans R. Schwencke, Regnskapsloven med kommentarer.
- Johnsen og Kvaal Atle Johnsen og Erlend Kvaal, Regnskapsloven, Oslo 1999.
- Kvaal Erlend Kvaal, Problemstillinger i regnskapsstandard om fisjon, Revisjon og Regnskap nr. 8 2000 s. 12 flg.
- Lindskog Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen 12:e og 13:e kapittel, kapitalskydd og likvidasjon, 2. opplag, 1995.
- Moljord Kåre Moljord, Datering av åpningsbalanser, redegjørelser og bekreftelser ved fusjon og fisjon – til besvær?, Revisjon og Regnskap nr. 3 2002 s.

Moljord	Kåre Moljord, Egenkapitalkrav ved fisjon, Revisjon og Regnskap nr. 6 2002 s. 28 flg.
Perland	Olav Fr. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for forretningsjus 2004, s. 526 flg.
PricewaterhouseCoopers	PricewaterhouseCoopers, Paragraf nr. 3, desember 2000.
Skåre	Jan Skåre, Det nordiske aksjelovsamarbeidet, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1988, s. 606 flg.
Zimmer	Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, Oslo 2005, 5. utgave.

5.2 Lovregister

Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven)	§ 2-7	s. 8, 11 flg., 20, 26-27
§ 4-4 s. 52	§ 2-8	s. 8, 14-15, 20, 27, 53
Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)	§ 2-9 § 2-10 § 2-12 § 2-18 § 3-1	s. 8, s. 55 flg. s. 12, 19, 53-54 s. 52, 54 s. 54 flg.
§ 2 s. 2	§ 3-2 § 3-4	s. 37 s. 29
Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)	§ 3-6 § 3-7	s. 42-43, 48, 51 s. 50
§ 2-6 s. 19	§ 8-1	s. 29, 32-33, 36 flg., 43, 45
§ 2-12 s. 53		
§ 3-6 s. 42	§ 10-1	s. 50, 55
§ 8-1 s. 37	§ 10-2	s. 15, 20-21, 25 flg.
§ 13-1 s. 1	§ 10-3	s. 25
§ 14-1 s. 1	§ 10-12 § 10-17	s. 27-28 s. 25
Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)	§ 10-21 § 12-1 § 12-2	s. 25 s. 28-29, 36, 56 s. 28 flg., 32, 36 flg., 43 flg., 54
§ 2-3 s. 19		
§ 2-6 s. 8, 14-15, 18 flg.	§ 12-5 § 12-6	s. 46 s. 46

§ 13-1	s. 1	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap	
§ 13-2	s. 1	m.v. (regnskapsloven)	
§ 13-6	s. 10, 17, 24, 27	§ 1-5	s. 14
§ 13-7	s. 10, 15, 25	§ 1-6	s. 14
§ 13-8	s. 10, 15	§ 5-14	s. 11, 13
§ 13-9	s. 10, 15	§ 5-16	s. 11, 13-14
§ 13-10	s. 10-11, 15, 17, 20 flg., 26-27	§ 6-2	s. 11
§ 13-11	s. 10, 15	Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og	
§ 13-12	s. 8, 10, 15, 17-18, 21 flg.,	revisorer (revisorloven)	
§ 13-13	s. 10, 15	§ 4-1	s. 19
§ 13-14	s. 15, 18	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt på	
§ 13-17	s. 14, 52	formue og inntekt (skatteloven)	
§ 14-1	s. 1	§ 8-11	s. 7
§ 14-2	s. 1, 5, 49	§ 8-12	s. 7
§ 14-3	s. 5, 8 flg., 15, 20- 21, 25, 28-29, 48- 49	§ 8-13	s. 7
§ 14-4	s. 8, 10-11, 14-15, 17-18, 21 flg., 25 flg.	§ 8-14	s. 7
§ 14-5	s. 10	§ 8-15	s. 7
§ 14-6	s. 10	§ 8-16	s. 7
§ 14-7	s. 10, 15, 18	§ 8-17	s. 7
§ 14-8	s. 10, 14, 53	§ 8-18	s. 7
§ 14-9	s. 10	§ 8-19	s. 7
§ 14-10	s. 10	§ 8-20	s. 7
§ 14-11	s. 10, 46, 49	§ 11-1	s. 6, 50
§ 17-1	s. 20	§ 11-4	s. 6-7, 49
		Opphevede lover:	
		Lov 6. juli 1957 om aksjeselskaper	
		§ 32	s. 53

Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper

§ 2-3	s. 54
§ 2-4	s. 13, 18
§ 2-9	s. 18
§ 4-4	s. 54
§ 15-1	s. 23
§ 15-2	s. 23

5.3 Domsregister

Norsk Rettstidende:

Rt-1936-761	s. 13
Rt-1993-1399	s. 23
Rt-1995-441	s. 12
Rt-1995-1674	s. 12, 13
Rt-1997-1010	s. 54

Rettens Gang:

RG-1988-688	s. 12, 13
RG-1991-1052	s. 12, 13, 23

