

Cand.merc.aud.  
Aalborg Universitet  
10. semester 2007

# Selskabsretlig og selskabsskatteretlig omstrukturering

*Før og efter L110*

***Med fokus på:***

*Tilførsel af aktiver*

*Aktieombytning*

*Fusion og spaltning*

Vejleder:  
Professor, dr. jur. Erik Werlauff

Casper Villadsen

Mark T. Højgaard

Afleveret 7. juni 2007



## **Forord**

Denne afhandling er produceret i perioden primo februar til den 7. juni 2007. Afhandlingen er udarbejdet i fagområdet selskabsret og selskabsskatteret. Afhandlingen omhandler omstrukturering ved hjælp af tilførsel af aktiver, aktieombytning, fusion og spaltning.

Indledningsvis vil vi gerne takke Peter Thor Kellmer for kommentarer til afhandlingen, ligeledes vil vi takke Eyðbjörg Thorleifsson for bearbejdning af sproget. Sidst vil vi gerne takke vores vejleder Erik Werlauff for hjælp til strukturering af afhandlingen.

Aalborg den 7. juni 2007

---

Casper Villadsen

---

Mark T. Højgaard



# INDHOLD

1	Summary .....	1
2	Indledning.....	3
3	Metode.....	5
3.1	Juridisk metode.....	5
3.1.1	Betydning for projektet.....	5
3.2	Retspositivismen (Objektive krav).....	5
3.2.1	Betydningen for projektet .....	6
3.3	Hermeneutikken (Subjektive krav) .....	6
3.3.1	Betydning for projektet.....	6
4	Afgrænsning/Problemformulering .....	7
5	Selskabsretlige regler .....	9
5.1	Værdiansættelse af virksomhed.....	9
5.2	Tilførsel af aktiver .....	10
5.2.1	Apportindskud .....	10
5.3	Aktieombytning.....	13
5.3.1	Aktieombytning og nystiftelse af selskabet .....	13
5.3.2	Aktieombytning mellem allerede eksisterede selskaber.....	15
5.4	Fusion og Spaltning.....	16
5.4.1	Fusion.....	16
5.4.1.1	<i>Fusion gennem absorption AL § 134, 1. punktum.</i> .....	16
5.4.1.2	<i>Fusion gennem kombination AL § 134, 2. punktum.</i> .....	17
5.4.2	Spaltning .....	17
5.4.2.1	<i>Egentlig/fuldstændig/ophørsspaltning AL § 136, stk. 1, 2. punktum.</i> ..	17
5.4.2.2	<i>Uegentlig/delvisspaltning AL § 136, stk. 1, 3. punktum.</i> .....	19
5.4.2.3	<i>Kreditorsamtykke</i> .....	19
5.4.3	Universalsuccession.....	22
5.4.4	Selskabsretlig procedure ved fusion og spaltning.....	22
5.4.4.1	<i>Bestyrelsens fælles plan, hhv. AL § 134a og 136a.</i> .....	23
5.4.4.1.1	<i>Selskabernes navne og binavne</i> .....	24
5.4.4.1.2	<i>Selskabernes hjemsted</i> .....	24
5.4.4.1.3	<i>Nøjagtig beskrivelse af fordeling af aktiver og forpligtelser (kun gældende for spaltning)</i> .....	24
5.4.4.1.4	<i>Vederlaget til aktionærene i det indskydende selskab</i> .....	26

5.4.4.1.5	<i>Fordeling af vederlaget og kriteriet for fordelingen (kun gældende for spaltning)</i> .....	27
5.4.4.1.6	<i>Udbytte</i> .....	28
5.4.4.1.7	<i>Særlige rettigheder for aktionærer og andre rettighedshavere</i> ....	28
5.4.4.1.8	<i>Eventuelle andre foranstaltninger til fordel for aktionærer og andre rettighedshavere</i> .....	30
5.4.4.1.9	<i>Notering og udlevering af aktier, ydet som vederlag</i> .....	30
5.4.4.1.10	<i>Fusions/spaltningsdatoen</i> .....	30
5.4.4.1.11	<i>Særlige fordele</i> .....	30
5.4.4.1.12	<i>Udkast til vedtægter i nystiftede selskaber</i> .....	31
5.4.4.2	<i>Redegørelse fra hver af bestyrelserne, hhv. AL § 134b/136b</i> .....	31
5.4.4.2.1	<i>Fusions-/spaltningsregnskabet</i> .....	32
5.4.4.2.2	<i>Mellembalance</i> .....	34
5.4.4.2.3	<i>Apportindskud</i> .....	34
5.4.4.3	<i>Ekspertudtalelse, AL § 134c/136c</i> .....	36
5.4.4.4	<i>Fusions/Spaltningsplan sendes til E &amp; S, AL § 134d/136d</i> .....	36
5.4.4.5	<i>Fusions-/spaltningsbeslutning, hhv. AL §§ 134e og 134j/136e og 136j</i> 37	37
5.4.4.6	<i>Godtgørelse til selskabsdeltagerne, AL § 134f/136f</i> .....	38
5.4.4.7	<i>Kreditor interesser, AL § 134g/136g</i> .....	39
5.4.4.8	<i>Fusionens/spaltningsens ikrafttræden, AL § 134h/136h</i> .....	39
5.4.4.9	<i>Anmeldelse til E &amp; S, AL § 134i/136i</i> .....	40
5.5	<b>Delkonklusion</b> .....	41
6	<b>Skattepligtig omstrukturering</b> .....	45
6.1	Skatterelevante aktiver .....	45
6.2	Interessefællesskab .....	46
6.3	Realisation .....	47
6.4	Tilførsel af aktiver .....	48
6.5	Aktieombytning .....	48
6.6	Fusion .....	49
6.6.1	Aktionærernes skattemæssige stilling .....	49
6.6.2	De deltagende selskabers skattemæssige stilling .....	49
6.7	Spaltning .....	50
6.7.1	Aktionærernes skattemæssige stilling .....	50
6.7.2	De deltagende selskabers skattemæssige stilling .....	50
7	<b>Skattefri omstrukturering</b> .....	53
7.1	Succession .....	53
7.2	Myndighedskompetence.....	55

7.3	Klageadgang .....	56
7.4	Selskab i en medlemsstat.....	56
7.4.1	Hovedsædeteori .....	57
7.5	Subjektive Krav .....	58
7.5.1	Positive fortolkningsbidrag .....	60
7.5.2	Negative fortolkningsbidrag .....	60
7.5.2.1	<i>Leur-Bloem dommen C-28/95</i> .....	62
7.5.2.2	<i>Vognmandsdommen SKM2005.167.ØLR</i> .....	63
7.6	L110.....	65
7.6.1	Fællesregler for tilladelsesregelsættet.....	71
7.7	Tilførsel af aktiver .....	72
7.7.1	Skatteretlig .....	73
7.7.2	Betingelserne for skattefri tilførsel af aktiver .....	74
7.7.2.1	<i>Grenkravet.(samme som ved grenspaltning)</i> .....	75
7.7.2.1.1	<i>Andersen og Jensen sagen SKM 2002.620 (EF-domstolen), jf. SKM 2001.73 (Ligningsrådet) og TfS 2001.794 (Vestre Landsret)</i> .....	76
7.7.2.1.2	<i>Immaterielle</i> .....	80
7.7.2.1.3	<i>Medarbejdere</i> .....	81
7.7.2.1.4	<i>Debitormasse</i> .....	82
7.7.2.1.5	<i>Passiver</i> .....	83
7.7.2.2	<i>Efterfølgende eller forudgående hændelser</i> .....	83
7.7.3	L110.....	85
7.8	Aktie ombytning .....	85
7.8.1	Selskab i en medlemsstat .....	86
7.8.2	Aktieombytning to typer .....	87
7.8.2.1	<i>Stemme-flertalsombytning</i> .....	87
7.8.2.1.1	<i>Majoritet(flertallet af stemmerne)</i> .....	88
7.8.2.1.2	<i>Aktionæroverenskomster</i> .....	90
7.8.2.2	<i>Helejerskabsombytning</i> .....	92
7.8.3	Omytningsdato .....	94
7.8.4	6 måneders tidsfrist .....	95
7.8.5	L110 .....	96
7.8.5.1	<i>EU retten</i> .....	103
7.9	Skattefri fusion .....	105
7.9.1	Skatteretlig fusion .....	105
7.9.1.1	<i>Hvilke selskaber kan fusionere</i> .....	105
7.10	Skattefri spaltning .....	106
7.10.1	Skatteretlig spaltning .....	106
7.10.1.1	<i>Ophørs- og grenspaltning</i> .....	107
7.10.1.1.1	<i>Grenspaltning</i> .....	107
7.10.1.1.1.1	<i>Organisatorisk selvstændig bedrift</i> .....	108

7.10.1.1.1.2	<i>Fungere ved hjælp af egne midler</i> .....	108
7.10.1.1.2	<i>Ophørsspaltning</i> .....	109
7.11	De objektive betingelser.....	109
7.11.1	Vederlæggelse.....	110
7.11.1.1	<i>Fusions-/spaltningsdatoen</i> .....	110
7.11.1.2	<i>Indsendelse af fusions/spaltnings dokumenter</i> .....	110
7.11.1.3	<i>Det ophørende/indskydende selskabs skattemæssige stilling</i> .....	112
7.11.1.4	<i>Det modtagende selskabs skattemæssige stilling</i> .....	112
7.11.1.5	<i>Underskud</i> .....	113
7.11.1.6	<i>Aktionærernes skattemæssige stilling</i> .....	113
7.11.1.7	<i>Tilladelse</i> .....	113
7.11.2	L110.....	114
7.12	Delkonklusion.....	119
7.12.1	L110.....	122
8	Konklusion.....	127
9	Bilag 1, Tidspunkter i en fusion/spaltning, fra E&S.....	131
10	Bilag 2, Afgørelse fra E&S.....	133
11	Litteraturliste.....	137
11.1	Bøger.....	137
11.2	Artikler.....	137
11.3	Kompendier.....	138
11.4	Direktiver.....	138
11.5	Love.....	139
11.6	Cirkulærer.....	139
11.7	Bemærkninger, betænkninger og høringssvar.....	139
11.8	Domme.....	140
11.9	Andet.....	142



## 1 Summary

Restructuring is a concept used in legal matters as different ways to change a distinct corporate structure, in some cases into several different combinations. This can appear as associated company or as a parent/subsidiary structure. The restructuring can be carried out as taxable or non-taxable restructuring.

**The main purpose of this master's thesis is to analyse the consequences of a restructuring under company law and tax law, including the recently passed L110 (Act 343, 18. April 2007).**

The first part of this master's thesis will deal with the company law in which a general issue asset and liabilities valuation. In company law a restructuring shall follow the company law regulations, when concerning exchange of share, transfers of assets, mergers, and division.

Exchange of share and transfers of assets is not a company law concept, but is regulated in the company law by among others the non-cash contribution. Mergers and division has there own legislations within company law which has very specific order that should be followed.

The second part of this master's thesis deals with tax law, where one distinguishes between the taxable or non-taxable restructuring.

The taxable restructuring follows the common tax laws principles.

It is also possible to implement a non-taxable restructuring. This can be done via the succession principle. This means that the receiver succeeds in acquisition-time, -place, and -intention. Even if a transfer via succession in many cases is referred to as non-taxable transfer, is this not completely true as one usually talks about tax postponement. The receiver steps into the transferor tax position i.e. the receiver takes over the transferor tax charge and the tax which should be paid on taxable transfer's, the tax will be postponed until the receiver transfer from the assets.

To use the non-taxable version in a restructuring situation a company had to have a legit business reason to get approval. This changed with the final passage of L110, it is now

possible to implement a restructuring without asking approval. However L110 stipulates further demands which shall be fulfilled.

Even though a restructuring is possible in company law, the company should be aware of that it may not be possible in tax law i.e. it is not always possible to implement a restructuring non-taxable.

It is still possible to use both sets of rules in the tax law. Our current estimate is that in simple and straightforward restructuring the new set of rules can be used with advantage, while more complex restructuring will continue to use the approval system.

## 2 Indledning

Motiverne til en omstrukturering kan være mange og forskelligartede. De afhænger af de involverede parter og de gældende retsregler på området. Her spiller særligt selskabs- og skatteretten væsentlige roller, da deres muligheder og restriktioner vil kunne ændre de forudsætninger, der lå til grund for beslutningsprocessen. Der er i litteraturen konsensus omkring de generiske forhold, der kan betyde, at en omstrukturering i en eller anden form er nødvendig. Det kan være generationsskifte, synergigevinster gennem fusioner eller spaltninger, sikring mod fjendtlige overtagelser, fremtidens indtjening m.m. Alle disse forskellige og mangeartede motiver er i sagens natur underlagt den gældende lovgivning.

Der er netop vedtaget et lovforslag L110 - Loven giver mulighed for, at man nu arbejder med et todelt regelsæt, som giver mulighed for at gennemføre en omstrukturering enten gennem det normale ansøgningssystem eller det nye regelsæt, som lægger op til en objektivisering af reglerne.

Det interessante er, hvilke muligheder det nye regelsæt indeholder og hvad det egentlig er, som man skal være opmærksom på, hvis man vælger at gøre brug af det nuværende regelsæt. Det er ligeledes interessant at få undersøgt hvor meget selskabsretten og skatteretten korrelerer i forhold til deres indbyrdes begreber og hvor de supplerer og begrænser hinanden i forhold til at kunne få gennemført en omstrukturering.

De forskellige regelsæt stiller krav til de parter, der bliver involveret alt efter hvilken situation og motiv, der ligger til grund. Disse krav stilles til både virksomhedsejeren eller ejerne samt de rådgivere som bistår dem. Det er ikke uden betydning hvilken kvalitet af rådgivning, man får i en omstruktureringssituation, da myndighederne ikke godkender alle argumenter eller de forudsætninger, der ligger til grund for ansøgningen, ligesom både ejer og rådgiver skal kunne se et stykke ind i fremtiden og være i stand til at vurdere, hvad der er muligt, og hvad der er mere tvivlsomt.

Ligeledes er der et behov for at sikre, at rådgiveren kan gennemskue og diversificere de problemstillinger, der udspringer af, at man vælger at ændre på selskabets struktur – her tænkes særligt på de selskabsretlige og skattemæssige aspekter. Derfor er det vigtigt at

opnå en forståelse for de faldgruber som begge regelsæt indeholder, således man kan træffe den rigtige beslutning i den konkrete situation.

## 3 Metode

### 3.1 Juridisk metode

Ved juridisk metode tages udgangspunkt i to muligheder:

Ved den første, anvender man udelukkende de litterære skrifter, man har til rådighed, og forsøger at finde bevis på, at man selv har ret. Her tager man ikke hensyn til, at man i sidste ende skal overbevise dommeren.

Den anden mulighed er, at man sætter sig i modpartens (dommerens) sted og herefter forsøger at finde argumenter, der kan overbevise ham om, at den fremsatte påstand har hjemmel i loven. Man bruger derfor ikke tid på at overbevise sig selv, men tager udgangspunkt i at kunne overbevise modparten hvis denne evt. er i tvivl.

Selvom udgangspunktet er forskelligt, må man forvente, at konklusionen vil blive nogenlunde ens, fordi der som oftest bliver fulgt en retsnorm, som er gældende for begge.<sup>1</sup>

#### 3.1.1 Betydning for projektet

Vi vil tage udgangspunkt i den første metode, idet vi først vil undersøge lovtekster, hvad de siger, og hvilken betydning de har, men hvor der er flere fortolkningsmuligheder, og hvor der ellers kan opstå tvivl om gældende ret, vil vi benytte os af andre kilder end udelukkende lovteksten, det være sig domspraksis, juridiske bøger, tidsskrifter, vejledninger mm..

### 3.2 Retspositivismen (Objektive krav)

Jeremy Bentham, en af retspositivismens teoretikere, har især præget den skandinaviske realistiske retsvidenskab. Jeremy Bentham adskiller retten, som den er, fra hvad den bør være. Den først nævnte, mente Bentham, at man kunne løse igennem erfaring, dvs. gennem litterære studier. Den sidst nævnte mente han, man kun kunne løse gennem politik og moralske anskuelser. Kort sagt bliver der tale om en todeling.

---

<sup>1</sup> Lauridsen, Preben Stuer, *Om ret og retsvidenskab*, kapitel 8

Vi har så valgt at anvende den første indgangsvinkel, dvs. at vi kun ser på kravene for at gennemføre en omstrukturering ud fra et retspositivistisk synspunkt. Vi ser altså kun på paragrafferne, og fortolker dem ikke som sådan, men undersøger derimod udelukkende hvilke krav, der skal være opfyldt for at opnå et retskrav.

Retspositivismens centrale punkt er, at man adskiller ret og etik.

Indenfor den positivistiske tankegang interesserer man sig ikke for hvad der er etisk/moralsk rigtigt, men tager derimod udgangspunkt i konkrete facts.

### ***3.2.1 Betydningen for projektet***

Vores behandling af de objektive betingelser for omstrukturering, bygger på Jeremy Bentham teori om, at hvad retten **er**, er nødvendigvis ikke det samme som det den **bør** være. I tilknytning til de objektive betingelser for omstrukturering, jf. AL, ApL, FUSL, vil vi udelukkende koncentrere os om, hvad retten er. Der vil således ikke blive taget hensyn til hvad retten bør være.

### **3.3 Hermeneutikken (Subjektive krav)**

Hermeneutikken bygger i modsætning til positivismen på logik eller opbygget sædvane. Det er ikke loven, der er i centrum, men derimod traditionen. Hvad man gjorde i går, gør man også i dag, medmindre man kan overbevise samfundet med argumentation om, at det man vil ændre bliver mere rigtigt. Dvs. det som man kan overbevise de andre om, er ret.

#### ***3.3.1 Betydning for projektet***

Der er i tre<sup>2</sup> af metoderne inden L110 et krav om, at der er opnået tilladelse til at udføre dem. Her er det et spørgsmål om hvad man kan overbevise myndighederne om, at man skal have lov til, dvs. et spørgsmål om hvorvidt, der kan argumenteres for, at dispositionen er forretningsmæssigt begrundet. Denne del af projektet, der omhandler tilladelsen, vil blive behandlet ud fra et hermeneutisk synspunkt.

---

<sup>2</sup> Aktieombytning, tilførsel af aktiver og spaltning.

## 4 Afgrænsning/Problemformulering

**Hovedformålet med denne afhandling er at analysere de selskabsretlige og skattemæssige konsekvenser ved en omstrukturering herunder inddragelse af L110 vedtaget ved lov nr. 343 af 18. april 2007.**

Der bliver foretaget mange og forskelligartede omstruktureringer i Danmark hvert år. Til disse regler hører der omfattende domspraksis, især på det skattemæssige område. Selskabsretten derimod er i litteraturen ikke behandlet på samme omfattende måde, man må dog erkende, at der er stort samspil mellem de to regelsæt, og man kan derfor ikke behandle dem isoleret, men må have kendskab til begge dele for at opnå en samlet forståelse. Skatteretten forudsætter, at de selskabsretlige regler er opfyldt.

Afhandlingen vil forsøge at behandle de selskabsretlige problemstillinger. Afhandlingen vil fremhæve og behandle de selskabsretlige hjørnestelementer og problemstillinger, samt analysere dem med henblik på at få fremhævet væsentlige problemstillinger, der kan opstå ved en omstrukturering. Dernæst vil afhandlingen behandle de skatteretlige elementer på samme måde som den selskabsretlige del, således at fællesdelen, som består af bl.a. det subjektive krav, vil blive behandlet først. Herefter vil de objektive elementer for de enkelte omstrukturingsmetoder blive inddraget og behandlet. Afhandlingen vil analysere og vurdere, hvor der ligger faldgruber, man skal være opmærksom på, og domspraksis vil blive brugt som gennemgående illustration i den sammenhæng.

Til de enkelte omstruktureringstyper vil L110 nu lov nr. 343 af 18. april 2007 blive inddraget, da denne giver nye muligheder for omstrukturering, dette regelsæt kan benyttes sideløbende med det nuværende ansøgningsregelsæt. De vigtigste bestemmelser i det nye regelsæt vil blive fremhævet, analyseret og vurderet. Her vil særligt høringssvar og kommentarer blive inddraget for at give et samlet billede. Dernæst vil muligheder og ulemper ved at bruge det ene eller andet regelsæt blive analyseret og inddraget til en samlet konklusion.

Afhandlingen bygger på de problemstillinger der er fremhævet positivt i problemformuleringen. Det betyder, at vi har selskabsretlig og skatteretlig afgrænset os

ud fra et væsentlighedskriterium. Både inden for selskabsretten og skatteretten vil der derfor kunne findes områder, som er behandlet i relation til omstrukturering, men som vi har valgt fra. Afhandlingen tager udgangspunkt i de tidligere og nye regler, der gælder for omstrukturering. Udgangspunktet er de gældende danske og EU retlige regler, der gælder på området.

Afhandlingen omhandler udelukkende nationale omstruktureringer og udelukkende aktieselskaber, som defineret ud fra dansk ret. KSL § 33 C vil derfor ikke blive inddraget, da denne omhandler de successionsregler, der gælder ved nære medarbejdere og familiemedlemmer, hvilket ikke er afhandlingens udfordring. Heller ikke generationsskifte problemstillingerne vil blive fremhævet positivt, men der vil være emner, hvor de bliver behandlet som en illustration af praksis. Denne afhandling har til formål udelukkende at fokusere på de vigtigste selskabs- og skatteretlige aspekter. Årsregnskabsloven vil blive inddraget i det omfang den fremmer forståelsen de aspekter, der følger af en omstrukturering.

Sambeskatningselementet vil ikke blive berørt, da dette ligger ud over selve omstruktureringssituationen, og de krav der følger med en sådanne. Der vil givetvis være situationer hvor en koncern struktur grundet en omstrukturering frembringer nogen meget relevante problemstillinger, men det vurderes at ligge uden for afhandlingens fokus.



## 5 Selskabsretlige regler

### 5.1 Værdiansættelse af virksomhed

Fastsættelse af en virksomhedsværdi er ikke en øvelse, der ender med et tal, man kan sætte to streger under, da der grundet de mange implicite momenter foreligger en subjektiv vurdering. Denne subjektivitet vil altid være tilstede, da selve taldelen i en virksomhedsvurdering som regel kun er en lille del. Der ligger en ganske stor mængde value-drivers i selv en virksomhed af begrænset størrelse, som vil kunne påvirke en vurdering i enten positiv eller negativ retning.

I en vurderingssituation er der muligt at støtte sig til Told og skat cirkulære nr. 9 fra 2000 om værdiansættelse af aktier og anparter. Dette cirkulære kan vejlede i værdifastsættelsen af aktier mellem nærtstående, hvor værdien af aktierne eller anparterne ansættes til handelsværdien, dog med hjælpemidler, der tager stilling til evt. faste ejendomme, associerede selskaber, goodwill og udskudt skat i de involverede selskaber<sup>3</sup>. En vurdering, der lægger vægt på en værdiansættelse af aktiverne kaldes en substansværdimetode. Hvad angår værdiansættelse af goodwill, så kan den være forbundet med betydelige vanskeligheder i de tilfælde, hvor der ikke foreligger en branchekutyme eller hvor den ikke tidligere har været genstand for overdragelse mellem uafhængige parter. Her vil Told og skat cirkulære nr. 10 fra 2000 om værdiansættelse af goodwill finde anvendelse både ved overdragelse interesseforbundne parter og mellem uafhængige parter.<sup>4</sup>

Cirkulære nr. 9 er som sådan ikke bindende for skattemyndighederne på samme måde som f.eks. 1982 cirkulæret er. Det skal inddrages i vurderingen såfremt der foreligger et gaveelement. Derfor kan skattemyndighederne i princippet tilsidesætte en vurdering, udarbejdet ud fra cirkulæret til fordel for en vurdering udarbejdet efter andre principper.

En af grundene til at arbejde ud fra cirkulærerne er, at man derved forsøger at sikre, at de interesseforbundne parter opfylder det grundlæggende skattemæssige krav, om at det

---

<sup>3</sup> Schmidt, Christian Lindekilde, *Dansk skattemæssig værdiansættelse*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2005.28

<sup>4</sup> Eriksen, Claus Hedegaard, *Myndighedernes adgang til at korrigere i parternes værdiansættelse*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2005.4

er et realitetsindhold, der knyttes til i de dispositioner, som beskatningen skal foretages i, frem for dispositionens ydre formelle form.

Såfremt parterne ikke er interesseforbundne, vil der være en formodning om, at de har modsat rettede interesser i at få aktierne værdiansat til det, som de er værd i markedsmæssig henseende. En værdiansættelse kan derfor som udgangspunkt antages at blive fastsat ud fra et realitetsindhold.

Selve handelsværdien af aktierne vil ud fra en corporate finance tankegang skulle findes ved at dele virksomhedens fremtidige pengestrømme op i en budget og en terminalperiode og så udregnes værdien ud fra det, en DFC. Ved unoterede virksomheder er det ikke kutyme at arbejde med en terminalperiode, hvilket man skal være opmærksom på ved værdiansættelsen. Alternativt kan man bruge forskellige Peer metoder for at fastsætte aktiernes værdi, eller man kan vælge andre Cash flow modeller f.eks. EVA modellen. For en nærmere gennemgang af forskellige metoder til værdiansættelse henvises til RR.2003.09.0024.<sup>5</sup>

## **5.2 Tilførsel af aktiver**

Tilførsel af aktiver er ikke et selskabsretligt begreb. Selskabsretligt vil en tilførsel af aktiver skulle følge de selskabsretlige bestemmelser, der gælder ved apportindskud. Således har det skattemæssige begreb ”tilførsel af aktiver” sit selskabsretlige modstykke i begrebet ”apportindskud”.

### **5.2.1 Apportindskud**

Apportindskud kan defineres som indskud af andre værdier end kontanter, jf. AL § 6, stk. 1, nr. 1.. Selskabsretten omhandler for så vidt alle typer apportindskud, herved menes, at det kan være en maskine eller en debitor, blot det pågældende aktiv overholder definitionen i AL § 6.

Selve reglerne indeholder ingen beløbsmæssige over- eller undergrænser, og er derfor underlagt de sikkerhedsbestemmelser, som selskabsretten forskriver

---

<sup>5</sup> Der bør gøres opmærksom på at ved anvendelse af de forskellige Cash Flow modeller skal nå til samme resultat, samtidig skal det understreges, at der er et utal af muligheder for at manipulere med tallene alt efter hensigt.

Ved indskud af kontanter, er der i sagens natur ikke behov for en ekstern vurderingsmand, mens der ved indskud af andre værdier f.eks. et aktiv kræves, at der udarbejdes yderligere dokumentation. Iflg. AL § 6 skal der fremgå af stiftelsesdokumentet vedr. apportindskud, at det er af økonomisk værdi, hvilket skal kunne vurderes økonomisk inden for monetære rammer. I loven er der direkte forbud mod indskud af arbejdsforpligtelse og fordringer på stiftere, heller ikke om de er sikret ved pant. Denne regel stemmer også overens med de generelle regler om absolutte forbud mod aktionærlån.<sup>6</sup>

De særlige rettigheder eller stifterfordele”, AL § 6, stk. 1, nr. 3-4, skal oplyses, idet de ligeledes kan være med til at underminere selskabets økonomi. Dette medfører dog en forpligtelse til at stifterfordele og andre aftaler, der medfører væsentlige økonomiske forpligtelser for selskabet lægges åbent frem i stiftelsesdokumentet. Aftaler som er oplyst i stiftelsesdokumentet (eller burde være oplyst), men ikke godkendt ved stiftelsen, kan ikke påberåbes overfor selskabet hvilket hjemler ugyldighed, jf. AL § 6, stk. 5. Af samme grund anfører Krüger, at der i praksis ikke har været alarmerende problemer, hvad angår misbrug af reglerne.<sup>7</sup>

Ved tilførsel af en hel virksomhed, stiller AL § 6a stk. 2 yderligere krav, om at der skal udarbejdes en åbningsbalance med uforbeholden revisorpåtegning. Derudover skal vurderingsberetningen også indeholde en beskrivelse af det indskudte, jf. AL § 6a, stk. 1, nr. 1 til 4.

Selve åbningsbalancen kan godt tage udgangspunkt i en stiftelse, der sker med tilbagevirkende kraft, dog ikke længere tilbage i tid end det indskydende selskabs regnskabsaflæggelse muliggør. Maksimalt 18 måneder.

Selve vurderingen skal foreligge umiddelbart, så tæt på som muligt inden den konstituerende generalforsamling jf. § 6a, stk. 3 heraf følger at ” vurderingen må ikke være foretaget tidligere end 4 uger før den konstituerende generalforsamling”. Der bliver også stillet krav til vurderingsmændene og deres kvalifikationer, hvilket fremgår

---

<sup>6</sup> Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 136

<sup>7</sup> Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 134

af lovteksten, som understøtter, at det skal være fagkyndige vurderingsmænd/reg. el. statsaut. revisorer.

Lovteksten præciserer også, at selve vurderingen skal foretages på ny, hvis denne frist ikke overholdes – Særlig interessant er det, at vurderingsmanden ikke blot kan anføre, at denne står ved sin erklæring, men at en ny skal udfærdiges. Herved gøres opmærksom på, at vurderingsmændene såfremt en ny vurdering skal foretages sikrer sig, at periodens resultater er blevet bogført, samt at balancen er blevet ajourført.<sup>8</sup>

Det kan ikke antages, at indskud af en aktiebeholdning som sådan er en virksomhed, og der er derfor ikke krav om udarbejdelse af en åbningsbalance. I praksis vil en sådan alligevel ofte blive fremlagt, særligt i forbindelse med nystiftelse af et holdingselskab.<sup>9</sup> Såfremt virksomheden er underlagt eller har valgt frivillig revision skal åbningsbalancen være revideret og have en blank revisionspåtegning.

Fastsættelse af en objektiv aktieværdi er ikke problematisk, såfremt virksomheden er noteret på en børs, værdien på børsen må antages at være den korrekte prisfastsættelse ud fra et markedsmæssigt synspunkt. Er der derimod tale om en unoteret virksomhed, må man udregne værdien baseret på værdien af budget og terminal perioder for at nå frem til den markedsmæssige værdi af egenkapitalen<sup>10</sup>, jf. afsnit 5.1.

Selskabsretlig vil en fejlvurdering kunne resultere i, at AL § 113 hjemler et muligt krav mod stifteren om tilbagebetaling ved uretmæssig udlodning. I konkursmæssig henseende vil der også være en mulighed at kræve tilbagebetaling, såfremt overdragelsen er sket inden for konkurslovgivningens omstødelsesfrister, dvs. 2 år før fristdagen, der skal i den forbindelse henvises til konkurslovens § 64 stk. 2. Til sidst vil man ikke kunne udelukke, at civile retslige søgsmål kan blive en konsekvens af en fejlvurdering.<sup>11</sup>

Såfremt værdiansættelsen af aktierne / apportindskuddet er for lav, vil dette være at betragte som overkurs, hvilket er skattefrit efter SEL § 13 stk. 1 nr. 1. Denne situation

---

<sup>8</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 194f

<sup>9</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 34

<sup>10</sup> Andersen, Per Vestergaard, *Corporate finance & governance, økonomi, strategi, værdiskabelse*

<sup>11</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 199

vil kunne udløse bestemmelser omkring ansvarspådragende adfærd jf. § 140, men skattemæssigt er en overvurdering neutral.

En for høj vurdering af aktierne / apportindskuddet, vil skattemæssigt også være neutral, hvis forskelsbeløbet ikke overstiger aktiekapital plus en evt. angivet overkurs. I stedet nedreguleres anskaffelsessummen for aktierne - dvs. at der ligger en latent, forøget ABL - beskatning på aktierne.<sup>12</sup> Selskabsretligt vil der være tale om stiftelse/nytegning til underkurs, dette er ulovligt, jf. AL § 13, stk. 1. Er en stiftelse/nytegning til underkurs gennemført, så er der selskabsretligt ikke hjemmel til tilbagekaldelse af registrering, ej hellere har Erhvervs og Selskabsstyrelsen mulighed for at erklære selskabet som sådan ugyldigt.<sup>13</sup> Der vil dog være mulighed for at erstatningskrav efter AL §§ 140 og 141.

Der henvises i denne forbindelse til TfS 2001.173 V, hvor myndigheder ville statuere maskeret udlodning, hvilket ikke blev gennemført da forskelsbeløbet ikke oversteg aktiekapital + overkurs:

Havde der i ovenstående sag foreligget en situation, hvor forskelsbeløbet oversteg aktiekapital + overkurs, så ville der givetvis være blevet statueret udlodning, jf. LL § 16 A, altså maskeret udbytte.<sup>14</sup>

## 5.3 Aktieombytning

### 5.3.1 Aktieombytning og nystiftelse af selskabet

De særlige selskabsretlige regler ved en aktieombytning er i overvejende grad baseret på apportindskudsreglerne, som er behandlet i afsnit 5.2.1 ovenfor.

En aktieombytning vil selskabsretligt være at anse som indskud af værdier mod vederlag i aktier evt. delvis kontanter i det modtagende selskab. Såfremt der sker nystiftelse i forbindelse med ombytningen, vil der selvfølgelig ikke være mulighed for kontant vederlag, men udelukkende vederlag i aktier i det nystiftede selskab. Nystiftelse er i praksis den mest anvendte version til oprettelse af holdingselskaber f.eks. som led i et

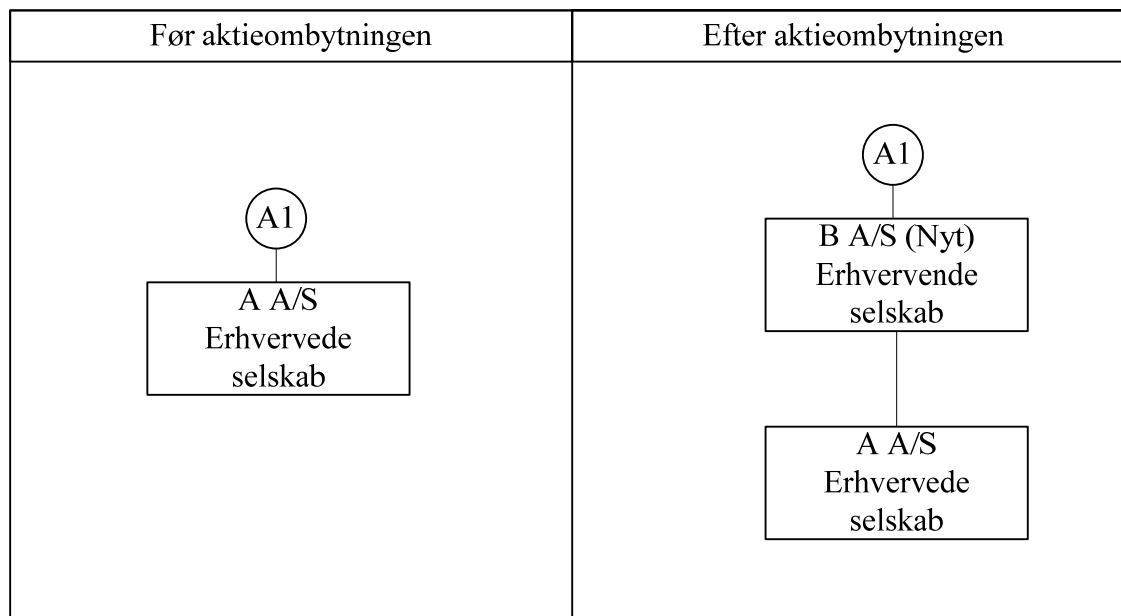
---

<sup>12</sup> Werlauff, Erik, *Kompendium i selskabsskatteret*, PDF udgave 2006, s. 202

<sup>13</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 198

<sup>14</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 34, Werlauff, Erik, *Kompendium i selskabsskatteret*, PDF udgave 2006, s. 202, Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 459.

generationsskifte. Dette kan gøres både skattepligtig og skattefrit, jf. henholdsvis afsnit 6.5 og afsnit 7.8. Figur 1 viser hvilken effekt en aktieombytning har i forbindelse med holdingdannelse.



**Figur 1: Aktieombytning nyt holding selskab**

Det der indskydes er et aktiv, her forstået som en aktiepost ved etablering af en holdingstruktur. Såfremt selskabets egenkapital har en mindre nominel værdi end det indskudte, vil der for aktieselskaber skulle hensættes til overkurs eller stiftertilgodehavende ved stiftelse jf. ASL § 111 stk. 2.

Ved nystiftelse af et selskab, er der selskabsretligt et krav om, at der ved apportindskud foreligger en vurderingsberetning,<sup>15</sup> generalforsamlingsgodkendelse og registrering hos E&S. Serup anfører, at det indskydende selskab eller holdingselskabet optager de indskudte aktier til kostprisen for klasse B og til indre værdi som klasse C.<sup>16</sup> Begge selskabstyper optager sådanne kapitalandele i moder / holding til kostpris ved første indregning. Efterfølgende har C klasse som Serup angiver mulighed for at indregne til indre værdi, det bemærkes at dette har B for så vidt også har muligheden, hvis de vælger det.

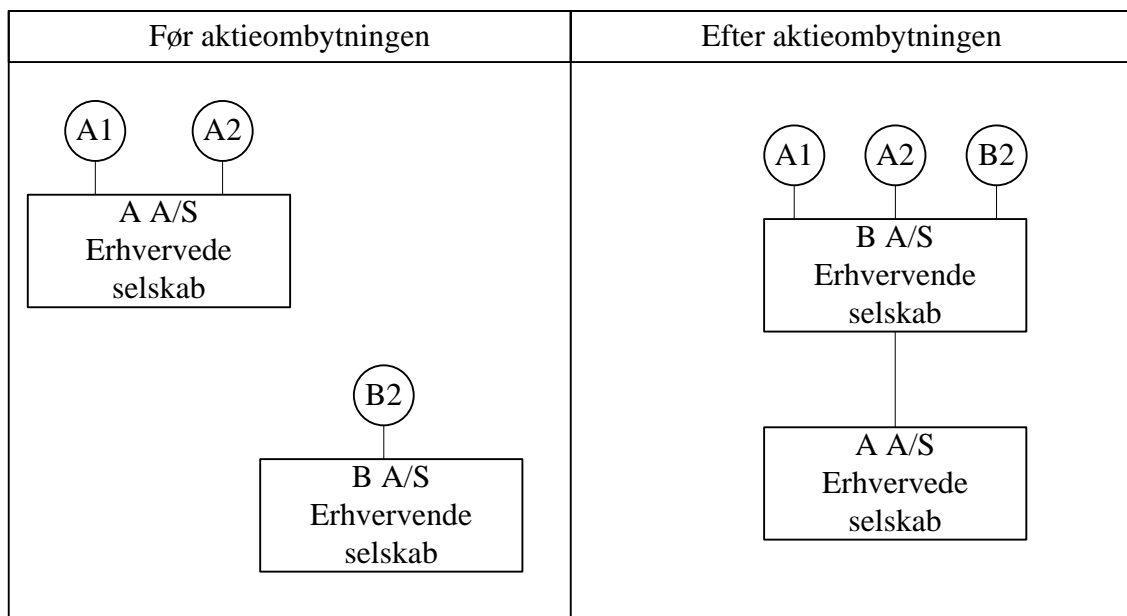
<sup>15</sup> Se afsnit 5.2.1

<sup>16</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 593

Efter ÅRL § 122 stk. 3 skal en eventuel forskel mellem vurderingsberetningen og kostprisen afskrives og aktiveres som goodwill i koncernregnskabet.<sup>17</sup>

### 5.3.2 Aktieombytning mellem allerede eksisterede selskaber

Er de to selskaber allerede eksisterende, kan motivet være at etablere en koncernstruktur. Her vil der være tale om et apportindskud af det selskab, der bliver erhvervet og derfor indgår som datter i den nye struktur. Figur 2 viser et eksempel hvor to eksisterende virksomheder, går sammen i en koncernstruktur, deraf også benævnelsen ”uegentlig fusion”, da ombytningen til forskel fra en egentlig fusion ikke ender med at være ét selskab.



**Figur 2: Aktieombytning, eksisterende selskab**

Selskabsretlig medfører det en kapitaludvidelse,<sup>18</sup> der skal vedtages på generalforsamlingen med 2/3 flertal, jf. AL § 78. Da kapitalforhøjelsen gennemføres ved apportindskud gælder den normale fortegningsret ikke, jf. AL § 30 stk. 1. og forhøjelsen kan gennemføres med almindelig vedtægtsmæssigt majoritet.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 592

<sup>18</sup> Vederlaget kunne evt. delvis/helt erlægges i form af moderselskabets egne aktier, Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 32

<sup>19</sup> Ramskov, Bent, *Værdiansættelse af aktier – et spørgsmål om forudsigelighed*, SR Skat 2002.362

## 5.4 Fusion og Spaltning

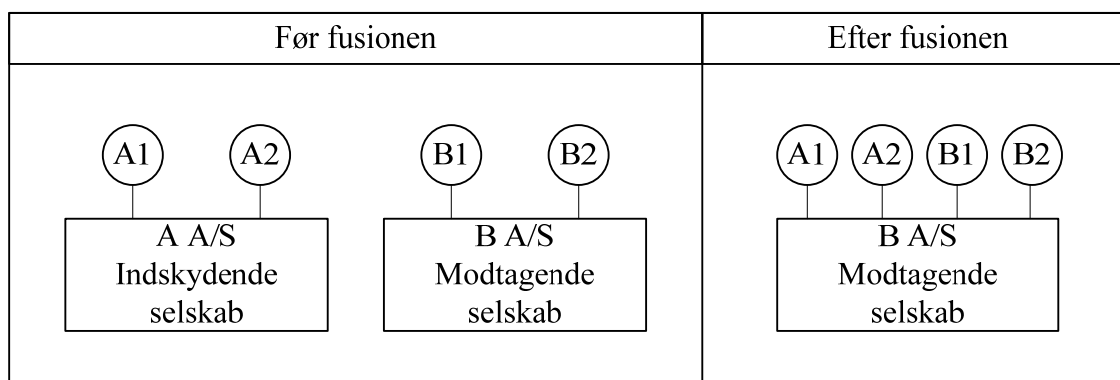
I dette afsnit gennemgås de selskabsretlige regler for fusion og spaltning. Da reglerne er næsten identiske, har vi valgt at behandle dem under et. Hvor der forekommer regler, der kun gælder for fusion henholdsvis spaltning vil disse blive fremhævet. Der er taget udgangspunkt i reglerne, der er gældende ved LBK nr. 649 af 15/06/2006, som ændret ved LOV Nr. 108 af 07/02/2007. Først defineres de to begreber fusion og spaltning for at fastslå forskelle og ligheder.

### 5.4.1 Fusion

AL § 134. angiver to typer af fusion gennem absorption og fusion gennem kombination

#### 5.4.1.1 Fusion gennem absorption AL § 134, 1. punktum.

Ved en fusion gennem absorption er tale om, at et selskab overdrager alle selskabets aktiver og forpligtelser til et andet selskab, hvorefter det indskydende selskab<sup>20</sup> ophører uden likvidation. Det modtagende selskab<sup>21</sup> er et eksisterende selskab, der fortsætter efter fusionen. Vederlaget betales til det indskydende selskabs aktionærer og ikke til det indskydende selskab. Figur 3 illustrerer et eksempel på en uegentlig fusion.



**Figur 3: Fusion gennem absorption**

I eksemplet er aktionærerne i det indskydende selskab A A/S efter fusionen aktionærer i et andet selskab, nemlig det modtagende selskab B A/S, mens aktionærerne i det modtagende selskab fortsat er aktionærer i samme selskab. Det indskydende selskab A

<sup>20</sup> Ved indskydende selskab menes det selskab, der ophører ved fusionen.

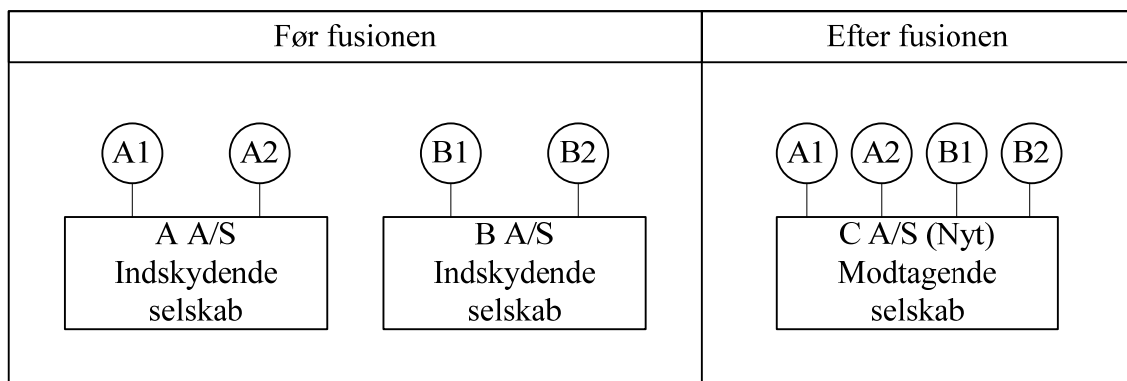
<sup>21</sup> Ved modtagende selskab menes det selskab, der ved fusionen får tilført aktiver og forpligtelser.



A/S ophører uden likvidation, og det modtagende selskab B A/S fortsætter efter fusionen.

#### 5.4.1.2 Fusion gennem kombination AL § 134, 2. punktum

Ved en fusion gennem kombination er der tale om, at to eller flere selskaber sammensmeltes til et nyt selskab, der overtager alle aktiver og forpligtelser, samtidig med, at de indskydende selskaber ophører uden likvidation, dvs. at det er et nyt selskab, der opstår i forbindelse med fusionen, der er det fortsættende selskab. Vederlaget betales til de indskydende selskabers aktionærer og ikke til de indskydende selskaber. Figur 4 illustrerer et eksempel på en fusion gennem kombination.



Figur 4: Fusion gennem kombination

I eksemplet er aktionærerne i de indskydende selskaber A A/S og B A/S efter fusionen aktionærer i et nyt selskab nemlig, det modtagende selskab C A/S. De indskydende selskaber A A/S og B A/S ophører uden likvidation, og det modtagende selskab C A/S fortsætter efter fusionen.

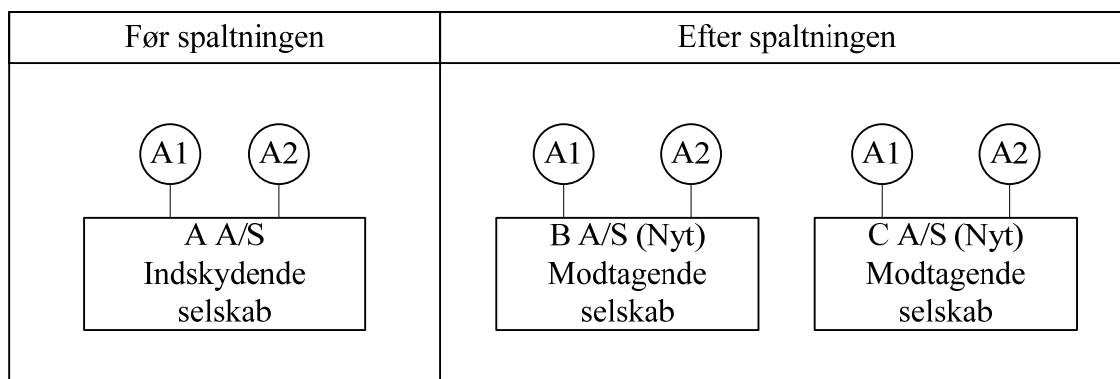
#### 5.4.2 Spaltning

AL § 136, stk. 1. angiver to typer af spaltning egentlig og uegentlig spaltning

##### 5.4.2.1 Egentlig/fuldstændig/ophørsspaltning AL § 136, stk. 1, 2. punktum

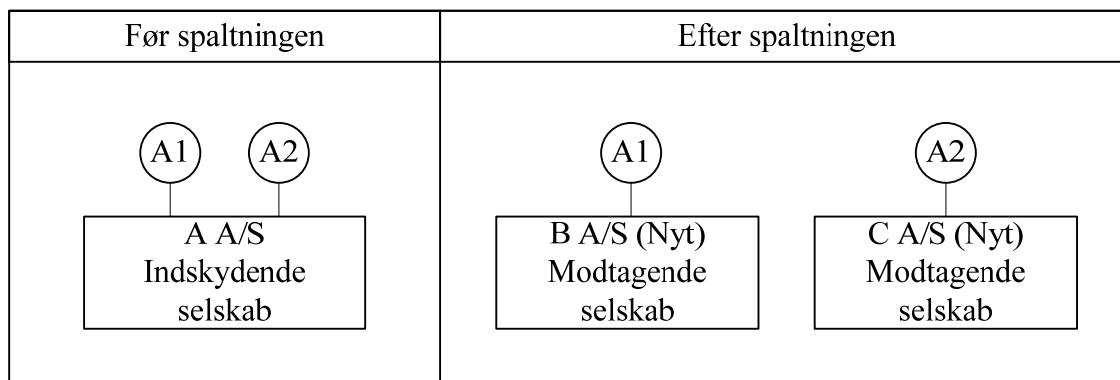
Ved en egentlig spaltning er der tale om overdragelse af alle aktiver og forpligtelser, dvs. at der ikke er nogle aktiver eller passiver tilbage i det indskydende selskab, og dette opløses uden likvidation. De modtagende selskaber kan være eksisterende selskaber, eller de kan opstå som en konsekvens af spaltningen. Vederlaget betales til det

indskydende selskabs aktionærer og ikke til det indskydende selskab. Figur 5 illustrerer et eksempel på en egentlig spaltning.



**Figur 5: Egentlig spaltning**

I eksemplet er aktionærerne i det indskydende selskab A A/S efter spaltningen aktionærer i 2 nye/andre selskaber, nemlig de modtagende selskaber B A/S og C A/S. Det er ikke nødvendigt, at aktionærerne ejer de nye selskaber i samme forhold som de gjorde i det gamle selskab. Der er mulighed for f.eks., at aktionær A1 ejer B A/S 100 % og aktionær A2 ejer C A/S 100 % efter spaltningen, jf. Figur 6

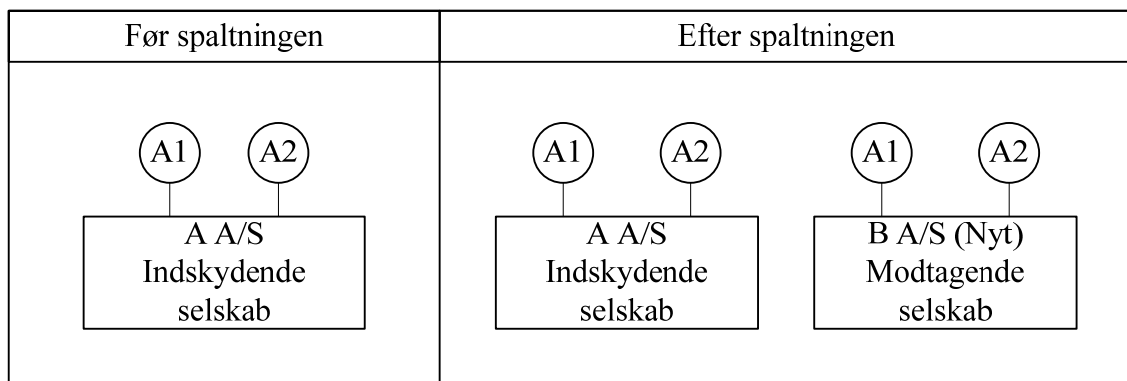


**Figur 6: Egentlig spaltning, hvor aktionærer får hvert sit selskab**

Denne mulighed for at spalte giver mulighed for f.eks. at give aktionær A1 en pengetank, mens aktionær A2 får aktiviteten. Aktionærerne har mulighed for at fordele vederlaget frit så længe, der ikke sker en formueforskydning, jf. AL § 136c, stk. 3. En formueforskydning er ulovlig, jf. AL § 80

### 5.4.2.2 Uegentlig/delvisspaltning AL § 136, stk. 1, 3. punktum.

Ved en uegentlig spaltning er det kun en del af selskabets aktiver og passiver, der overdrages<sup>22</sup>, dvs. at der bliver en del aktiver eller passiver tilbage i det indskydende selskab, hvorefter dette fortsætter. De modtagende selskaber kan være eksisterende selskaber, eller de kan opstå som en konsekvens af spaltningen. Vederlaget betales til det indskydende selskabs aktionærer og ikke til det indskydende selskab. Figur 7 illustrerer et eksempel på en uegentlig spaltning.



**Figur 7: Uegentlig spaltning**

I eksemplet er aktionærerne i det indskydende selskab A A/S efter spaltningen stadig aktionærer i A A/S, men er nu også aktionærer i et nyt/andet selskab, nemlig det modtagende selskab B A/S. Det er i ovenstående eksempel nødvendigt, at aktionærerne ejer B A/S i samme forhold, som de ejer A A/S, ellers vil der ske en formueforskydning. Dog ville en opdeling på samme måde, som i det første eksempel være mulig, hvis spaltningen var til flere selskaber og således, at ejerforholdet i det indskydende selskab A A/S vil være uændret.

### 5.4.2.3 Kreditorsamtykke

En spaltning kan gennemføres uden kreditorsamtykke jf. AL § 136, stk. 1, sidste punktum, altså uden at der skal indhentes tilladelser fra kreditorer, man skal dog være opmærksom på, at bestemmelsen er deklatorisk, hvilket betyder, at den vil kunne fraviges ved aftale, det kan derfor anbefales at foretage en due diligence, dvs. bl.a.

<sup>22</sup> Skatteretligt er der et krav om at den del der fraspaltes udgør en gren af en virksomhed, dette krav eksisterer ikke selskabsretligt.

gennemgå alle kontrakter for at undersøge, hvorvidt der skulle være nogle klausuler, der udløses ved spaltning.

For at beskytte kreditorernes stilling ved en spaltning, er der i AL § 136, stk. 2. indsat solidarisk hæftelse for selskaberne, der deltager i spaltningen.

Ordlyden i AL § 136, stk. 2: ”ikke bliver fyldestgjort” lægger op til, at der er tale om en hæftelse svarende til selvskyldnerkaution, hvor eneste betingelse for at rette kravet om fyldestgørelse mod et af de andre i spaltningen deltagende selskaber er, at kreditor ikke er fyldestgjort. I bogen Spaltning anføres dog, at ordlyden ikke indebærer andet, end at hæftelsen er subsidiær:

*”Det forekommer dog tvivlsomt, om udtrykket ”ikke bliver fyldestgjort” indebærer andet og mere end, at hæftelsen er subsidiær. Kreditorernes økonomiske interesse synes tilstrækkeligt sikret ved hæftelse for det primært hæftende selskabs insolvens.”<sup>23</sup>*

Udgangspunktet i kautionsret er også, at hvis ikke andet er aftalt, er der tale om simpel kaution.<sup>24</sup>

Men da den solidariske hæftelse er indsat for at beskytte kreditor, der er udsat for et tvunget debtorskifte, er det vores vurdering, at lovteksten skal forstås bogstaveligt, dvs. at kreditor vil kunne gøre hæftelsen gældende uden at have søgt sig fyldestgjort ved det primært hæftende selskab. Denne opfattelse deles også af Werlauff.<sup>25</sup> Hvis denne hæftelse ikke er hæftelse svarende til selvskyldnerkaution, er kreditor væsentligt dårligere stillet end før spaltningen og må i værste fald vente på, at primært hæftende selskab er færdigt behandlet, som konkursbo inden kreditor kan søge sig fyldestgjort ved sekundært hæftende selskab. En rapport fra Verdensbanken fastslår, at afvikling af en virksomhed i Danmark i gennemsnit tager 3,3 år.<sup>26</sup> Denne form for hæftelse er også kendt fra interessentskab, hvor hæftelsen for interessenter er solidarisk, direkte og ubegrænset.

---

<sup>23</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 109

<sup>24</sup> Pedersen, Hans Viggo Godsk, *Kaution*, s. 32

<sup>25</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 553f

<sup>26</sup> Verdensbanken, *Doing Business in 2006*

Den solidariske hæftelse ved spaltning er dog ikke ubegrænset, den gælder kun op til den nettoværdi, selskabet har fået tilført ved spaltningen, der er tale om værdien på tidspunktet for spaltningens offentliggørelse<sup>27</sup>. Spørgsmålet er derefter hvilken nettoværdi, der er tale om. Er det bogført værdi, eller er det markedsværdi?<sup>28</sup> Spaltningsdirektivets, art. 12, nr. 3, udgangspunkt er, at der er solidarisk hæftelse, men at medlemsstaterne kan vælge at begrænse hæftelsen til de nettoaktiver, der tildeles hvert enkelt selskab. Heller ikke her angives nogen retningslinjer til hvilken værdiansættelsesmetode, der skal anvendes ved opgørelse af tilførte nettoaktiver. I forarbejderne til den oprindelige AL § 136, stk. 3 lægger selskabsretspanelet<sup>29</sup> op til, at beregningen sker på baggrund af spaltningsregnskabet<sup>30</sup> uden forrentning, men i bemærkningerne til lovforslaget<sup>31</sup> anvendes udtrykket nettoværdi efter spaltningsplanen, hvilket også synes mere hensigtsmæssigt. Da spaltningsregnskabet udarbejdes efter ÅRL, skal dette som udgangspunkt udarbejdes efter overtagelsesmetoden, det medfører omvurdering af alle aktiver til markedsværdi inkl. aktiver, der ikke før har været indregnet i balancen, men der vil i nogle tilfælde være mulighed for at udarbejde spaltningsregnskabet efter sammenlægningsmetoden og her sammenlægges de bogførte værdier uden omvurdering og uden optagelse af aktiver, der ikke før har figureret i balancen.<sup>32</sup> Denne forskel i opgørelsesmetoderne, medfører, at kreditor vil være meget forskelligt stillet alt efter hvilken metode, der anvendes ved opgørelse af spaltningsregnskabet. Vores vurdering er, at det ikke kan være meningen at stille kreditorer forskelligt alt efter hvilken regnskabsteknisk metode, der anvendes til opgørelse af spaltningsregnskabet. Det må derfor antages, at det er den reelle nettoværdi, der er tilført ved spaltningsplanen, der skal lægges til grund for hæftelsen.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Al § 136, stk. 2

<sup>28</sup> Risbjørn, Philip, *Spaltning*, UFR 2000B.470

<sup>29</sup> Betænkning nr. 1229/1992 s. 66

<sup>30</sup> De i forbindelse med spaltningen opstillede balancer, der er efter 1. april 2006 ikke længere pligt til at udarbejde spaltningsregnskab.

<sup>31</sup> Risbjørn, Philip, *Spaltning*, UFR 2000B.470

<sup>32</sup> En mere udførlig behandling af fusions-/spaltningsregnskabet findes i afsnit 5.4.4.2.1

<sup>33</sup> Markedsværdi på tidspunktet for spaltningsplanens offentliggørelse

### **5.4.3 *Universalsuccession***<sup>34</sup>

Både ved fusion og spaltning forekommer universalsuccession, det betyder at rettigheder og forpligtelser overgår fra indskydende selskab til modtagende selskab. Selvom der ved fusion/spaltning sker et debitorskifte, medfører dette ikke automatisk, at gæld forfalder. Faktisk så er udgangspunktet det modsatte, dvs. at det er muligt at gennemføre fusion/spaltning uden at skulle forhandle/genforhandle alle kontrakter mm., man skal dog være opmærksom på, at reglerne om universalsuccessionen er deklaratoriske, dvs. de kan fraviges ved aftale. Det indskydende selskab ophører ved fusion, og det modtagende selskab succederer derfor i alle rettigheder og forpligtelser. For at illustrere hvor omfattende successionen er, kan henvises til UfR 1983.1105V, hvor en tiltale om overtrædelse af miljølovgivningen blev ændret fra indskydende selskab til modtagende selskab, se også Byretsdom af 9. juni 1993 (retten i Rudkøbing) omtalt på side 28, hvor modtagende selskab skulle respektere tegningsretter i ophørende selskab. Det er imidlertid ikke kun forpligtelserne, der succederes i men også rettighederne. Rettigheder, der er registreret i det indskydende selskabs navn, kan uden videre omregistreres til det modtagende selskab, en omregistrering er ikke et udtryk for et ejerskifte, men alene en formalitet. Der er ikke knyttet særlige retsvirkninger til omregistreringen,<sup>35</sup> men det kan være nødvendigt for en videre disponering, at omregistreringen er gennemført, jf. UfR 2000.2459.H, vedrørende fusion og UfR 2001.512 Ø vedrørende spaltning. Ved tilførsel af aktiver og aktieombytning er der ikke universalsuccession, ved aktieombytning er det ikke relevant, da den juridiske enhed fortsætter i uændret form, blot med en ny aktionærkreds. Ved tilførsel af aktiver er der ikke hjemmel til universalsuccession.

### **5.4.4 *Selskabsretlig procedure ved fusion og spaltning***

En fusion/spaltning skal vedtages på generalforsamlingen med samme flertal som ved vedtægtsændringer. Er dette flertal ikke fastsat i selskabets vedtægter, så gælder reglerne i AL §§ 78 og 79, der foreskriver 2/3 i AL § 78 og 9/10 evt. enstemmigt i AL § 79. Det er ifølge AL § 78 ikke nok at der er 2/3 af stemmerne, der stemmer for

---

<sup>34</sup> Inspireret af Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 719ff, Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 533ff og Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 578ff.

<sup>35</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsret*, s. 720 og Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 534

fusionen/spaltningen, der kræves udover 2/3 af stemmerne, at 2/3 af den stemmeberettigede aktiekapital er repræsenteret ved generalforsamlingen. Dette dobbelte flertals krav gælder også AL § 79. Kravet har ingen betydning, når forholdet stemmerne/aktiekapital er 1/1, her vil der automatisk være 2/3 kapital, hvis der er 2/3 stemmer.<sup>36</sup>

De selskabsretlige regler/betingelser for at kunne gennemføre henholdsvis en fusion eller en spaltning er næsten ens, hvorfor vi har valgt at behandle proceduren under et. Hvor der omhandles regler/betingelser der kun er gældende for den ene af disse to omstrukturingsmetoder, vil der blive fremhævet, at disse kun gælder for pågældende metode. Den selskabsretlige procedure består af 9 "trin" jf. nedenstående Figur 8. De enkelte trin vil efterfølgende blive gennemgået med hensyn til hvad der kræves af dokumentation og herunder de tilhørende tidsfrister, se også Bilag 1, Tidspunkter i en fusion/spaltning, fra E&S, med en oversigt over der selskabsretlige tidsfrister.

Den selskabsretlige procedure		Fusion	Spaltning
1	Bestyrelsernes fælles plan	AL § 134a	AL § 136a
2	Redegørelse fra hver af bestyrelserne	AL § 134b	AL § 136b
3	Ekspertudtalelse	AL § 134c	AL § 136c
4	Plan sendes til E & S (Offentlighed)	AL § 134d	AL § 136d
	4 ugers pause		
5	Beslutning	AL §§ 134e & 134j	AL §§ 136e og 136j
6	Evt. godtgørelse til selskabsdeltagere	AL § 134f	AL § 136f
7	Kreditorsinteresser	AL § 134g	AL § 136g
8	Ikrafttræden	AL § 134h	AL § 136h
9	Anmeldelse til E & S	AL § 134i	AL § 136i

**Figur 8: Den selskabsretlige procedure. Kilde: tilpasset fra undervisningsnoter 05.12.2006, GS**

#### 5.4.4.1 Bestyrelsens fælles plan, hhv. AL § 134a og 136a

Der skal udarbejdes en fusions-/spaltningensplan. Denne udarbejdes og underskrives af bestyrelserne i de bestående selskaber, der deltager i omstruktureringen, jf. AL § 134a/136a. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse af AL § 134a/AL § 136a er, at

<sup>36</sup> For en yderligere uddybning af majoritetskravet iht. AL § 78 og 79, henvises til Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 396ff

planen skal underskrives af samtlige bestyrelsesmedlemmer.<sup>37</sup> Planen skal være underskrevet senest ved udløb af det regnskabsår, hvori omstrukturingsdatoen indgår, jf. AL § 134a, stk. 2/136a, stk. 2. Det er vigtigt at huske på, at hvis de deltagende selskaber ikke har sammenfaldende regnskabsår er det, det regnskabsår, der først udløber, der er afgørende for fristen.<sup>38</sup> Overskrides fristen, kan modtagelsen af planen ikke offentliggøres, jf. AL § 134a, stk. 2, 2. pkt./136a, stk. 2, 2. pkt. Indholdet af bestyrelsens fælles plan fremgår af AL § 134a, stk. 1/136a, stk. 1. Indholdet i bestyrelsens fællesplan vil i det efterfølgende blive gennemgået punkt for punkt.

#### ***5.4.4.1.1 Selskabernes navne og binavne***<sup>39</sup>

Der skal i planen oplyses alle deltagende selskabers navne og binavne, og der bør for god ordens skyld også oplyses registreringsnumre.<sup>40</sup> Desuden skal også oplyses hvorvidt modtagende selskab ønsker at anvende indskydende selskabs navn eller binavn som binavn.<sup>41</sup> Ønsker det modtagende selskab at overtage det indskydende selskabs navn som hovednavn, kræves der en generalforsamlingsbeslutning for at gennemføre vedtægtsændringen i det modtagende selskab. AL § 134e, stk. 2/136e, stk. 2 giver ikke bestyrelsen kompetence til andre vedtægtsændringer end optagelse af binavne.

#### ***5.4.4.1.2 Selskabernes hjemsted***<sup>42</sup>

Der skal oplyses deltagende selskabers vedtægtsmæssige hjemsted. Det må dog antages, at det ikke er nok at oplyse hjemstedskommune, men at bestående selskabers fulde adresse skal oplyses.<sup>43</sup>

#### ***5.4.4.1.3 Nøjagtig beskrivelse af fordeling af aktiver og forpligtelser (kun gældende for spaltning)***<sup>44</sup>

Det er naturligvis meget vigtigt, at beskrivelsen af hvilke aktiver og forpligtelser, der skal fordeles til de modtagende selskaber, eller eventuelt forblive i det indskydende

---

<sup>37</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>38</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>39</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 1/AL § 136a, stk. 1, nr. 1

<sup>40</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 510

<sup>41</sup> Navneændring er en vedtægtsændring AL § 4, stk. 1, nr. 1.

<sup>42</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 2/AL § 136a, stk. 1, nr. 2

<sup>43</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 75

<sup>44</sup> AL § 136a, stk. 1, nr. 3



selskab, er så detaljeret, at der ikke efterfølgende opstår tvivl, om hvorvidt et aktiv eller en forpligtelse tilhører det ene selskab eller det andet.

Desuden er det en god ide at beskrive principperne, hvorefter fordelingen af aktiver og forpligtelser er lavet, f.eks. hvis der er tale om uegentlig spaltning, hvor et forretningsområde udskilles.

Viser det sig, at beskrivelsen af fordelingen af aktiver og forpligtelser ikke dækker alle aktiver og forpligtelser, skal de resterende aktiver og forpligtelser fordeles efter udfyldelsesbestemmelserne i AL § 136a stk. 3 og 4.

AL § 136a, stk. 3 regulerer fordelingen af de aktiver, der ikke er fordelt i spaltningssplanen. Fordelingen laves først på baggrund af en fortolkning af spaltningssplanen. Hvis det ikke er muligt at fordele alle aktiver ved fortolkning af spaltningssplanen, så fordeles de resterende proportionalt i forhold til de nettoaktiver, hvert af de deltagende selskaber har fået tilført. Ved uegentlig spaltning fordeles aktiverne også til den nettoværdi, der bliver værende tilbage i det indskydende selskab.

Forpligtelserne fordeles også på baggrund af en fortolkning af spaltningssplanen. Hvis det ikke er muligt at fordele alle forpligtelser ved fortolkning af spaltningssplanen, hæfter de deltagende selskaber solidarisk for de resterende forpligtelser, dog kun med den tilførte nettoværdi. Indbyrdes fordeles forpligtelserne proportionalt i forhold til de nettoaktiver, hvert af de i spaltningen deltagende selskaber har fået tilført ved spaltningen, og ved uegentlig spaltning også til den nettoværdi, der bliver værende tilbage i det indskydende selskab, jf. AL § 136a, stk. 4.

Risikoen ved en mangelfuld beskrivelse af de fordelte aktiver og forpligtelser er, at aktiver og forpligtelser, der senere identificeres, fordeles til selskaber, hvor det ikke var/er hensigten, at de skulle placeres. Aktiver og forpligtelser, der naturligt hører sammen med fordelte aktiver eller forpligtelser, fordeles til det samme selskab, der har modtaget de fordelte aktiver.<sup>45</sup> Hvis der er tale om aktiver eller forpligtelser, der ikke har et naturligt tilhørsforhold til allerede fordelte aktiver eller forpligtelser, fordeles disse proportionalt til de deltagende selskaber. Risikoen for en u hensigtsmæssig

---

<sup>45</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 78

fordeling af aktiver og forpligtelser kan reduceres ved at formulere formål og intentioner ved spaltningen i spaltningsplanen. Da fordelingen primært vil foregå ved hjælp af en fortolkning af spaltningsplanen, vil de bagved liggende intentioner og formål kun kunne komme i betragtning, hvis de har fundet udtryk i spaltningsplanen.

Det skal her bemærkes, at kravet om nøjagtig beskrivelse, ifølge Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis, kan erstattes af et spaltningsregnskab.<sup>46</sup> Om spaltningsregnskab, jf. afsnit 5.4.4.2.1.

#### ***5.4.4.1.4 Vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab<sup>47</sup>***

Der stilles ikke krav om, at vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab er aktier/anpartar i modtagende selskab.<sup>48</sup> Vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab kan bestå af aktier, anpartar, kontanter eller en kombination af disse. Dog stilles der betingelser såfremt fusionen/spaltningen skal være skattefri for såvel aktionærer som selskab, jf. afsnit 7.

Når vederlaget til aktionærerne skal beregnes, og der er tale om helt eller delvist vederlag i aktier/anpartar er det i realiteten tale om et ombytningsforhold – hvad er aktier i det/de modtagende selskab(er) værd i forhold til aktierne i det indskydende selskab? Hvis der er tale om børsnoterede selskaber anvendes børskursen, da børskursen er det bedste udtryk for et selskabs markedsværdi. Der kan eventuelt anvendes et vejet gennemsnit. Hovedprincippet om, at børskursen er den værdi, der skal lægges til grund for et selskabs markedsværdi fremgår af UfR 1977.61.H, hvor der er nedlagt påstand om indløsning til likvidationsværdi frem for børskurs. Børskursen/tilbudskursen var kurs 295, mens to skøns mænd vurderede likvidationskursen til kurs 385, Retten udtalte

*”Ved fastsættelsen af kursen for aktier, som efter aktieselskabslovens § 136 skal afkøbes aktionærer, der har modsat sig en fusion, findes udgangspunktet, når talen er om børsnoterede aktier, at måtte tages i aktiernes værdi, således som denne er kommet til udtryk i børskursen. De udtrædende aktionærer vil i almindelighed ikke, når selskabet fortsætter sin virksomhed, have krav på at blive stillet, som om likvidation havde fundet sted”*

---

<sup>46</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>47</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 3/AL § 136a, stk. 1, nr. 4

<sup>48</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 510

Hvorefter børskursen, kurs 295, skal anerkendes som indløsningskurs. Dog var det ikke et enigt dommerpanel, der afsagde dommen. To af dommerne var enige i ovenstående påstand, men vurderede, at i netop dette tilfælde ville likvidationskurs være ”rigtigere”. Selskabets virksomhed var ophørt og dommerne vurderede, at beskrivelsen af selskabet som ”going concern” derfor ikke var dækkende.

Samme resultat kom SØ og Handelsretten til i UfR 1985.875.SH, her var aktionærernes påstand, at blive indløst til en reguleret kurs indreværdi frem for den tilbudte kurs 106. Den regulerede kurs var beregnet til ca. 196, mens børskursen var ca. 100. To udmeldte skøns mænd nåede frem til en vurdering, der ikke oversteg kurs 100. Retten vurderede, at det af mindretalsaktionærerne anførte ikke gav anledning til kritik af de anvendte vurderingsprincipper eller af værdigrundlaget. Mindretalsaktionærerne tilpligtedes til, at lade sig indløse til den tilbudte kurs, kurs 106, der svarer til børskursen med tillæg af udbytte på 6 %.

Børskursen kan dog under helt særlige omstændigheder fraviges.<sup>49</sup>

Er der tale om unoterede selskaber må selskabernes reelle værdi ligge til grund for vederlaget.<sup>50</sup> For en yderligere uddybning af værdiansættelse se afsnit 5.1.

#### ***5.4.4.1.5 Fordeling af vederlaget og kriteriet for fordelingen (kun gældende for spaltning)<sup>51</sup>***

Disse problematikker er for så vidt kun aktuelle, hvis der er tale om spaltning, hvor et modtagende selskab ikke opstår i forbindelse med spaltningen, og aktionærerne ikke ejer det/de nye selskab(er) i samme indbyrdes forhold, som de gjorde i det indskydende selskab. Der er også krav om, at kriterierne bag fordelingen forklares. Er fordelingen proportional, er forklaringen enkel, men hvis der er andre fordelinger, således at forholdet mellem aktionærerne ikke bevares, skal der være en forklaring af hvilke kriterier, der gør, at aktionærerne får aktier i det ene selskab frem for det andet. Hvis aktionærkredsen er kendt, er det en god ide at angive vederlaget for hver enkelt aktionær. Det er vigtigt, at man ved spaltning, hvor forholdet mellem aktionærerne ikke

---

<sup>49</sup> UfR 1985.110 H

<sup>50</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 511

<sup>51</sup> AL § 136a, stk. 1, nr. 5

bevares i hvert af de modtagende selskaber, er opmærksom på skærpede krav til flertal ved generalforsamlingen AL § 79, stk. 2 nr. 5.

#### **5.4.4.1.6 Udbytte<sup>52</sup>**

Udgangspunktet for udbytteret for nye aktier skal findes i AL § 32, stk. 3. her er udgangspunktet registrering af de nye aktier. Er der tale om fusion/spaltning, er der dog krav om, at der tages stilling til fra hvilket tidspunkt, der skal være udbytteret. Det kunne være relevant, at der kun er ret til forholdsmæssigt udbytte, såfremt fusions/spaltningsdatoen og regnskabsårets begyndelse ikke er sammenfaldende.<sup>53</sup> Er der f.eks. vedtaget fusions/spaltningsdato den 1 juli og regnskabsåret begynder 1. januar kunne det være, at de ”nye” aktionærer kun skal have 50 % udbytte det første år.

#### **5.4.4.1.7 Særlige rettigheder for aktionærer og andre rettighedshavere<sup>54</sup>**

Er der i det/de modtagende selskab(er) flere aktieklasser, skal der oplyses om hvilke klasser og hvilke rettigheder, der er tilknyttet de aktieklasser, som aktionærene i det indskydende selskab vil tilhøre efter fusionen/spaltningen, dette kan også opnås ved at oplyse om aktieklassen og henvide til de respektive vedtægter.<sup>55</sup>

Med hensyn til andre rettighedshavere med ”særlige rettigheder” skal disse positivt belyses, deres retsstilling efter fusionen/spaltningen skal angives. Fusionsdirektivet art. 15 og Spaltningsdirektivet art. 13 foreskriver, at rettighedshavere i indskydende selskab skal have mindst de samme rettigheder i det/de modtagende selskab(er). Denne bestemmelse er godt nok ikke indarbejdet i dansk ret, men må antages at gælde alligevel. Dette kan illustreres ved Byretsdom af 9. juni 1993 (retten i Rudkøbing), der er refereret og kommenteret i Werlauff’s kommenterede Aktieselskabslov:

*”Ved UfR 1988.816Ø statueredes det, at Langelands Bank skulle anerkende, at nogle særlige tegningsdokumenter fra 1873 fortsat gav indehaveren forlods ret til at tegne aktier ved kapitalforhøjelse til kurs 100. Rettigheden var uafhængig af indehaverens eventuelle aktiebesiddelse, og den kunne selvstændigt overdrages. Derimod gav dokumentet ingen rettigheder ved fondsaktieudstedelse. Efter betydelige*

---

<sup>52</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 4/AL § 136a, stk. 1, nr. 6

<sup>53</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 81

<sup>54</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 5/AL § 136a, stk. 1, nr. 7

<sup>55</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff’s kommenterede Aktieselskabslov*, s. 512

*tab i Langelands Bank fusionerede denne i 1992 med Amtssparekassen Fyn A/S. Den nye sag drejede sig om, hvorvidt tegningsdokumenterne var bortfaldet ved fusionen eller ej. Tegningsdokumenternes indehaver gjorde blandt andet gældende, at det følger af AL's almindelige princip om universalsuccession ved fusion, at rettighederne bevares, idet forpligtelsen overgår til det fortsættende selskab. Pligten fremgår endvidere udtrykkeligt af art. 15 i 3. selskabsdirektiv (fusionsdirektivet), hvorefter indehavere af andre værdipapirer end aktier, hvortil der er knyttet særrettigheder, skal have rettigheder i det fortsættende selskab, der mindst svarer til dem, de besad i det ophørende selskab. Da art. 15 ikke er gennemført i den danske aktieselskabs lov, men er såvel præcis som ubetinget, er den direkte anvendelig og finder i øvrigt anvendelse ved fortolkningen af AL's regler. Selv i en situation, hvor tegningsretten måtte være uden økonomisk værdi, bortfalder den ikke, undtagen gennem ekspropriation. Det fortsættende selskab gjorde gældende, at da det ophørende selskabs egenkapital var negativ, havde alternativet til fusion været en likvidation, hvorved dokumenternes indehaver ikke havde opnået noget vederlag. Tegningsdokumenterne var værdiløse, og det måtte derfor følge af almindelige kontraktretlige principper og af princippet om universalsuccession, at dokumenterne bortfaldt ved fusionen. Endelig gjordes det gældende, at fusionsdirektivets art. 15 ikke kan anvendes direkte i en tvist mellem den foreliggende sags parter, og at AL ikke strider mod direktivet. Retten udtalte, at efter AL's almindelige princip om universalsuccession ved fusion fandtes det ophørende selskabs forpligtelse i henhold til tegningsrettighederne i sin helhed at være overgået til det fortsættende selskab, og det fandtes herved uden betydning, hvorvidt tegningsdokumenterne på tidspunktet for fusionen havde en økonomisk værdi, idet det ophørende selskab ingen ret havde til at indløse rettighederne mod indehaverens protest. Herefter fik indehaveren medhold i sin påstand, der var udformet ud fra den forholdsmæssige del, som det ophørende selskabs aktionærer kom til at eje af det fortsættende selskab efter fusionen.”<sup>56</sup>*

Det skal bemærkes, at selv om fusionsdirektivets art 15 både er præcis og ubetinget, støttes dommens resultat alene på en fortolkning af universalsuccessionsprincippet.

Derved kan udledes, at indarbejdelse af Fusionsdirektivet art. 15 og Spaltningsdirektivet art. 13 i dansk lovgivning er overflødig, da kravet om, at rettighedshavere i det indskydende selskab skal have mindst de samme rettigheder i det/de modtagende selskab, er dækket ved universalsuccessionsprincippet.

---

<sup>56</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 512

#### **5.4.4.1.8 Eventuelle andre foranstaltninger til fordel for aktionærer og andre rettighedshavere<sup>57</sup>**

Dette punkt skal kun omtales, hvis der er foretaget sådanne foranstaltninger.<sup>58</sup>

#### **5.4.4.1.9 Notering og udlevering af aktier, ydet som vederlag<sup>59</sup>**

Der skal af fusions-/spaltningsplanen fremgå, hvornår og hvordan aktierne udleveres til aktionærene, eller hvis disse indskrives i Værdipapircentralen, så hvornår dette sker.<sup>60</sup>

Er der udstedt aktier i det modtagende selskab, skal der udstedes aktiebrev for de nye aktier, jf. AL § 21, stk. 2, 2. pkt.

#### **5.4.4.1.10 Fusions/spaltningsdatoen<sup>61</sup>**

Der skal angives hvilken fusions-/spaltningsdato, der ønskes anvendt. Fusions-/spaltningsdatoen er den dato, hvor rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt/skattemæssigt overgår fra det indskydende selskab til det modtagende selskab. Fusionen/spaltningen kan ske med tilbagevirkende kraft, dog med den betingelse, at fusions-/spaltningsplanen er underskrevet ved udløb af det regnskabsår, hvor fusions-/spaltningsdatoen indgår, jf. AL § 134a, stk. 2/136a, stk. 2. Fusions-/spaltningsdatoen vil ofte være 1. januar i det år, hvor beslutningen om fusion/spaltning træffes i første halvår.<sup>62</sup>

#### **5.4.4.1.11 Særlige fordele<sup>63</sup>**

Tildeles medlemmerne af selskabernes ledelse særlige fordele, skal dette oplyses i fusions-/spaltningsplanen. Det må formodes, at bestemmelsen omhandler særlige fordele, der udløses i tilfælde af, at fusionen/spaltningen bliver gennemført.<sup>64</sup> Disse særlige fordele kan påvirke aktionærernes beslutning om fusionen/spaltningen skal vedtages eller ikke, eksempelvis blev en planlagt fusion mellem to pengeinstitutter

---

<sup>57</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 6/AL § 136a, stk. 1, nr. 8

<sup>58</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 513

<sup>59</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 7/AL § 136a, stk. 1, nr. 9

<sup>60</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 513

<sup>61</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 8/AL § 136a, stk. 1, nr. 10

<sup>62</sup> Skattemæssige hensyn, se afsnit 7.11.1.1, Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 514

<sup>63</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 9/AL § 136a, stk. 1, nr. 11

<sup>64</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 84

nedstemt, da aktionærerne mente, at vederlaget til det ophørende selskabs direktør var for højt<sup>65</sup>. Da fusions-/spaltningsplanen skal tjene som beslutningsgrundlag, har andre særlige fordele, der ikke har forbindelse med fusionen/spaltningen ikke nogen informationsværdi i forhold til fusions-/spaltningsbeslutningen, og sådanne fordele skal heller ikke oplyses.

#### **5.4.4.1.12 Udkast til vedtægter i nystiftede selskaber<sup>66</sup>**

Opstår der som en følge af fusionen/spaltningen nye selskaber, skal et udkast til vedtægter for de(t) nye selskaber indgå i fusions-/spaltningsplanen. Vedtægterne skal selvfølgelig opfylde de almindelige krav i AL § 4 samt APL § 5.

#### **5.4.4.2 Redegørelse fra hver af bestyrelserne, hhv. AL § 134b/136b**

Udover den fælles fusions-/spaltningsplan, skal bestyrelserne i hvert enkelt af de bestående selskaber, der deltager i fusionen/spaltningen, udarbejde en redegørelse, jf. AL § 134b, stk. 1/136b, stk. 1.<sup>67</sup> Redegørelsen skal forklare og begrunde fusionen/spaltningen. Redegørelsen skal også omtale fastsættelsen af vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab, herunder særlige vanskeligheder, forbundet med fastsættelsen.

Redegørelsen skal sikre aktionærerne et oplyst beslutningsgrundlag. Den bør som sådan beskrive den forretningsmæssige begrundelse, herunder hvilke følger/konsekvenser fusionen/spaltningen har for de enkelte selskaber, der deltager i fusionen/spaltningen. Det er klart, at detaljeringsgraden skal være betydeligt højere, når der er tale om fusion/spaltning af selskaber med en bred aktionærkreds, frem for når det er en koncernintern fusion/spaltning.<sup>68</sup>

Omtalen af fastsættelse af vederlag til aktionærer i det indskydende selskab og vanskeligheder ved fastsættelse heraf, er særligt vigtig, når der ikke er tale om en proportional fordeling. Detaljeringsgraden her bør være således, at hver enkelt aktionær

---

<sup>65</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 514

<sup>66</sup> AL § 134a, stk. 1, nr. 10/AL § 136a, stk. 1, nr. 12

<sup>67</sup> Erhvervs- og selskabsstyrelsen accepterer dog i praksis, at fusionsredegørelsen udarbejdes af de deltagende selskaber i fællesskab, Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>68</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 85

kan regne ud hvad han/hun modtager i vederlag. Det er også vigtigt, at det fremgår hvilke overvejelser, der ligger bag kriterierne for vederlaget. Dette skal give aktionærerne mulighed for at bedømme rimeligheden og sagligheden af vederlaget. Er der andre særlige forhold, som kun vedrører det enkelte selskab, skal disse også omtales her.<sup>69</sup>

Redegørelsen kan vedhæftes et fusions-/spaltningsregnskab, jf. AL § 134b, stk. 2/136b, stk. 2. Fusions-/spaltningsregnskabet skal udarbejdes efter ÅRL § 129 og 130. Underskrives fusions-/spaltningsplanen senere end 6 måneder efter regnskabsårets udløb, skal der udarbejdes en mellembalance, jf. AL § 134b, stk. 2. 2. pkt. og 136b, stk. 2. 2. pkt. Mellembalancen må ikke være ældre end 3 måneder ved underskrivelse af fusions-/spaltningsplanen. Mellembalancen udarbejdes efter årsregnskabslovens regler, og hvis selskabet er omfattet af revisionspligt, skal også mellembalancen være revideret.

Der ikke nogen egentlig tidsfrist for udarbejdelsen af redegørelsen. Dog er der en indirekte frist i de tilfælde, hvor der skal udarbejdes en vurderingsberetning, idet redegørelsen ikke må være udarbejdet før vurderingsberetningen, og vurderingsberetningen må ikke være udarbejdet tidligere end 3 måneder før vedtagelsen af fusionen/spaltningen.

#### **5.4.4.2.1 Fusions-/spaltningsregnskabet**

Som nævnt ovenfor kan fusions-/spaltningsregnskab udarbejdes efter reglerne i hhv. ÅRL § 129 og 130. ÅRL § 130 henviser til at reglerne om fusionsregnskab. ÅRL § 129 finder tilsvarende anvendelse på spaltningsregnskabet, dog med de nødvendige tilpasninger. Reglerne om fusionsregnskab henviser til reglerne om koncernregnskab i ÅRL §§ 115-123. Det vil sige, at fusions-/spaltningsregnskabet som udgangspunkt skal udarbejdes ens og skal som minimum indeholde følgende:

- Ultimo balance for de deltagende selskaber pr. fusions-/spaltningsdatoen
- En opgørelse over bevægelser i forbindelse med fusionen/spaltningen

---

<sup>69</sup> Jensen, Erik el., *Spalting*, s. 85



- Åbningsbalance for de modtagende selskaber (ved grenspaltning også for det indskydende selskab)
- Og de noter, der er nødvendige for at give et retvisende billede<sup>70</sup>

Ifølge ÅRL § 121, stk. 1 medfører dette, at der som udgangspunkt ved udarbejdelse af fusions-/spaltningsregnskabet skal anvendes overtagelsesmetoden. Overtagelsesmetoden foreskriver, at alle aktiver og forpligtelser, der overdrages optages i det modtagende selskab til dagsværdi, derved skal forstås, at der skal ske omvurdering af alle aktiver og forpligtelser, der overdrages som følge af fusionen/spaltningen, dette er både de aktiver og forpligtelser, der er opført i balancen i det indskydende selskab, som andre aktiver og forpligtelser, der ikke er opført. Der skal ske aktivering af eksempelvis immaterielle rettigheder(aktiver) og goodwill.

Eneste alternativ til overtagelsesmetoden er sammenlægningsmetoden, jf. ÅRL § 121, stk. 2. Sammenlægningsmetoden kan anvendes såfremt fusionen/spaltningen gennemføres indenfor samme interessefelt, dette vil eksempelvis gøre sig gældende, når der er tale om koncerninterne fusioner/spaltninger. I de tilfælde, hvor der gennemføres en fuldstændig spaltning af et selskab til to nye, vil der også være tale om samme interessefelt, i og med at aktionærerne i det indskydende selskab vil være identiske med aktionærer i de modtagende selskaber. Samme kan gøre sig gældende ved grenspaltning.<sup>71</sup> Ved koncerninterne fusioner/spaltninger vil sammenlægningsmetoden skulle anvendes.<sup>72</sup>

Ved brug af sammenlægningsmetoden vil aktiver og forpligtelser ikke skulle omvurderes. Dette betyder, at aktiver og forpligtelser vil blive optaget i de modtagende selskabers balance til samme værdier, som de stod til i det indskydende selskab, jf. ÅRL § 123.

---

<sup>70</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 86f

<sup>71</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 87

<sup>72</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s.521

Det skal bemærkes, at SKAT kan stille krav om udarbejdelse af et fusions/spaltningsregnskab i forbindelse med tilladelse til skattefri fusion/spaltning.<sup>73</sup>

#### **5.4.4.2 Mellembalance**

Kravet om, at der skal udarbejdes en mellembalance når fusions-/spaltningsplanen underskrives senere end 6 måneder efter regnskabsårets udløb, er grundet i aktualitet.<sup>74</sup>

Man vurderer, at et årsregnskab, der er mere en 6 måneder gammelt ikke længere er et aktuelt beslutningsgrundlag. Formålet med mellembalancen er derfor at sikre, at aktionærerne har et aktuelt(opdateret) grundlag for fusions-/spaltningsbeslutningen.<sup>75</sup>

Mellembalancen udarbejdes efter samme principper som fusions-/spaltningsregnskabet. Er selskabet omfattet af revisionspligt skal mellembalancen også revideres.

Et frivilligt fusions/spaltningsregnskab kan i nogle tilfælde erstatte en mellembalance. Fusions/spaltningsregnskabet skal i så fald have en opgørelsesdato, der ligger indenfor 3 måneder før planens underskrivelse. Hvis der er krav om at mellembalancen skal være revideret, så skal fusions/spaltningsregnskabet også være revideret.<sup>76</sup>

#### **5.4.4.3 Apportindskud**

Sker der en kapitalforhøjelse i et eksisterende selskab eller stiftes et selskab ved apportindskud, dvs. et indskud af andre værdier end kontanter, skal der udarbejdes en vurderingsberetning, jf. AL § 6a, stk. 1. behandlet i afsnit 5.2.1.

Sker der i forbindelse med en fusion/spaltning kapitalforhøjelse i det modtagende selskab, eller opstår der nye selskaber, er det ikke reglerne i AL § 6a, der fastlægger vurderingsberetningen med derimod AL § 134b, stk. 3-5/ AL § 136b, stk. 3-5.

AL § 134b, stk. 3/ AL § 136b, stk. 3, opremser de samme krav til vurderingsberetningen som AL § 6a, stk.1, mens kravet i AL § 6a, stk. 2, om åbningsbalance, ikke er gentaget i AL § 134b/ AL § 136b.

---

<sup>73</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>74</sup> Jensen, Erik el., *Spaltning*, s. 88

<sup>75</sup> L125/2004 bemærkninger til § 134b, stk. 2

<sup>76</sup> Bilag 2, Afgørelse fra E&S

I artiklen ”Fusion og spaltning i praksis”<sup>77</sup> afsnit 3.1.4 lægges op til, at vurderingsberetningen skal indeholde samme oplysninger som en vurderingsberetning efter AL § 6a:

*”En vurderingsberetning ved en fusion/spaltning skal indeholde det samme som en vurderingsberetning ved en stiftelse eller kapitalforhøjelse i andre værdier end kontanter.”*

Hvis kravet, om at der skulle vedlægges et fusions/spaltningsregnskab, ikke var ophævet 1. april 2006 ville en vurderingsberetning efter AL § 136b opfylde samme betingelser som fremsættes i AL § 6a. Kravet om åbningsbalance ville indirekte være dækket af kravet om udarbejdelse af fusions-/spaltningsregnskab. Selv om kravet i selskabsretlig sammenhæng er bortfaldet, kan man forvente, at fusions/spaltningsregnskabet fortsat vil blive udarbejdet, selv om dette ikke er et krav efter AL og at betingelserne i AL § 6a derfor vil være opfyldte, selv om dette ikke er et direkte krav.

*”Fusions- og spaltningsregnskaber skaber et overblik over de fusionerede/spaltede selskaber. I mange tilfælde vil der som en del af beslutningsgrundlaget for disse transaktioner være behov for fusions- og spaltningsregnskaber evt. i hovedposter. Endvidere vil der ligeledes være behov for fusions- og spaltningsregnskaber i forbindelse med bogholderimæssig og økonomisk håndtering af fusioner og spaltninger samt til brug for skattemyndighedernes behandling af ansøgning om skattefri fusion/spaltning.*

*Det må således forventes, at der også fremover i en række tilfælde vil være behov for udarbejdelse af fusions- og spaltningsregnskaber til såvel intern som ekstern anvendelse.”<sup>78</sup>*

AL § 134b, stk. 4/ AL § 136b, stk. 4 fastslår, at vurderingsberetningen ikke må være udarbejdet mere end 3 måneder før tidspunktet for fusionens/spaltnings eventuelle vedtagelse, jf. AL § 134b, stk. 4/ AL § 136b, stk. 4. Overskrides fristen, kan fusionen/spaltningsregnskabet ikke gyldigt vedtages, jf. AL § 134b, stk. 4, sidste pkt./ AL § 136b, stk. 4, sidste pkt.

---

<sup>77</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

<sup>78</sup> [http://www.ey.com/global/content.nsf/Denmark/art\\_lov\\_aktie\\_anpartsloven\\_240306](http://www.ey.com/global/content.nsf/Denmark/art_lov_aktie_anpartsloven_240306) (Ernst & Young)

Efter 1. april 2006 skal der ved fusion ikke udarbejdes vurderingsberetning ved fusioner mellem aktieselskaber, jf. AL § 134b, stk. 5. Ved spaltning skal der kun udarbejdes vurderingsberetning, såfremt modtagende eller nystiftede selskaber er aktieselskaber, jf. AL § 136b, stk. 5.

#### **5.4.4.3 Ekspertudtalelse, AL § 134c/136c**

Der skal i hvert af de deltagende selskaber udarbejdes en skriftlig udtalelse om fusions-/spaltningsplanen. Udtalelsen skal udarbejdes af en eller flere uvildige vurderingsmænd, jf. AL § 134c, stk.1/AL § 136c, stk.1. Vurderingsmændene udpeges efter reglerne i AL § 6b. Udtalelsen skal, jf. AL § 134c, stk. 3/AL § 136c, stk. 3, indeholde en erklæring om hvorvidt vederlaget til aktionærene i det indskydende selskab er rimeligt og sagligt begrundet. Erklæringen skal angive hvilken/hvilke fremgangsmåder, der er anvendt til brug for ansættelsen af vederlaget, samt vurdere om disse er hensigtsmæssige. Erklæringen skal også omtale særlige vanskeligheder forbundet ved værdiansættelsen.

Vurderingsmændene skal, jf. AL § 134c, stk.4/AL § 136c, stk.4, endvidere afgive erklæring om kreditorernes stilling efter fusionen/spaltningen, dvs. en erklæring, om hvorvidt kreditorerne anses for at være tilstrækkeligt sikret efter fusionen/spaltningen. En negativ erklæring vil medføre særlige beføjelser til kreditorerne,<sup>79</sup> jf. afsnit 5.4.4.7.

Erklæringen skal være ubetinget og uden forbehold, og skal endvidere være positivt formuleret, dvs. at der er tale om en erklæring med høj grad af sikkerhed. Erklæringen skal endvidere omfatte alle de deltagende selskaber, både eksisterende og nye.<sup>80</sup>

#### **5.4.4.4 Fusions/Spaltningsplan sendes til E & S, AL § 134d/136d**

Senest 4 uger efter, at fusions-/spaltningsplanen er underskrevet, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen have modtaget en kopi af planen for hvert af de deltagende selskaber, overskridelse af fristen vil medføre, at modtagelsen ikke kan offentliggøres. Erklæringen vedrørende kreditorers stilling efter fusionen/spaltningen skal også indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der er ingen direkte tidsfrist for indsendelse af kreditorerklæringen. AL § 134d, stk.1, sidste punktum /AL § 136d, stk.1,

---

<sup>79</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 523

<sup>80</sup> Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

sidste punktum, angiver ”i forbindelse med indsendelse af fusions/spaltningssplan eller senere”. Det skal dog bemærkes, at 4 ugers fristen<sup>81</sup> for vedtagelse af fusionen/spaltningen gælder fra den dato Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bekræfter at have modtaget kreditorerklæringen og fusions-/spaltningssplanen.

#### **5.4.4.5 Fusions-/spaltningssbeslutning, hhv. AL §§ 134e og 134j/136e og 136j**

I det indskydende selskab træffes beslutningen om fusion/spaltning af generalforsamlingen, jf. AL § 134e, stk. 1, 1 pkt./136e, stk. 1, 1 pkt., der skal ved afstemning tages højde for bestemmelserne i AL §§ 78 og 79, samt evt. yderligere vedtægtsmæssige bestemmelser vedrørende fusion/spaltning eller opløsning. Dog kan beslutningen i et selskab, hvor de modtagende selskaber ejer 100 % af aktiekapitalen tages af bestyrelsen i dette selskab, jf. AL § 134j, stk. 1/136j, stk. 1. Er selskabet under likvidation, kan beslutningen kun træffes såfremt udlodning ikke er påbegyndt og likvidationen hæves.

Ved fusion kan beslutningen endvidere træffes af bestyrelsen, hvis det modtagende selskab ejer mindst 90 %, jf. AL § 134j, stk. 2. Beslutningen skal dog træffes af generalforsamlingen såfremt 5 % af aktionærene eller de aktionærer, der ifølge vedtægterne kan indkalde generalforsamlingen, kræver dette. Beslutningen tages da med det i AL § 78 foreskrevne flertal samt de yderligere betingelser vedtægterne måtte indeholde.

I de(t) modtagende selskaber træffes fusions-/spaltningssbeslutningen af bestyrelsen, undtagen, når der skal ske vedtægtsændringer,<sup>82</sup> udover optagelse af det indskydende selskabs navn eller binavn som binavn. 5 % af aktionærene<sup>83</sup> kan kræve, at beslutningen tages af generalforsamlingen, jf. AL § 134e, stk. 2, 2. pkt./136e, stk. 2, 2. pkt.

---

<sup>81</sup> AL § 134e, stk. 5/AL § 136e, stk. 5.

<sup>82</sup> Vedtægtsændringer vil typisk være kapitalforhøjelse. Hvis kapitalforhøjelse er den eneste vedtægtsmæssige ændring, er der i AL § 37 mulighed for at give bestyrelsen bemyndigelse til at forhøje aktiekapitalen og derved undgå at beslutningen skal vedtages på en generalforsamling.

<sup>83</sup> Eller vedtægtsbestemt andel (mindre end 5 %) der kan kræve ekstraordinær generalforsamling iht. AL § 70, jf. AL § 134e, stk. 3/136e, stk. 3.

AL § 134e, stk. 4/136e, stk. 4 foreskriver, at bestyrelserne i de bestående selskaber, der deltager i fusionen/spaltningen, oplyser om væsentlige begivenheder, der er indtruffet efter fusions-/spaltningsplanens underskrivelse.

Fusions-/spaltningsbeslutningen kan tidligst træffes 4 uger og *en dag*<sup>84</sup> efter at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har bekræftet modtagelsen af fusions-/spaltningsplan og erklæring vedrørende kreditors stilling efter fusion/spaltning. Der er ikke mulighed for at ændre spaltningsplanen efter offentliggørelse.<sup>85</sup>

Senest 4 uger før generalforsamlingen fremlægges: Fusions-/spaltningsplan, reviderede årsrapporter for de seneste 3 regnskabsår<sup>86</sup> for hvert af selskaberne, der deltager i fusionen/spaltningen. Bestyrelsernes redegørelse med tilhørende dokumenter og vurderingsmændenes udtalelser om vederlag og kreditors stilling.<sup>87</sup>

Kreditorer skal som udgangspunkt ikke underrettes om tidspunkt for generalforsamlingerne,<sup>88</sup> men skal have tidspunkterne oplyst, hvis de anmoder herom.<sup>89</sup>

#### **5.4.4.6 Godtgørelse til selskabsdeltagerne, AL § 134f/136f**

Aktionærerne i det indskydende selskab har mulighed for at kræve godtgørelse i tilfælde af, at vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab ikke er rimeligt og sagligt begrundet, jf. AL § 134f, stk. 1/136f, stk. 1. Muligheden er uafhængig af vurderingsmændenes erklæring om vederlaget iht. AL § 134c, stk. 3 og 136c, stk. 3. For at få godtgørelse, er det et krav, at aktionæren tager forbehold for vederlagets størrelse på generalforsamlingen, samt, at der anlægges sag ved domstolene senest 2 uger efter, at fusionen/spaltningen er besluttet i alle de bestående selskaber. Krav om godtgørelse fra aktionærer i det indskydende selskab har som udgangspunkt suspensiv virkning, jf. dog AL § 134h, stk.1, nr. 4/136h, stk.1, nr. 4. Hvis der stilles betryggende sikkerhed for kravet og vurderingsmændene erklærer, at deres erklæring, efter AL § 134c, stk. 3 og 4/136c, stk. 3 og 4, ikke anfægtes i væsentlig grad. Kan fusionen/spaltningen

---

<sup>84</sup> AL § 154a, frister fastsat iht. AL løber fra og med dagen efter den dag, hvor den begivenhed, som udløser fristen, finder sted.

<sup>85</sup> AL § 134e, stk. 5/AL § 136e, stk. 5.

<sup>86</sup> Eller den kortere tid selskabet har bestået.

<sup>87</sup> AL § 134e, stk. 6/AL § 136e, stk. 6

<sup>88</sup> Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, s. 528

<sup>89</sup> AL § 134e, stk. 7/AL § 136e, stk. 7

gennemføres inden krav efter AL § 134f/136f er afgjort. Vurderingsmændene afgør om sikkerheden er betryggende. Får en aktionær godtgørelse efter bestemmelsen i AL § 134f/136f, er det ikke ensbetydende med, at alle aktionærer i det indskydende selskab får godtgørelse. Det er nødvendigt, at hver enkelt aktionær tager forbehold ved generalforsamlingen og anlægger sag ved domstolene inden 2 uger efter beslutningen. Hvis der er flere aktionærer, der tager forbehold må det rimeligvis antages, at sagen ved domstolene evt. kunne føres fælles for alle de aktionærer, der har taget forbehold. Der er ikke samme mulighed for deltagerne i det modtagende selskab, der er henvist til at søge erstatning efter AL §§ 140 og 63, stk. 1.<sup>90</sup>

#### **5.4.4.7 Kreditor interesser, AL § 134g/136g**

I tilfælde af, at vurderingsmændene iht. erklæringen afgivet efter AL § 134c, stk. 4/136c, stk. 4, vurderer, at kreditorer ikke er tilstrækkeligt sikrede i det enkelte selskab efter fusionen/spaltningen, kan kreditorer, inden 4 uger, anmelde krav, der var stiftede inden fusions-/spaltningsplanens bekendtgørelse og for hvilke, der ikke er stillet særskilt sikkerhed.<sup>91</sup> Anmeldte krav, der er forfaldne kan kræves indfriet og for uforfaldne krav, kan der kræves betryggende sikkerhed, jf. AL § 134g, stk. 2/136g, stk. 2. Kan selskabet og kreditor ikke blive enige om sikkerhedsstillelsen, er der mulighed for at indbringe sagen for skifteretten til afgørelse, jf. AL § 134g, stk. 4/136g, stk. 4. Denne mulighed for anmeldelse af krav er betinget af en negativ udtalelse efter AL § 134c, stk. 4/136c, stk. 4.

#### **5.4.4.8 Fusionens/spaltningens ikrafttræden, AL § 134h/136h**

Det er fastsat i fusionsdirektivets art 19 og spaltningsdirektivets art. 17, at samtlige retsvirkninger skal indtræde samtidig. Ifølge AL § 134h, stk. 1/136h, stk. 1 anses fusionen/spaltningen for gennemført, når:

- Fusionen/spaltningen er besluttet i alle de bestående selskaber, der deltager i fusionen/spaltningen

---

<sup>90</sup> L125/2004 bemærkninger til § 136f

<sup>91</sup> Al § 134g, stk. 1/Al § 136g, stk. 1

- Der er gennemført generalforsamling med valg af bestyrelse og revisor i selskaber, som nystiftes ved fusionen/spaltningen, hvis valget ikke er sket umiddelbart efter, at generalforsamlingerne i de bestående selskaber har vedtaget fusionen/spaltningen, jfr. AL § 134h, stk. 5/136h, stk. 5
- Eventuelle krav fra kreditorer efter AL § 134g/136g er afgjort
- Eventuelle krav på godtgørelse fra aktionærer i det indskydende selskab, jf. AL § 134f/136f, er afgjort, eller vurderingsmændene erklærer, at deres erklæring om vederlag og kreditors stilling ikke anfægtes væsentligt, og at der er stillet betryggende sikkerhed

Når ovenstående betingelser er opfyldt, anses fusionen/spaltningen for gennemført, og det indskydende selskabs rettigheder og forpligtelser anses for overgået til de(t) modtagende selskab(er). Samtidig bliver aktionærerne i det indskydende selskab, aktionærer i de(t) modtagende selskab(er).

#### **5.4.4.9 Anmeldelse til E & S, AL § 134i/136i**

Senest 2 uger efter, at fusionen/spaltningen er besluttet i alle de bestående selskaber, skal anmeldelsen være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Ethvert af de modtagende selskaber kan på vegne af det indskydende selskab anmelde fusionen/spaltningen. Sammen med anmeldelsen skal indsendes: Bestyrelsernes redegørelse inkl. fusions-/spaltningsregnskab, mellembalance og vurderingsberetning og vurderingsmændenes erklæring iht. AL § 134c/136c omkring vederlag og kreditors stilling.

Anmeldelsen skal være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest ved udløbet af indsendelsesfristen for årsrapporten for den periode, hvori fusions-/spaltningsdatoen indgår, dog senest 1 år efter bekendtgørelse af modtagelse af fusions-/spaltningsplan. Overholdes fristen ikke, mister fusions-/spaltningsbeslutningen sin gyldighed og fusions-/spaltningsplanen anses for bortfaldet.



## 5.5 Delkonklusion

Efter at have behandlet ovenstående 4 omstrukturingsmetoder på det selskabsretlige plan, vil vi her komme med en vurdering af hvilke problemstillinger, man skal være særligt opmærksom på, samt tage stilling til, hvordan disse problemstillinger skal behandles, således at de ikke forhindrer en planlagt omstrukturering.

Tilførsel af aktiver og aktieombytning er ikke begreber, der anvendes i selskabsretlig sammenhæng, men er udelukkende skatteretlige begreber. Dermed er dog ikke sagt, at de to omstrukturingsformer ikke har selskabsretlig hjemmel, men i selskabsretten er der tale om stiftelse eller forhøjelse af kapital ved indskud af andre værdier end kontanter (apportindskud). Ved tilførsel af aktiver tilføres et/flere aktiver og ved aktieombytning indskydes en post aktier.<sup>92</sup> I begge tilfælde mod vederlag i aktier i det modtagende selskab. Man skal derfor være opmærksom på apportindskudsreglerne i AL §§ 6 - 6b, er der tale om stiftelse skal der yderligere tages højde for AL § 6c.

Reglerne i AL §§ 6 - 6c er i og for sig klare nok til, at der egentligt ikke opstår tvivlstilfælde. Der hvor der kan opstå problemer, er derimod i vurderingsberetningen, der kræves efter AL § 6a, om hvordan man værdiansætter de aktiver/aktier, som beretningen skal omhandle. Vi har ikke noget entydigt bud på hvordan værdiansættelsen skal foregå, men vil foreslå, at værdien fastsættes ved hjælp af to eller flere metoder, dette begrundes med, at ved at kunne henvise til at flere metoder giver "samme" værdi vil vurderingen nemmere kunne forsvaret ved evt. senere tvivl.

Fristen på 4 uger i AL § 6a, stk. 3. er også en af de bestemmelser, der kan forhindre en planlagt omstrukturering. En overskridelse af fristen vil medføre, at vurderingsberetningen skal udarbejdes på ny, hvilket udover de økonomiske konsekvenser også vil føre til at omstruktureringen udskydes. Det anbefales derfor, at vurderingsberetningen først udarbejdes, når man er helt sikker på at kunne afholde generalforsamlingen indenfor 4 uger.

---

<sup>92</sup> Der vil, da der er et skatteretligt krav om at det skal være en hel virksomhed, ofte være tale om en hel virksomhed, men selskabsretligt er der ikke noget der forhindrer tilførsel af et enkelt aktiv.

Fusion og spaltning er selskabsretlige begreber der er reguleret i Aktieselskabsloven kapitel 15, bestemmelserne er som reglerne om apportindskud klare og endog meget detaljerede, her er der dog tre forhold som vi vil fremhæve:

Det første er, at der ved fusion og spaltning i modsætning til tilførsel af aktiver og aktieombytning, sker universalsuccession, det betyder, at det ikke er nødvendigt at spørge kreditor om lov til at gennemføre fusionen/spaltningen. Bagsiden af universalsuccessionen er, at modtagende selskaber hæfter for indskydende selskabs gæld, også udover den gæld, der blev tildelt modtagende selskab ved fusionen/spaltningen. Hæftelsen omfatter også senere krav, der udspringer af forhold, der bestod på tidspunktet for fusionen/spaltningen. Det er derfor meget vigtigt, at der i forbindelse med fusion/spaltning er opmærksomhed på, at der bliver taget stilling til muligheden for, at der opstår krav, som ikke er kendte på tidspunktet for fusionen/spaltningen.

Det næste forhold gælder også ved tilførsel af aktiver og aktieombytning, det er værdiansættelsen af det indskydende selskab i forhold til det modtagende, her sker vurderingen dog i to, en der omhandler vederlaget til aktionærene i det indskydende selskab og en i tilfælde af kapitalforhøjelse og stiftelse af selskab. Den sidst nævnte skal indeholde det samme som vurderingen efter apportindskudsreglerne,<sup>93</sup> med undtagelse af åbningsbalance, og så er tidsfristen ikke 4 uger, men 3 måneder. Den første er derimod en vurdering af vederlaget til aktionærene og derved en vurdering af det indbyrdes forhold mellem indskydende selskab på den ene side og modtagende selskab på den anden. Der er altså som minimum tale om vurdering af to selskaber. Der er mange muligheder for værdiansættelse af virksomheder. Vi vil på denne baggrund anbefale, at der udarbejdes mindst to vurderinger af hvert selskab på samme måde som med vurderingen af apportindskud.

Det sidste forhold vi vil fremhæve her er, at der i forbindelse med en selskabsretlig fusion/spaltning er mange tidsfrister, der skal overholdes, og at der ikke er nogle dispensationsmuligheder. Hvis bare en tidsfrist overskrides kan fusionen/spaltningen

---

<sup>93</sup> Gældende ved tilførsel af aktiver og aktieombytning

ikke gennemføres, det er derfor meget vigtigt at være opmærksom på hvornår næste tidsfrist er



## 6 Skattepligtig omstrukturering

En skattepligtig omstrukturering er at sidestille med et almindeligt salg af aktiver og passiver.

Det er ved en skattepligtig omstrukturering i vidt omfang de almindelige skatteretlige principper, der finder anvendelse.

### 6.1 Skatterelevante aktiver

Værdisvingninger af aktiver påvirker som udgangspunkt ikke den skattepligtige indkomst. Dette følger af grundprincippet i Statsskattelovens (SL) § 5, litra a,

*SL § 5. Til Indkomst henregnes ikke:*

*a) Formueforøgelse, der fremkommer ved, at de Formuegenstande, en skattepligtig ejer, stiger i Værdi - medens der paa den anden Side ikke gives Fradrag i Indkomsten for deres Synken i Værdi -, eller Indtægter, som hidrører fra Salg af den skattepligtiges Ejendele (herunder indbefattet Værdipapirer), for saa vidt disse Salg ikke henhører til vedkommendes Næringsvej, for Eksempel Handelsvirksomhed med faste Ejendomme, eller er foretaget i Spekulationsøjemed, i hvilke Tilfælde den derved indvundne Handelsfortjeneste henregnes til Indkomsten, ligesom ogsaa eventuelt Tab kan fradrages i denne. Ved Salg af fast Ejendom samt Aktier og lignende offentlige Værdipapirer, der er indkøbt efter 1. Januar 1922, anses Spekulationshensigt at have foreligget, naar Salget sker inden 2 Aar efter Erhvervelsen, medmindre det modsatte godtgøres at være Tilfældet;*

Udgangspunktet er altså, at ikke realiserede værdisvingninger ikke beskattes, beskatningen indtræder først, når aktivet realiseres ved afståelse eller lignende. Dette kaldes for realisationsprincippet, modsætningen er lagerprincippet, som vi dog ikke vil komme nærmere ind på her, da de i nærværende afhandling, omtalte dispositioner vil medføre realisation (afståelse).

Næste grundprincip i SL § 5, litra a, er, at fortjeneste/tap ved salg af formuegoder (aktiver) heller ikke påvirker den skattepligtiges indkomst. Denne hovedregel om skattefrihed ved salg af aktiver er i praksis en undtagelse, der kun gælder, hvis aktivet ikke er erhvervet med spekulationshensigt eller som led i næring og heller ikke er omfattet af de særlige regler i afskrivningsloven (AL), aktieavancebeskatningsloven

(ABL), ejendomsavancebeskatningsloven (EBL) og kursgevinstloven (KGL). Aktiver, der kan udløse beskatning, kaldes for skatterelevante aktiver.

Aktiver, der skifter ejer, i forbindelse selskabsretlig omstrukturering gennem: Aktieombytning, tilførsel af aktiver, fusion eller spaltning, vil formentlig altid være omfattet af undtagelserne til skattefrihed i SL § 5 og derfor skattepligtige.

## 6.2 Interesséfællesskab<sup>94</sup>

Grundlaget for beskatning er som udgangspunkt handelsværdien på det frie marked, denne værdi anses som udgangspunkt at være opnået ved aftaler mellem parter uden interesséfællesskab. Forudsætningen er, at køber er interesseret i at betale mindst muligt, mens sælger er interesseret i så høj en pris som muligt, dog skal også parter med modstridende interesser fordele aktivernes værdi korrekt, se. TfS 1998, 731 H<sup>95</sup>.

Et problem, der typisk opstår, når der er tale om omstruktureringer, er interesséfællesskab. Ved interesséfællesskab forstås, at aftalens parter har sammenfaldende/identiske økonomiske interesser. Interesséfællesskabet kan være konkret vedrørende den ene aftale, og det kan også være generelt, dvs. bero på slægtskab eller lignende.

I de tilfælde, hvor der er interesséfællesskab, har told- og skatteforvaltningen friere adgang til at tilsidesætte aftalens overdragelsessum eller fordeling, hvis denne skønnes ikke at være retvisende.

Interesséfællesskab vil sædvanligvis foreligge ved overdragelse i gavemiljø f.eks. nærtbeslægtede, hvor der er fælles økonomiske interesser. Dette gør sig også gældende i forhold til hovedaktionær/selskab, hvor der ikke er modstridende skattemæssige interesser, eller hvor kun den ene part har skattemæssig interesse i købesummens fordeling. Hvis den ene part ikke er skattepligtig, eller har et betydeligt uudnyttet skattemæssigt underskud, der efter de gældende regler om underskudsfræmførsel ikke

---

<sup>94</sup> Ligningsloven § 2

<sup>95</sup> Michelsen, Aage el., *Lærebog om indkomst skat*, s. 374

ville kunne udnyttes fuldt ud, eller handelen foregår mellem en privatperson og en kommune, vil dette også kunne medføre interessefællesskab.<sup>96</sup>

Ved interne omstruktureringer er der kun en ”part”, køber og sælger er den/de samme, men også ved omstruktureringer, hvor det som udgangspunkt må siges at være modstridende interesser, kan det forekomme, at der er interessefællesskab, f. eks. ved en fusion er det ikke nødvendigvis vederlagets størrelse, der er afgørende, men mere forholdet mellem aktionærene efter fusionen. Overdragelser mellem interesseforbundne parter skal ske på ”arm’s length” vilkår, dette betyder, at handel mellem interesseforbundne parter skal foregå på markedsvilkår, (samme vilkår som hvis intet interessefællesskab)

### **6.3 Realisation**

SL § 5, litra a, bevirker, at gevinst og tab på aktiver ikke kommer til beskatning før de er afhændet. Forudsætningen for at beskatte aktiver er altså, at aktivet anses for realiseret.

SL § 5, litra a, omtaler alene salg. Der er igennem lovgivningen anvendt andre formuleringer så som afståelse, afhændelse eller opgivelse. Der er en tendens til, at alle formuleringer bliver fortolket ens, således at alle formuleringerne omfatter enhver form for afståelse, med mindre andet er anført. Afståelse foreligger altid, når et aktiv skifter ejer. Ordet salg i SL § 5, litra a, skal således ikke kun forstås som salg, men som enhver form for afståelse. Aktieombytning er som ordet siger et bytte og også bytte betragtes som afståelse, dog her mod vederlag i naturalgoder(aktier). Der er mulighed for at undgå beskatning, eller rettere at udskyde beskatningen. Dette behandles i afsnit 7.8. Også gave og arveforskud sidestiles med salg. Delafståelser betragtes også som realisation af den del af aktivet, gælder også når der er tale om ideel anpart. Det er uden betydning om afståelsen er frivillig eller ikke, tvangsaktion er også afståelse.

Fusion og spaltning af aktie- og anpartsselskaber medfører som udgangspunkt afståelse af alle aktiver, der i forbindelse med fusion/spaltning overgår til et andet selskab. Også ved stiftelse og opløsning af aktie- og anpartsselskaber. Ved stiftelse betragtes aktiver,

---

<sup>96</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), E.I.4.1.3.1

der som apportindskud indskydes i selskabet som afstået til selskabet, og de aktiver, der udloddes ved et selskabs opløsning, betragtes som afstået til aktionærene. Også her er der muligheder for at undgå/udskyde beskatningen, se senere behandling i afsnit 7.

Realisationsbeskatning forekommer, når der foreligger en endelig og bindende afståelse.

Det er imidlertid ikke kun, hvor der sker ændringer i ejerforhold, hvor der sker afståelse, også forhold, der påvirker karakteren eller anvendelsen af det pågældende aktiv, kan medføre, at aktivet anses for at være realiseret, for denne afhandling er det særligt risikoen for, at vedtægtsændringer kan betragtes som afståelse, der er interessant. Her er der særligt tale om vedtægtsændringer, der gør, at en aktionærgruppe fremover skal have forlodsudbytte, her sidestilles vedtægtsændringen med en byttesituation.

Afståelses-/Realisationsbegrebet er meget bredt, stort set enhver overgang i ejendomsret kan have skattemæssige konsekvenser.

#### **6.4 Tilførsel af aktiver**

Ved tilførsel af aktiver vil aktionærene i det omhandlede selskab ikke blive berørt. Her er der tale om salg af aktier og passiver mod vederlag i aktier. Det er selskabet, der sælger og selskabet, der vederlægges og ikke, som tilfældet er ved fusion og spaltning, selskabets aktionærer. Aktionærernes beholdning berøres derfor ikke, og derfor vil der heller ikke ske nogen beskatning af aktionærene. Selskabet vil derimod blive afståelsesbeskattet, efter reglerne, der er gældende for de afståede aktiver og passiver. Afståelsessum vil være markedsværdi af de afståede aktiver, inkl. evt. goodwill og passiver. Det modtagende (købende) selskabs anskaffelsessum vil også være markedsværdi.

#### **6.5 Aktieombytning**

Ved en aktieombytning vil der ikke være nogle skattemæssige konsekvenser for det ”ombyttede” selskab, da dette både i juridisk og skattemæssig henseende består uændret efter ombytningen, dog med ny/ændret aktionærkreds. Aktionærer, der deltager i ombytningen vil blive beskattet efter de almindelige regler vedrørende afståelse af aktier i henhold til aktieavancebeskatningsloven. Aktionærene skal altså beskattes som



om aktierne er afstået til markedsværdi, og anskaffelsessummen for de ”nye” aktier, vederlaget, vil tilsvarende være markedsværdi, jf. afsnit 5.1.

## **6.6 Fusion**

En skattepligtig afståelse er at sidestille med et almindeligt salg af aktiver og passiver, med efterfølgende likvidation af det ophørende selskab. Forskellen mellem almindeligt salg og fusion er, at det er aktionærerne i det ophørende selskab og ikke det ophørende selskab selv, der får vederlaget for salget.

Det er i vidt omfang de almindelige skatteretlige principper, der finder anvendelse.

### ***6.6.1 Aktionærernes skattemæssige stilling***

Beskatningen af aktionærerne afhænger af, om der er tale om aktionærer i det ophørende eller det fortsættende selskab.

For aktionærer i det fortsættende selskab har en fusion ingen betydning.

Ved en fusion betragtes det modtagne vederlag som likvidationsprovenu. Ved fusionen ophører det indskydende selskab, og da dette er tilfældet betragtes aktier/anparten i det indskydende selskab som afstået, dette medfører, at aktionærerne bliver beskattet efter aktieavancebeskatningslovens regler, jf. ABL § 2.

Aktierne i det modtagende selskab, som aktionærerne får som vederlag vil blive betragtet som anskaffet på fusionsdatoen og til markedsværdi.

### ***6.6.2 De deltagende selskabers skattemæssige stilling***

Også her er der forskel på det ophørende og det fortsættende selskab.

Ved en fusion, vil det indskydende selskab blive ophørsbeskattet. Ophørsbeskatningen dækker perioden fra indkomstårets begyndelse til ophøret jfr. SEL § 5. Ophør ved fusion sidestilles med ophør ved likvidation. Dette betyder, at det indskydende selskab dels er undergivet sædvanlig beskatning af indkomst fra indkomstårets begyndelse til ophørstidspunktet og dels beskatning af fortjeneste og tab af afståede aktiver og forpligtelser (ophør, alle aktiver og forpligtelser realiseres).

Det modtagende selskabs skattemæssige anskaffelsessum og tidspunkt for de modtagne aktiver og forpligtelser bliver identisk med det indskydende selskabs skattemæssige afståelsessum og tidspunkt, der skal dog tages højde for evt. handelsomkostninger, både i det indskydende selskab og de modtagende selskaber.

## **6.7 Spaltning**

### ***6.7.1 Aktionærernes skattemæssige stilling***

Beskatningen af aktionærerne afhænger af om der er tale om en delvis spaltning eller en ophørsspaltning.

Ved en delvis spaltning betragtes det modtagne vederlag som udbytte, jf. LL § 16a, det fulde udbytte beskattes. Ved delvis spaltning fortsætter det indskydende selskab, dog i en slanket udgave. Da dette er tilfældet berøres aktier/anparter i det indskydende selskab ikke ved en delvis spaltning, dette medfører, at aktionærerne beholder deres anskaffelsessum og tidspunkt for aktierne i det indskydende selskab.

Ved en ophørsspaltning betragtes det modtagne vederlag for likvidationsprovenu. Ved ophørsspaltning ophører det indskydende selskab. Da dette er tilfældet betragtes aktier/anparter i det indskydende selskab som afstået, dette medfører, at aktionærerne bliver beskattet efter aktieavancebeskatningslovens regler, jf. ABL § 2.

Aktierne i det modtagende selskab, som aktionærerne får som vederlag vil blive betragtet som anskaffet på spaltningsdatoen og til markedsværdi.

### ***6.7.2 De deltagende selskabers skattemæssige stilling***

Også her er der forskel på om det er delvisspaltning eller ophørsspaltning.

Ved en delvis spaltning bliver de overdragne aktiver og forpligtelser beskattet efter skatterettens almindelige bestemmelser, dvs. at der beskattes efter de regler, der gælder for hvert enkelt aktiv eller forpligtelse, der afstås i forbindelse med spaltningen. De modtagne selskabers skattemæssige anskaffelsessum og tidspunkt for de modtagne aktiver og forpligtelser bliver identiske med det indskydende selskabs skattemæssige

afståelsessum og tidspunkt, der skal dog tages højde for evt. handelsomkostninger, både i det indskydende selskab og de modtagende selskaber.

Ved en ophørsspaltning, vil det indskydende selskab blive ophørsbeskattet. Ophørsbeskatningen dækker perioden fra indkomstårets begyndelse til ophøret jfr. SEL § 5. Ophør ved spaltning sidestilles med ophør ved likvidation. Dette betyder, at det indskydende selskab dels er undergivet sædvanlig beskatning af indkomst fra indkomstårets begyndelse til ophørstidspunktet, og dels beskatning af fortjeneste og tab af afståede aktiver og forpligtelser (ophør, alle aktiver og forpligtelser). De modtagende selskabers skattemæssige anskaffelsessum og tidspunkt for de modtagne aktiver og forpligtelser bliver identisk med det indskydende selskabs skattemæssige afståelsessum og tidspunkt, der skal dog tages højde for evt. handelsomkostninger, både i det indskydende selskab og de modtagende selskaber.



## 7 Skattefri omstrukturering

Omstruktureringer og generationsskifte ville være næsten umulige at gennemføre, hvis der ikke var mulighed for succession, idet, et krav om realisationsbeskatning ville, alt efter omstændighederne, betyde et (betydeligt) træk på virksomhedens likviditet. Det er ud fra et samfundsmæssigt synspunkt vigtigt, at virksomheder får mulighed for at ændre struktur, da en oprindelig struktur ikke nødvendigvis vil være den mest hensigtsmæssige gennem hele virksomhedens "liv".<sup>97</sup>

### 7.1 Succession

En metode til at undgå beskatning ved omstrukturering er succession. Selvom afståelser via succession ofte bliver omtalt som skattefrie afståelser, er dette ikke helt korrekt. Der er ikke som sådan tale om skattefrihed, men om en skatteudskydelse, hvilket også er det, som reglerne sigter imod. Erhverver indtræder i overdragers skattemæssige stilling, dvs. erhverver overtager overdragers skattebyrde, og den skat, der ville skulle betales ved almindelig afståelse, bliver udskudt til erhverver afstår aktiverne.

Reglerne om succession kan anvendes på følgende områder:<sup>98</sup>

- Mellem ægtefæller
- Mellem andre nærtbeslægtede i levende live
- Mellem virksomhedsejer/hovedaktionær og nære medarbejdere
- i forbindelse med dødsfald
- til et selskab i forbindelse med omdannelse af en personligt ejet virksomhed til selskab
- til et datterselskab i form af tilførsel af aktiver efter reglerne i fusionsskatteloven, jf. FUSL § 15c.
- i forbindelse med fusion af selskaber, jf. FUSL kap. 1-3

---

<sup>97</sup> Michelsen, Aage el., *Lærebog om indkomst skat*, s. 873

<sup>98</sup> Michelsen, Aage el., *Lærebog om indkomst skat*, s. 574

- i forbindelse med spaltning af selskaber, jf. FUSL §§ 15a – 15b
- i forbindelse med ombytning af aktier mv. i et selskab med aktier i et andet selskab, jf. FUSL §§ 9 og 11 samt ABL § 36

Da afhandlingen omhandler selskabsretlig omstrukturering vil det kun være de 4 sidste metoder, der er relevante for afhandlingen.

Der er nogle fælleskrav for alle mulighederne. Der er krav om, at der er tale om en erhvervsvirksomhed, der er også et krav om, at Danmark skal have beskatningsretten til de aktiver, der succederes i efter successionen.

Selvom reglerne ikke er ens for de forskellige muligheder for succession, er der nogle fællestræk, der kan beskrives her. Som udgangspunkt er succession valgfri.<sup>99</sup> I og med, at successionen er valgfri, er det en betingelse, at overdrager og erhverver er enige om overdragelsen.

Hovedformålet med succession er, at der ved overdragelse ikke udløses den sædvanlige beskatning, men at beskatningen udskydes til erhverver realiserer aktiverne, han/hun har modtaget ved succession. Erhverver indtræder i overdragers skattemæssige stilling, dvs. at erhverver overtager overdragers anskaffelsestidspunkt, anskaffelsessum og anskaffelseshensigt, dette gælder både ved opgørelse af fortjeneste, og også ved opgørelse af afskrivningsgrundlag.

Omkostninger i forbindelse med successionen tillægges anskaffelsessummen, se TfS 1992, 155Ø og TfS 1992, 446DEP

Erhverver overtager også opgørelsesmetoder. Hvis overdrager har anvendt lagerprincippet til opgørelse af indkomst, vil dette medføre, at erhverver også skal anvende lagerprincippet.

Når der er tale om succession til et selskab, sker der ”dobbeltsuccession”, Selskabet indtræder i overdragers stilling og aktionærene udskyder deres beskatning til de afstår de modtagne aktier. Metoden til at opnå denne udskydelse er, at aktierne, som

---

<sup>99</sup> Dog obligatorisk mellem ægtefæller og fra afdøde til dødsbo

aktionærerne modtager, har samme anskaffelsessum, som de aktiver der indskydes i selskabet.

## 7.2 Myndighedskompetence.

Ved vurdering om kompetence er 3 elementer gældende. Det er den saglige, stedlige og klagemulighederne.

Varetagelse af ansøgninger om skattefri omstruktureringer ligger hos skatteministeriet. Denne uddelegerer det til de lokale skattemyndigheder. Denne vil også være den stedlige kompetence, her angivet ved de fem kompetencecentre:

- Skattecenter Aalborg, der dækker Nordjylland
- Skattecenter Århus, der dækker Midtjylland
- Skattecenter Esbjerg, der dækker Sydjylland og Fyn
- Skattecenter Korsør, der dækker Midt-, Vest- og Sydsjælland
- Skattecenter København, der dækker Nordsjælland og København

Det vil være det lokale kompetencecenter, der varetager selve ansøgningen ved en skattefri aktieombytning, en ansøgning således skal sendes til. Denne skal opfylde en række essentielle objektive og subjektive betingelser.

Såfremt, der ønskes ombyttet aktier i flere selskaber hjemmehørende ved forskellige kompetencecentre, indsendes anmodningen til det kompetencecenter, hvor det i økonomisk henseende mest betydende selskab er hjemmehørende <sup>100</sup>. I denne forbindelse vil betydningen givetvis kunne lægges på 2 kriterier. Det skattemæssige overskud i året eller den reelle egenkapitalværdi af selskabet. Denne må så fastslås på baggrund af forskellige værdiansættelsesmetoder, Bent Ramskov advokerer for den sidste. Det skal dog i den forbindelse nævnes, at en værdiansættelse af en usorteret virksomhed indeholder et utal af faldgruber, ikke mindst såfremt man anlægger en ”corporate finance” tilgang, jf. afsnit 5.1

---

<sup>100</sup> Ligningsvejledningen (2007-2) S.G.18.2.1

Såfremt der skal ske ombytning i større sager, involverende en lang række aktionærer, eller der skal ske ombytning i børsnoterede selskaber, sker henvendelse til Omstruktureringskontoret for Store Selskaber, ligeledes skal principielle spørgsmål vedr. aktieombytning, som der ikke tidligere har været praksis omkring, sendes til Omstruktureringskontoret for Store Selskaber med en begrundet redegørelse for sagens specielle karakter. Det skal i den forbindelse nævnes, at aktieombytninger, hvor der efterfølgende sker omstruktureringer efter fusionsskatteloven, som hovedregel ikke anses som værende principielle. Det vil dog ikke kunne udelukkes, at sådanne transaktioner vil kunne danne baggrund for en principiel stillingtagen<sup>101</sup>. Såfremt der ikke sker fremsendelse til det korrekte lokale kompetencecenter, der skal stå for sagsbehandlingen, vil anmodningen blive videresendt af SKAT<sup>102</sup>.

### **7.3 Klageadgang**

Ved aktieombytning er der klageadgang, såfremt den ønskede anmodning ikke imødekommes af den ene eller anden årsag. En afgørelse truffet af told- og skatteforvaltningen kan indbringes for Landsskatteretten, jf. skatteforvaltningslovens § 11, stk. 1, nr. 1. Yderligere klager forelægges domstolene efter de sædvanlige processuelle regler herom<sup>103</sup>.

Uegentlig fusion skal ikke behandles i landsskatteretten men derimod hos Told og Skattestyrelsen. Dette følger af at ABL § 36 ikke følger af fusionsskattedirektivet, men er en ren dansk bestemmelse. Afgørelsen kan derfor ikke umiddelbart indbringes for Landsskatteretten, men alene ifølge skattestyrelsens kapitel 3 anførte regler<sup>104</sup>.

### **7.4 Selskab i en medlemsstat**

Selskaberne, der er omfattet af de regler, der gælder ved skattefri omstrukturering er de selskaber, som følger fusionsskattedirektivet artikel 3, og dermed er omfattet af begrebet ”selskab i en medlemsstat” der er reguleret efter fusionsskatteloven og aktieavancebeskatningsloven.

---

<sup>101</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 129

<sup>102</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), S.D.1.2.1

<sup>103</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 131

<sup>104</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 131



Omvendt vil det sige, at fonde og selskaber, der er underlagt andelsbeskatning ikke kan bruge reglerne.

I forhold til selskabernes registrering, er der mulighed for at diskutere om hvorvidt det enkelte selskab har mulighed for at bruge de muligheder, der eksisterer i fusionsskattedirektivet.

#### **7.4.1 Hovedsædeteorien**

Lande, der ikke er omfattet betegnelsen ”medlemsstat” i fusionsskattedirektivet vil derfor ikke kunne bruge det omhandlede regelsæt. Dette kan sammenlignes med artikel 4 i OECD’s modelkonvention af 1992, som fastlægger hjemstedet, der hvor personen i henhold til lovgivningen i en stat er skattepligtig på grund af ledelsens sæde<sup>105</sup>. Alternativt til hovedsædeteorien er registreringsteorien, som foreskriver, at loven i det land, hvor A/S er gyldigt stiftet/registreret, anvendes. Hovedsædeteorien tager udgangspunkt i det land, hvor A/S har sit faktiske hovedsæde, hovedsædeteorien stiller også krav om registrering for at opnå retssubjektivitet.

I skatteretten er udgangspunktet, hvor selskabets ledelse har hovedsæde. Dette er indarbejdet i SEL § 1 stk. 6, der anfører, at det afgørende er, hvor ledelsen har sit hovedsæde. Herved er der konvergens imellem dansk ret og de internationale aftaler, der foreligger på området. Her henvises til dobbeltbeskatningsoverenskomster, der bygger på OECD -modeloverenskomsten, her anses selskaber m.v. i tilfælde af dobbeltdomicil for hjemmehørende i den stat, hvor selskabets ledelse har sit sæde, jf. modeloverenskomstens art. 4.3.<sup>106</sup>

Hvorvidt et selskabs ledelse hører til i Danmark må bero på den konkrete sag, hvor en række forskellige målekriterier bliver taget op og gennemgået. I det omfang bestyrelsen forestår den reelle daglige ledelse af selskabet, vil stedet for bestyrelsens sæde være af væsentlig betydning for vurderingen af, om selskabet er hjemmehørende i Danmark. Dette kan være i tilfælde, hvor der er en aktiv bestyrelsesformand, der reelt varetager den daglige forretning. Aspekter, der taler for, at selskabet ikke er hjemhørende i

---

<sup>105</sup> Bjare, Peter Rose, *Kommentarer til udvalgte afgørelser*, RR 1994.215

<sup>106</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), D.D.2, Kapitel 2, artikel 4 i OECD’s modelkonvention

Danmark er f.eks. hvis alle møder og beslutninger vedrørende selskabets forhold foregår i udlandet. Her vil udgangspunktet være, at selskabet ikke har ledelsens sæde her i landet.<sup>107</sup>

*”F.eks. anses et selskab indregistreret i Holland for at have skattemæssigt hjemsted i Holland. Hvor selskabets ledelse udøves f.eks. fra Sverige vil selskabet dog i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Sverige og Holland blive anset for at være skattemæssigt hjemmehørende i Sverige. Det hollandske selskab vil derfor i denne situation ikke være omfattet af artikel 3”<sup>108</sup>*

Til yderligere illustration kan der tages udgangspunkt i TfS 1998.607H hvor Højesteret fastslog, at et dansk indregistreret aktieselskab, der var et helejet D/S af et tysk M/S, ansås for at have daglig ledelse i Danmark. Højesteret lagde i den forbindelse vægt på, at ved selskabets egentlige ledelse i henhold til artikel 4, stk. 3 i OECD modeloverenskomsten måtte forstås, at hovedvægten må lægges på, hvor den daglige ledelse varetages.

Det, som kan være problematisk i denne forbindelse og som man bør være opmærksom på, er at der ikke er konvergens indadtil i dansk selskabsret og skatteret hvilket i en ansøgningssituation kan være problematisk, hvis man forudsætter, at en selskabsretlig registrering i DK er nok til, at man i en konkret situation ønsker at benytte sig af reglerne i fusionsskattedirektivet.

## 7.5 Subjektive Krav

Et afgørende krav for at kunne gennemføre en skattefri omstrukturering, er at der opnås tilladelse fra told- og skatteforvaltningen.

Som udgangspunkt har alle selskaber, der opfylder de objektive betingelser et retskrav på tilladelse til skattefri omstrukturering, uanset at formålet måtte vise sig at være finansielt, økonomisk eller skattemæssig.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), D.D.2, Kapitel 2, artikel 4 i OECD's modelkonvention

<sup>108</sup> Bjare, Peter Rose, *Kommentarer til udvalgte afgørelser*, RR 1994.215

<sup>109</sup> Leur Bloem sagen omtalt i afsnit 7.5.2.1

Hvis hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse har en medlemsstat ret til helt eller delvist at afslå tilladelse, jf. fusionsskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a.

*”som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en [fusion, spaltning m.v.] ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteter i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan dette skabe en formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse”*

Det er ansøger, der skal bevise, at de anførte forretningsmæssige begrundelser har hold i virkeligheden, og ikke bare er hypotetiske eller standard begrundelser. Foreligger der ikke økonomisk forsvarlige betragtninger bag omstruktureringen, skabes der en formodning om, at formålet er skattesvig eller skatteunddragelse.

Det er ikke en betingelse for skattefri omstrukturering at tilladelsen er opnået på forhånd. Men da et afslag vil betyde, at omstruktureringen bliver skattepligtig, må det siges, at der er forbundet en betydelig risiko at gennemføre omstruktureringen selskabsretligt inden tilladelsen er opnået. Er omstruktureringen gennemført selskabsretligt, er der nemlig ikke nogen mulighed for at fortryde, det er heller ikke muligt, selskabsretligt at gøre omstruktureringen betinget af, at der opnås tilladelse til skattefri omstrukturering.

Da det ikke er muligt at ændre omstruktureringsplanen, efter at den er underskrevet, er det en fordel at have opnået tilladelse inden omstruktureringsplanen underskrives, så det er muligt at tage højde for eventuelle vilkår i forbindelse med tilladelsen.

Ændres der i forudsætningerne efter at tilladelsen er givet, kan told og skatteforvaltningen se bort fra en tilladelse, og omstruktureringen betragtes som skattepligtig. Samme er gældende hvis omstruktureringen gennemføres i strid med forudsætningerne for tilladelsen.

For at man kan forvente at få tilladelse til at gennemføre en skattefri omstrukturering, skal begrundelsen for omstruktureringen være forretningsmæssig, og skatteunddragelse eller skattesvig skal ikke være et af hovedmotiverne for omstruktureringen.

De anførte forretningsmæssige begrundelser skal være reelle. Er der tvivl om hvorvidt de anførte begrundelser er reelle, eller bare er standard begrundelser, kan told og skatteforvaltningen give tilladelse med klar markering af tvivlen. Dette betyder, at ansøger bærer risikoen for, at tilladelsen kan blive trukket tilbage, og at der efterfølgende vil blive foretaget en ligningsmæssig efterprøvelse af de anførte begrundelser. I henhold til Skatteforvaltningslovens § 26 kan en tilladelse tilbagetrækkes, såfremt der er sket en ændring i grundlaget for ansættelsen(tilladelsen). Dette kan ske uanset hvor lang tid, der er gået efter tilladelsen er givet jfr. Skatteforvaltningslovens § 27.

Selve fusionsskattedirektivet er ikke skrevet direkte ind i den danske lovgivning, men inkorporeret i de relevante bestemmelser. Siden direktivet i sin fulde tekst ikke er skrevet ind i dansk lovgivning, er bidragene fra dansk ret alene angivet i forskellige indirekte udsagn, primært i som bemærkninger til de forskellige lovændringer.

Skattedepartementets tilkendegivelse i TfS 1996.899, samt reglerne om aktieombytning og spaltning ved lov nr. 313 af 21. maj 2002.<sup>110</sup>

### **7.5.1 Positive fortolkningsbidrag.**

*”Positive fortolkningsbidrag kan fortolkes, som forsvarlige økonomiske begrundelser for aktieombytning. Skatteministeriets departementsudtalelse TfS 1996.899. Den påtænkte transaktion skal foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, uden at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse. Som eksempel på forsvarlige forretningsmæssige betragtninger kan nævnes omstrukturering, rationalisering, risikoafvejning generationsskifteplaner m. m..”<sup>111</sup>*

### **7.5.2 Negative fortolkningsbidrag**

Negative fortolkningsbidrag virker anderledes end de positive og virker afgrænsende i forhold til hvornår, der er tale om skattesvig og skatteunddragelse. Disse bidrag fremstår i 2 former.

---

<sup>110</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 142, Serup, Michael, *Skatteundgåelse som et hovedformål – i en brydningstid*, TfS 2006.321 og Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 693

<sup>111</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 151

Det første er i form af et rådsprotokollat, hvori det fremføres, at f.eks. en aktieombytning efterfulgt af et hurtigt salg af de ombyttede aktier ville kunne statuere, at dispositionen ikke længere vil være skattefri. Såfremt der gennemføres et hurtigt salg efter ombytningen, og der ikke herved udløses nogen avance sammenholdt med, at en avance ved et konkret salg uden aktieombytning vil være skattepligtig, ville hovedformålet med transaktionen og ikke blot et af hovedformålene være skatteunddragelse.

Den anden form ses i bidrag fra forarbejderne til lovforslag L 35 af 2. november 1994 p, om international beskatning, hvori det fremgår, at succession med efterfølgende skatteudskydelse ikke kan opnås, såfremt hensigten er at omgå bestemmelserne i aktieavancebeskatningsloven<sup>112</sup>.

Serup påpeger i Generationsskifte, at i en omstrukturering ligger det i sagens natur, at en skattemæssig succession indebærer en skatteudskydelse, disse to forhold vil altid følges ad. Som det bliver anført i departementets udtalelse er dette, ikke en sammenhæng, der i sig problematisk i forhold til skattefri aktieombytning. Det er først i det tilfælde, hvor skatteudskydelsen bliver et selvstændigt motiv.

Det i den forbindelse relevante spørgsmål er, hvornår er skatteundgåelse en virkning og hvornår er det et hovedformål eller motiv.

Afviklingen af den efterfølgende aktiebesiddelse, som ovenstående negative fortolkningsbidrag viser, er et centralt element i den mulige tilladelse. Som det fremføres, vil der ikke være grundlag for afslag så længe den efterfølgende aktiebeholdning underlægges sædvanlig beskatning – omvendt vil en skattefri omstrukturering blive problematisk, såfremt omstrukturen i sig selv indebærer eller efterfølges af en aktieafståelse, som ikke udløser sædvanlig beskatning. Det bemærkes, at en efterfølgende aktieafvikling ikke automatisk vil indebære en afvisning af anmodningen.

Som ovenstående viser, skal der altså være en vist element af positive motiver for at redegøre for, at aktieombytningen tager udgangspunkt i forretningsmæssige

---

<sup>112</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 151

dispositioner, således at en skattemæssig udskydelse ikke bliver et hovedformål. Ligeledes bør det stå klart, at den skattemæssige belastning, som en given omstrukturingsmodel illustrerer, er en beslutningsvariabel på linie med alle andre saglige argumenter, hvilket betyder, at en konsekvent afvisning af ansøgningen blot fordi man ønsker at gennemføre den pågældende disposition på den mest hensigtsmæssige skattemæssige måde, er en overfortolkning af skatteundgåelsesbegrebet.

Det problematiske i denne balancegang er, som Serup påpeger, at fortolkningsbidragene i deres udformning indirekte lægger op til, at der kan være tale om skatteunddragelse så snart den konkrete situation ikke kan rumme de eksempler, som fortolkningsbidragende indeholder.<sup>113</sup>

### **7.5.2.1 Leur-Bloem dommen C-28/95**

Leur-Bloem dommen i hovedtræk:

A. Leur-Bloem, der var direktør og eneste selskabsdeltager i to hollandske anpartsselskaber, ønskede at erhverve anparter i et tredje selskab mod vederlag, i form af anparter i de to eksisterende selskaber. Hermed ville det tredje selskab blive et holdingselskab.

De hollandske skattemyndigheder afslog Leur-Bloem's ansøgning om tilladelse til skattefri ombytning. De hollandske myndigheders påstand var, at der ikke var tale om en transaktion, der havde til formål i finansiell og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i disse to selskaber til en større enhed. Den "større enhed" bestod allerede i og med, at A. Leur-Bloem's var direktør og enejer af selskaberne.

Afslaget blev appelleret. Den hollandske domstol så sig nødsaget til at forelægge spørgsmålet vedrørende fortolkning af fusionskattedirektivet for EF-domstolen.

I Leur-Bloem dommen er der i præmisserne fastslået:

---

<sup>113</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 695.

- At der skal indrømmes skattefrihed, medmindre et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse (præmis 40)
- At der ikke kan anvendes forud fastsatte generelle kriterier (præmis 41), men
- At der skal foretages en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion (præmis 41)

I præmis 41 siger:

*"Ved afgørelsen af, om en påtænkt transaktion har et sådant formål, kan de kompetente nationale myndigheder ikke blot anvende forudfastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion."*

Leur-Bloem dommens konsekvenser er, at myndighederne skal foretage en samlet vurdering af hele den påtænkte transaktion. Dermed er det fastslået, at tilladelsesmyndigheden ikke kan give afslag på en ansøgning, hvis et vilkår er tilstrækkeligt til at forhindre eller begrænse et skatteundgåelses formål.

### **7.5.2.2 Vognmandsdommen SKM2005.167.ØLR**

Vognmandsdommen i hovedtræk:

Vognmandssagen omhandler en vognmand, der den 21.12.2001 foretog en skattefri virksomhedsomdannelse af sin vognmandsvirksomhed. Ansøgning om skattefri aktieombytning indsendtes, den 14.12.2002. Meningen med aktieombytningen var at etablere en holding struktur.

Begrundelserne for aktieombytningen var:

1. Minimering af driftsrisiko
2. På sigt at forberede et generationsskifte
3. Muligheden for at stifte nye datterselskaber

Der blev ud fra ansøgningen anlagt en konkret forhåndsformodning ud fra de faktiske forhold, om at et af hovedformålene var at udskyde aktieavancebeskatning. Forhold, der blev fremført som begrundelse for afslag, var at:

- Virksomheden siden 1970 havde været drevet i personligt regi, og først var overgået til selskabsregi i december 2001 via en skattefri virksomhedsomdannelse. Driftsrisikoen kunne derfor ikke betragtes som et afgørende moment
- Ansøgeren nærmede sig pensionsalderen, hvorfor en afhændelse var en nærliggende mulighed. Begrundelsen om stiftelse af nye datterselskaber, fandtes derfor ikke at være aktuelt.

Ansøger fik afslag på skattefri aktieombytning, udelukkende af den grund, at ansøgningen ikke var konkret nok. Ansøger fik i første omgang afslag på ansøgningen med begrundelsen, at de faktiske forhold omkring den tidligere drift af virksomheden, sammen med indehaverens alder ikke harmonerede med de forretningsmæssige begrundelser, der var angivet i ansøgningen. Landsskatteretten stadfæstede denne afgørelse, den mente heller ikke, at der var rimelig grund til at tro, at transaktionen var forretningsmæssigt begrundet, der blev derfor anlagt den opfattelse, at hovedformålet var skatteunddragelse. Sagen blev af ansøger appelleret til landsretten, landsretten gav landsskatteretten medhold, idet ansøger, som var repræsenteret af revisor, havde rig mulighed for at underbygge/dokumentere de forretningsmæssige begrundelser, og dermed afkræfte, at skatteunddragelse var et af hovedformålene.

Afslaget i denne sag er således ikke givet ud fra de faktiske forhold omkring transaktionen, men ud fra informationsniveauet.

Samme betragtning er blevet anlagt i den såkaldte frisørsag, SKM 2001.37.LSR. Motivet til omstruktureringen med en holding/datter struktur var at sælge frisørvirksomheden på sigt, og så beholde provenuet i holding selskabet. Told og skatteregionen afslog ansøgningen, da motivet udelukkende havde skattebesparende motiv. Skatteydere repræsenteret havde sendt et brev med begrundelser, men først efter afslaget. Selve begrundelserne var nok af økonomisk karakter, men havde et generelt



præg, derfor synes det skatteudskydende motiv, som var selve hovedargumentet at være det som vejede tungest. Dommen udleder noget af det samme som vognsmandsdommen, nemlig at generelle argumenter ikke accepteres, samt at en for sen og søgt forklaring efterfølgende ikke kan være at betragtes som værende i ansøgers favør.

## **7.6 L110**

Lovforslag L 110 blev fremsat af Skatteministeren den 13. december 2006. Lovforslaget skulle efter fremsættelsen - som alle andre lovforslag - behandles tre gange af Folketinget for at blive vedtaget som lov. Første behandling af lovforslaget fandt sted den 26. januar 2007. Mellem Folketingets 1. behandling og 2. behandling, var forslaget til behandling i Folketingets Skatteudvalg. Forslaget blev på opfordring i høringsfasen delt i 2 dele L110 A og L110 B.

Inden fremsættelsen den 13. december 2006, havde lovforslaget været gennem en høringsfase. Skatteministeriet havde i den forbindelse modtaget kommentarer og meldinger fra en række forskellige brancheorganisationer m.fl. Som før nævnt blev forslaget vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 12. april 2007.

Lovforslaget L110 A, nu vedtaget, tager udgangspunkt i et ønske om at objektivisere reglerne for bl.a. omstrukturering. Ønsket er således, at spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning kan gennemføres skattefrit uden tilladelse fra SKAT.

Desuden indeholder den nye lov bestemmelse om, at der i ingen tilfælde kræves tilladelse fra SKAT til at gennemføre en skattefri fusion.<sup>114</sup> Det er meningen, at loven skal tilskynde aktionærene til at beholde deres aktier i 3 år, såfremt man ved begyndelsen på omstruktureringen kan se, at denne 3 års ejerfrist ikke kan overholdes, skal der stadig ansøges.<sup>115</sup> Hvis ejertidskravet ikke kan overholdes, medfører det et krav om ansøgning. Hvilket giver mulighed for både at afslå skattefri omstrukturering og at give tilladelse hertil, herunder eventuelt at fastsætte særlige vilkår for tilladelsen.

---

<sup>114</sup> FUSL § 3 og 4 ophæves

<sup>115</sup> L110 som fremsat

De love, som er vigtige at bemærke i denne forbindelse er – Aktieavancebeskatningsloven § 36 A omhandlende aktieombytning. Fusionsskatteloven er den anden lov, som er blevet modificeret med den nye lovændring. Her er det særligt FUL § 15a og 15b, der er interessante, disse paragraffer henviser til de nye regler omkring spaltning, mens § 15 d henviser til reglerne omkring tilførsel af aktiver.

Sådan som reglerne er i det gamle regelsæt,<sup>116</sup> udspringer disse af 90/434/EØF bedre kendt som fusionsskattedirektivet. Dette direktiv er indarbejdet i dansk lovgivning, således, at loven som den står skrevet i dag, er i overensstemmelse med europæisk ret, indtil andet er afgjort.

Et væsentligt punkt i fusionsskattedirektivet er, at der er mulighed for aktionærer og virksomheder for at ændre på deres forretning rent organisatorisk, alt efter hvordan man ønsker, at forretningen skal drives i fremtiden – altså en omstrukturingsmulighed med indbygget succession. Om hvorvidt det nye regelsæt i L110 A på nogen områder senere er EU retsligstridig synes fra skatteministerens side ikke umiddelbart at være tilfældet. Dette hænger sammen med, at selv om det indeholder ganske andre bestemmelser end de nuværende, er der stadig mulighed for at søge efter de gamle regler, altså ad frivillighedens vej. Denne opfattelse er dog ikke enstemmig, hvilket fremgår af både FSR og advokatrådet.

Regelsættet i L110 er som bekendt ikke et regelsæt, der går ind og overtager mulighederne for omstrukturering efter det gamle tilladelsessæt. Det er derfor stadig muligt at anvende det ene eller det andet sæt fuldkommen, men det er også muligt at kombinere sættene, hvis forudsætningerne skulle ændre sig fra det oprindelige ansøgningsgrundlag, samt bede om bindende svar. Dvs. at der er mulighed for at lave omstruktureringen uden tilladelse først, og hvis det viser sig, at man ikke kan overholde betingelserne, så at ansøge om tilladelse.

*Spm. 12: Kan ministeren bekræfte, at det med de foreslåede ændringer af reglerne for skattefri omstruktureringer fortsat vil være muligt at bede om forhåndsgodkendelse af omstruktureringer?*

---

<sup>116</sup> Stadig gældende

*Svar: Ja, det kan jeg bekræfte.*

*Spørgsmål 16: Kan ministeren bekræfte, at der ved omstruktureringer, der gennemføres efter reglerne uden tilladelse, efterfølgende kan søges om tilladelse, hvis der efterfølgende indtræffer uforudsete begivenheder, hvor beskatningen efter reglerne om tilladelse var mere gunstig, og vil det i givet fald være tilstrækkeligt, at der først søges om tilladelse, når den uforudsete begivenhed indtræder?*

*Svar: Ja, det kan jeg bekræfte*

Under udvalgsbehandlingen havde skatterevisorforeningen anmodet skatteministeren om en klar formulering i selve lovteksten om, hvornår en sådan anmodning skal sendes. Ministeren fandt det ikke nødvendigt at tydeliggøre dette, hvorfor man kan forvente, at det bliver fastslået ved praksis, hvornår en anmodning er rettidig indsendt, samt hvilke opfyldelseskriterier en sådan vil forventes at skulle have. En mulighed vil være, at ændringer i omstruktureringsplanerne og derfor argumentationen skal sendes til SKAT uden ugrundet ophold, så snart den afgørende begivenhed indtræffer. Denne forventning synes at være på linie med skatteministerens svar på netop et spørgsmål, der havde dette som implicit problemstilling.

*Spørgsmål 55: I besvarelsen af spm. 16 bekræfter ministeren, at der ved omstruktureringer, der gennemføres efter reglerne uden tilladelse, efterfølgende kan opstå uforudsete begivenheder, hvor beskatningen efter reglerne om tilladelse var mere gunstige. Udvalget vil gerne anmode om, at der angives et par eksempler på, at der kan opstå en sådan situation?*

*Svar: Jeg vil gerne indlede med at præcisere, at jeg i mit svar på spørgsmål 16 bekræftede, at der ved omstruktureringer, der gennemføres uden tilladelse, efterfølgende kan søges om tilladelse, hvis der efterfølgende indtræffer uforudsete begivenheder, og at det i givet fald vil være tilstrækkeligt, at der først søges om tilladelse, når den uforudsete begivenhed indtræder.*

*Generelt medfører de foreslåede regler en beskatning ved salg af aktier i de første tre år efter en skattefri omstrukturering, der er gennemført uden tilladelse. Som udgangspunkt er det først og fremmest relevant at omstrukturere efter de foreslåede regler, hvis man kan leve med denne virkning af reglerne. Da der er tale om et objektiveret system, kan der ikke dispenseres fra reglerne.*

*Begivenheder, som man ikke kunne forudse på det tidspunkt, hvor man valgte at omstrukturere skattefrit uden tilladelse, kan dog efterfølgende føre til, at man ser sig nødsaget til at sælge aktier kort tid efter omstrukturen – med en aktieavancebeskatning til følge. Det kunne f.eks. være i tilfælde af alvorlig sygdom.*

*Man kan f.eks. tænke sig en situation, hvor en personaktionær driver sin virksomhed i et selskab, som aktionæren er enejer af. Aktionæren gennemfører en skattefri aktieombytning uden tilladelse, således at aktionæren nu driver virksomheden i driftsselskabet gennem et helejet holdingselskab. Kort tid efter bliver aktionæren alvorligt syg og kan ikke længere drive virksomheden. Aktionæren kunne derfor godt tænke sig at lade holdingselskabet afhænde aktierne i driftsselskabet, hvilket imidlertid vil udløse en beskatning af holdingselskabet. Der er ikke mulighed for dispensation.*

*Hvis aktionæren i stedet havde søgt og fået en tilladelse til den skattefri aktieombytning, ville der formentlig være blevet stillet et anmeldelsesvilkår, som betød, at et hurtigt salg af aktier skulle anmeldes til SKAT. Et hurtigt salg af aktierne i driftsselskabet ville som udgangspunkt medføre, at tilladelsen og dermed skattefriheden for ombytningen bortfaldt. Ombytningen ville med andre ord skulle betragtes som en skattepligtig afståelse af de ombyttede aktier. I tilfælde af en uforudset begivenhed som alvorlig sygdom ville aktionæren dog have haft mulighed for efterfølgende at opnå en dispensation, således at tilladelsen og skattefriheden ikke bortfaldt. Hvorvidt der kan gives dispensation afhænger af en helt konkret vurdering. Denne vurdering vil skulle foretages i overensstemmelse med gældende regler og praksis. En tilladelse vil således ikke automatisk medføre en gunstigere skattemæssig behandling, men den giver mulighed for, at man efter en konkret vurdering kan opnå en dispensation, hvis der f.eks. indtræder uforudsete begivenheder, efter at omstrukturen er gennemført.*

Problemstillingen vil dog, som nævnt i ovenstående blive afgjort i praksis, men det kan med rimelighed anføres, at en rådgiver bør være opmærksom på, at en sådan situation kan forekomme, og det er derfor vigtigt, at man er opmærksom på de faldgruber, der kan være.

I forlængelse af det ovenstående, har FSR lignede spørgsmål.

FSR anfører i første høringsrunde at:

*”Efter gennemførelsen af en skattefri omstrukturering uden tilladelse vil det kunne vise sig, at det havde været mere hensigtsmæssigt at gennemføre omstrukturen med tilladelse efter det gældende*

*regelsæt. I sådanne tilfælde bør der efter FSR' opfattelse være mulighed for efterfølgende at indgive ansøgning efter de eksisterende regler. Det gældende regelsæt indebærer ikke, at tilladelse skal være indhentet forud for omstruktureringens gennemførelse. Der skal dog indsendes selskabsretlige dokumenter senest 1 måned efter vedtagelsen”.*

Skatteministeren svarer i den forbindelse:

*”Det er korrekt, at det er muligt efterfølgende at ansøge om tilladelse til skattefri omstrukturering, selv om den pågældende omstrukturering er gennemført uden tilladelse. Det bemærkes, at fusionsskattelovens § 6 om indsendelse af de selskabsretlige dokumenter også gælder i relation til de foreslåede regler om skattefri omstrukturering uden tilladelse. De selskabsretlige dokumenter skulle derfor gerne være indsendt på det tidspunkt, hvor man efterfølgende måtte beslutte at bede om en tilladelse”.*

Det vil dog, som skatteministeren anfører stadig være muligt at bede om bindende ligningssvar, dette følger af skatteministerens svar til AgroSkat A/S i forbindelse med første høringsrunde.

**Spm:** *Det må antages, at man kan anmode om bindende svar om, hvorvidt man opfylder betingelserne for at kunne foretage en omstrukturering uden tilladelse*

**Svar:** *Det kan bekræftes, at der vil være adgang til at anmode om bindende svar i det omfang betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt*

Det næste problem, som reglerne kan indeholde, er ifølge Dansk Handel og Service, at den administrative byrde ikke bliver lettet, men tværtimod gjort besværligere ved at have et todelt regelsæt. Desuden skal virksomhederne, som Dansk Handel og Service påpeger, leve med et regelsæt under hvilket de har ansøgt indeholder et ikke ubetydeligt usikkerhedsmoment, nemlig at man skal leve med en usikker retstilstand i 3 år, sådan forstået, at omstændigheder kan udløse skat i en disposition, der ellers som udgangspunkt var skattefri.

Dette afvises af skatteministeren, der fremhæver, at reglerne, herunder de nye værnsregler, er klare nok, og at man i tvivlssituationer blot kan anvende de nuværende ansøgningsregler. Denne opfattelse kan finde tilslutning, da det at overholde de nye værnsregler er en noget man et langt stykke ad vejen selv har kontrol over. Det nye

regelsæt indbyder ikke på samme måde, som de gamle regelsæt til subjektive overvejsessituationer, hvor der kan herske tvivl, om hvad myndighederne rent faktisk mener.

Således tilkender FSR indledningsvis brugbarheden i de administrative lettelser i deres høringssvar. Særligt fremhæves situationen ved aktieombytning, som kan gøres uden at søge tilladelse. Det er efterhånden lagt så meget domspraksis til grund, for at man i en ansøgningssituation bør kunne dirigere uden om de elementære fejl, men der henvises i den forbindelse til afsnittet om f.eks. aktieombytning, hvor der i en del tilfælde er blevet statueret skatteundgåelse. Derfor synes et enklere regelsæt være umiddelbart brugbart.

Ved de nye regler er hele humlen, at selve værnsregelsættet er nok til at sikre at skatteundgåelse ikke er tilfældet. Derfor skal der ikke tages stilling til, om en omstrukturering, der er gennemført uden tilladelse, er forretningsmæssigt begrundet hvis de objektive grunde for at benytte regelsættet er overholdt. Skatteministeriet bemærker i øvrigt i forbindelse med høringssvarene fra FSR, at de objektive betingelser for hvornår der er tale om spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning stadig gælder, selv om omstrukturen gennemføres uden tilladelse.

Et kerneelement i forbindelse med en ansøgning efter tilladelsesregelsættet er, at den udspringer af rent forretningsmæssige årsager, som de relevante myndigheder herefter bedømmer. Til tilladelsesansøgninger vil der kunne knyttes vilkår fra myndighedernes side til sikring af, at skatteunddragelselementet ikke bliver et selvstændigt hovedmotiv. Hvilket der i praksis næsten altid bliver<sup>117</sup>. L110 A indeholder ingen sådanne bestemmelser om forretningsmæssige begrundelser eller muligheder for myndighederne om at fastsætte særlige vilkår. Derfor er L 110 A i princippet ikke et regelsæt der kan fungere som sikring for, at de forretningsmæssige motiver bliver tilgodeset, da en egentlig godkendelsesprocedure eller kontrol som sådan, ikke vil forekomme.

Spm fremkom bl.a. i skatteudvalget i den indledende fase af lovforslaget.

---

<sup>117</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 566

***Spm 9:** Såfremt lovforslaget gennemføres og der dermed indføres objektivisering af reglerne for skattefri omstrukturering, vil der være behov for kontrol af, at vilkårene herfor er opfyldt. Hvorledes vil ministeren sikre, at der sker den fornødne kontrol og at der er det fornødne personale til at gennemføre denne kontrol?*

***Svar:** Som det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger, skønnes der, at SKAT i forbindelse med lovens ikrafttræden målrettet informere advokater, revisorer og andre rådgivere om de nye regler ligesom at ligningsvejledningen bliver rettet til. Det forventes derfor at de nye regler vil medføre få fejl hos virksomhederne. Der vil i henhold til indsatsstrategien blive fortaget stikprøvevis kontroller. Resultaterne heraf vil indgå i vurderingen af om dette sagsområde skal kontrolleres mere end andre områder.*

Det vil i sagens natur altid være en kontrolforanstaltning fra de offentlige myndigheders side. Denne kontrol forventes delvist minimeret på baggrund af forventningerne til rådgivernes kompetencer samt informationer fra SKAT. Nærmere kriterier for stikrøvekontrol samt disses omfang angives ikke.

På grund af lovens særkende, samt at det bygger på forståelse af reglerne uden myndighedernes indblanding som hovedprincip, er der i lovforslaget indbygget et sæt værnsregler, som skal gøre det uattraktivt at benytte omstrukturingsmulighederne hvis skatteundgåelse er hovedformålet. Loven indeholder, hvad angår omstruktureringer, alene værnsregler for spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning.

### **7.6.1 Fællesregler for tilladelsesregelsættet.**

En række betingelser går igen ved de 3 former for omstrukturering – Disse vil i det nedenstående blive behandlet særskilt, men det bør nævnes for overblikkets skyld, at der er fællesnævner. Alle typer for omstruktureringer skal alle ske til handelsværdi eller mindre hvis anskaffelsessummen er lavere. Desuden kan uudnyttede fremførselsberettigede aktietab ikke kan anvendes ved salg af aktierne i det erhvervede / modtagne selskab. Der fastsættes også en anskaffelsessum på de ombyttede aktier, således at aktieavance udløses ved salg indenfor 3 år (aktieombytning). Ny ejertid på selskabers vederlagsaktier i stedet for succession, således at aktieavance udløses ved salg indenfor 3 år (spaltning og tilførsel). Ny ejertid på selskabers eksisterende aktier, hvis indskydende selskab ikke ophører (grenspaltning og tilførsel).

## 7.7 Tilførsel af aktiver

Tidligere tiders praksis i forbindelse med fejlsvurdering af apportindskud til for høj værdi var, at dette blev beskattet hos indskyderen som maskeret udlodning, således at forskelsbeløbet blev gjort til genstand for yderligere beskatning. Dernæst hos selskabet, som en nedjustering af afskrivningsgrundlag og ikke mindst anskaffelsessum for indskudte aktiver.

Denne praksis er ikke længere gældende efter TfS. 2001.181.

Et selskab blev stiftet med en nominel anpartskapital på 200.000, det blev berigtiget ved et apportindskud. Senere blev skattemyndighederne opmærksomme på, at der var et misforhold mellem den værdi, det samlede apportindskud var optaget til ved registreringen af selskabet, og den værdi, apportindskud reelt havde. Skatteministeriet accepterede den kendsgerning, at værdien aldrig havde været i selskabet og derfor heller ikke kunne udloddes. Omvendt blev anskaffelsessummen på aktierne nedsat med forskellen på den oprindelige og den faktiske værdi.

Ligningsvejledningen udelukker dog ikke muligheden for, at skattemyndighederne vælger at udbyttebeskatte, hvilket anføres således:

*”En udlodningsbeskatning kan f.eks. komme på tale, når reguleringen for overpris er så stor, at den overstiger aktie- eller anpartskapitalen (incl. eventuel overkurs). Det vil være tilfældet, hvis korrektionerne medfører, at de gældsposter/forpligtelser, som indskydes i selskabet, overstiger værdien af de indskudte aktiver (negativt indskud)”*

*”I de tilfælde, hvor der er indskudt et aktiv, der er medregnet til en højere værdi, end det reelt er værd, skal anskaffelsessummen for aktierne/anparterne altså reguleres ned. Anskaffelsessummen skal dog ikke reguleres ned med et eventuelt beløb, der er beskattet som maskeret udlodning. Ved omdannelse til handelsværdier kan anskaffelsessummen således ikke blive negativ ”<sup>118</sup>*

Selv om en virksomhedsoverdragelse sker med skattemæssig succession efter FUSL §§ 15 b-c om tilførsel af aktiver eller efter KSL § 33 C om familiesuccession i en virksomhed, er der ikke herved sikret nogen selskabsretlig universalsuccession.

---

<sup>118</sup> SKM 2001.165.DEP



Det beror på aftale med kreditorer og medkontrahenter, i hvilket omfang de vil acceptere den nye virksomhedsejer som deres medkontrahent, og om de vil acceptere, at beføjelser, som ellers ville tilkomme dem ved et ejerskifte, frafalder, jf. f.eks. UFR 1985.664 V, hvor det indskydende selskab producerede varer på licens, og licensafgiften udløstes ved alle produkternes overdragelse til det nye datterselskab, hvilket parterne klart ikke havde taget i betragtning. Såvel direktøren/eneaktionæren som den rådgivende advokat fandtes erstatningspligtige.

### **7.7.1 Skatteretlig**

Skattemæssig tilførsel af aktiver er ikke reguleret på samme måde, som den er selskabsretlig. I skatteretten vil tilførsel af aktiver udelukkende være en disposition, som udspringer af det skatteretslige grenkrav, såfremt det skal ske skattefrit.

Således er der eksempler på, at selskabsretten korrelerer med skatteretten i en omstruktureringssituation, og det er i den forbindelse et moment, som man bør henlede opmærksomheden på. Det er således, som ovenstående selskabsret indikerer helt i overensstemmelse med reglerne at indskyde en maskine eller en debitor i forbindelse med opstart af en virksomhed, men skatteretlig ligger en sådan disposition udenfor de successionsregler, der er opstillet. Man vil selvfølgelig stadig kunne lave indskuddet, men der ville ikke være mulighed for at bruge den skatteudskydelse, som det skatteretlige regelsæt indeholder.

Skattemæssigt er udgangspunktet, at det indskydende selskab beskattes af eventuel avance på de aktiver/passiver, der apportindskydes. Derved overtager det modtagende selskab aktiverne/passiverne til handelsværdier, som selskabet efterfølgende kan afskrive på. Aktierne, som det indskydende selskab modtager, anses for anskaffet pr. det tidspunkt, hvor tilførslen beslutes, og de anses for anskaffet til handelsværdien af apportindskuddet. Lige efter tilførslen vil aktierne således kunne sælges uden beskatning, fordi der ingen avance er.

Aktiernes anskaffelsessum skal opgøres efter reglerne om tilførsel af aktiver, hvor værdien opgøres som anskaffelsessummen for aktierne i det modtagende selskab efter

reglerne i virksomhedsomdannelsesloven, jf. fusionsskattelovens § 15 d, stk. 4, der henviser til lov om skattefri virksomhedsomdannelse § 4, stk. 2<sup>119</sup> Det er ligeledes afgørende, at det indskydende selskab udelukkende vederlægges med aktiver, i modsætning til typer af omstruktureringer hvor grænserne for kontantvederlæggelse er ganske anderledes.

Gennemføres tilførslen skattefrit, beskattes det indskydende selskab ikke, idet det modtagende selskab i stedet overtager aktiverne og passiverne til de eksisterende skattemæssige værdier. Der opnås således ikke yderligere afskrivningsgrundlag. Aktierne, som det indskydende selskab modtager, anses pr. beslutningsdagen. Imidlertid opgøres der ved skattefri tilførsel af aktiver en særlig anskaffelsessum for aktierne, som gør, at aktierne ikke bør afstås, før moderselskabet har opnået de 3 års ejertid, som er betingelsen for, at selskaber kan afstå aktier skattefrit.

Dette skyldes, at anskaffelsessummen for aktier, modtaget ved en skattefri tilførsel af aktiver, fastlægges til handelsværdien af apportindskuddet med fradrag af den skattepligtige avance, som ville have været konstateret ved apportindskuddet. Sælger det indskydende selskab aktierne lige efter tilførslen, udløses der således en skat, der svarer til, at apportindskuddet var sket skattepligtigt. Efter 3 års ejertid på aktierne kan afståelsen derimod ske uden at udløse skat”.

Selve tankegangen om tilførsel af aktiver minder meget om den ved aktieombytning, men sådan som omstruktureringen fungerer, kommer den til at pege nedad, der sker en forskydning nedad i stedet for som ved aktieombytning sker en ændring opad.<sup>120</sup>

### ***7.7.2 Betingelserne for skattefri tilførsel af aktiver.***

Lovgrundlaget for skattefri tilførsel af aktiver er bestemt i den direktivtekst, som regulerer denne transaktion, jf. fusionsskattedirektivet artikel 2 litra v og litra i.

*” Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det*

---

<sup>119</sup> Kjær, Susanne, *Omstruktureringer – Aktieombytning, fusion, spaltning og tilførsel af aktiver*, SR Skat 2000.126

<sup>120</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 598

*modtagende selskab kapital. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud for et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift dvs en samlet enhed der kan fungere ved hjælp af egne midler”*

Som Serup anfører, er der i den forbindelse to betingelser, som er utvetydige, og som skal opfyldes. For det første, skal det være tale om en selvstændig gren af virksomheden. Det er skitseret i direktivtesten, hvad man forstår derved. Næste punkt er, at det indskydende selskab kun må vederlægges med aktier og ikke andet. Dette krav udspringer af ønsket om, at det indskydende selskab binder nettoværdien af tilførslen i aktier.<sup>121</sup> Dette kan være at betragte som et skærpende element, sammenligner man med aktieombytning, der tillod en kontantvedlæggelse<sup>122</sup>.

#### **7.7.2.1 Grenkravet.(samme som ved grenspaltning)**

Grenkravet er tosidet, da det både kan være en del af en virksomhed og det kan også være en hel virksomhed. Grenkravet bliver modificeret, da det ikke gælder, hvis det er hele virksomheden i et selskab, der tilføres:

*Det forstås ifølge praksis således, at grenkravet ikke gælder hvis alt udskilles; Der må således ikke være andre aktiver tilbage i selskabet end aktierne/anparterne i det modtagende selskab og ingen passiver ud over egenkapitalen. Er der nogen aktiver eller passiver tilbage herudover eksempelvis en fast ejendom eller en bankgæld er der tale om tilførsel hvor grenkravet gælder<sup>123</sup>*

Af den danske fusionsskattelovs § 15 c fremgår;

*”Stk. 2. Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskab. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler.”*

---

<sup>121</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 631

<sup>122</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 599

<sup>123</sup> Kjær, Susanne, *Omstruktureringer om lovgivningen og praksis (2)*, SR Skat 2002.33

Den definition af begreberne "tilførsel af aktiver" og "gren af en virksomhed", der er indeholdt i fusionsskattelovens § 15 c, svarer til definitionerne af disse begreber i fusionsskattedirektivets art. 2, litra c) og i) der er formuleret således;

*"I dette direktiv forstås ved*

*c) tilførsel af aktiver, den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital*

*i) en gren af en virksomhed, alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler."*

#### **7.7.2.1.1 Andersen og Jensen sagen SKM 2002.620 (EF-domstolen), jf. SKM 2001.73 (Ligningsrådet) og TfS 2001.794 (Vestre Landsret)**

I forhold til grenkravet foreligger der foruden kravene i direktivteksten, som oftest en praksis, som hjælper med hvordan loven skal fortolkes.

Andersen og Jensen sagen handlede om et selskab, der ønskede at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver. Forud for sagen optog selskabet et lån på kr. 10 mio. Provenuet skulle blive i det indskydende selskab, mens forpligtelsen skulle overføres til det modtagende selskab. I det modtagende selskab skulle driften finansieres via en driftskredit i et pengeinstitut. Som sikkerhed ønskede pengeinstituttet pant i aktierne i det modtagende selskab.

Ligningsrådet accepterede ikke den oprindelige model af den grund, at adskillelse af låneprovenuet og tilbagebetalingsforpligtelsen fandtes at være i strid med grenkravet i fusionsskattelovens § 15 c, samt at det modtagende selskab på grund af sikkerhedsstillelsen ikke fandtes at være i stand til at fungere ved hjælp af egne midler, derfor stillede ligningsrådet i stedet følgende vilkår for tilladelse;

Låneprovenuet på kr. 10 mio. og den tilhørende gældsforpligtelse skulle enten forblive i det indskydende selskab eller overføres samlet til det modtagende selskab. Der måtte ikke fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i

øvrigt være ydet sikkerhed i form af kaution, pant, indestående eller lignende til fordel for det modtagende selskab.

Tilførslen af aktiver blev gennemført på baggrund af de af ligningsrådets angivne vilkår, efterfølgende blev der ved Vestre Landsret lagt sag an mod Skatteministeriet med henblik på efterprøvelse af lovligheden af de vilkår, Ligningsrådet havde fastsat<sup>124</sup> <sup>125</sup>.

I den forbindelse blev der stillet 4 principielle spørgsmål til EF domstolen, der på lige fod som med Leur-Bloem dommen har kompetence til at tage stilling til præjudicielle spørgsmål. Spørgsmålene er angivet nedenfor.

*Skal bestemmelserne i direktiv 90/434/EØF (fusionsdirektivet) forstås således, at det er i strid med bestemmelserne i dette direktiv, navnlig art. 2, litra c) og litra i), at en medlemsstats myndigheder afviser at anse en disposition for omfattet af direktivets bestemmelser om tilførsel af aktiver, når den pågældende transaktion indebærer, at samtlige det indskydende selskabs aktiver og passiver tilføres et andet selskab (det modtagende selskab) med undtagelse af dels en mindre aktiepost dels provent af et af det indskydende selskab optaget lån*

*Har det nogen betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at det må lægges til grund, at det indskydende selskab optog det pågældende lån med henblik på at nedbringe nettoværdien af de aktiver og passiver, der tilføres det modtagende selskab, idet låneprovent skal forblive i det indskydende selskab, medens gældsforpligtelsen skal tilføres det modtagende selskab*

*Har det nogen betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og/eller spørgsmål 2, at det må lægges til grund, at optagelsen af det pågældende lån skete med henblik på at skabe mulighed for, at hidtidige medarbejdere som led i et generationsskifte i virksomheden ville være i stand til at finansiere tegning af aktieposter i det modtagende selskab*

*Skal bestemmelserne i fusionsskattedirektivet, og navnlig bestemmelsen i direktivets art 2 litra i), forstås således, at det er i strid med disse bestemmelser, at det opstillede vilkår for at anse en disposition for omfattet af direktivets bestemmelser om tilførsel af aktiver, at der fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt ikke stilles sikkerhed til fordel fra for det modtagende selskab,*

---

<sup>124</sup> Kjær, Susanne, *Omstruktureringer om lovgivningen og praksis (2)*, SR Skat 2002.33

<sup>125</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, "kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen"*, SR Skat 2002.106

*fordi det er oplyst, at det modtagende selskabs fremtidige likviditetsbehov skal finansieres ved en driftskredit fra et pengeinstitut som har ønsket pant i aktierne i det modtagende selskab.*

Jan Guldmand Hansen skriver i sin artikel Skattefrie omstruktureringer, ”Kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS-dommen”

Vedrørende spørgsmål 1-3 henviser EF-domstolen i præmis 24 til, at det af ordlyden af direktivets artikel 2, litra c) og i), samt af direktivets artikel 4, stk. 1, fremgår, at en tilførsel af aktiver i direktivets forstand kun foreligger, hvis tilførslen omfatter alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed.

Helt konkret henføres der til i præmis 25 at *alle aktiver og passiver* i en gren af en virksomhed overføres samlet. Der ligger i denne sontring, at EF domstolen udviser det synspunkt, at den direkte sammenhæng mellem aktiver og passiver kan påvises i den enkelte gren /virksomhed. Desuden bemærkes det at:

*”der ikke foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets forstand i det tilfælde hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån selskabet har optaget mens de hertil tilsvarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab”<sup>126</sup>*

Spm 4 besvares med at selve bedømmelsen bør ske ud fra et umiddelbart funktionelt synspunkt og ikke som en et finansielt spørgsmål. Der vil dog kunne forekomme situationer, hvor den finansielle situation er så utilstrækkelig, at den ikke vil kunne betegnes som en selvstændig gren <sup>127</sup>.

Serup har formuleret det som hedder ”virksomhedens funktionsmæssige krav til aktiver”<sup>128</sup>. I denne overskrift gemmer sig en sontring mellem et positivt og et negativt funktionsbegreb i forhold til virksomhedsaktiviteten. Dette udspringer direkte af ovenstående dom og uddyber grenkravet.

---

<sup>126</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

<sup>127</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

<sup>128</sup> Serup, Michael, *Generationskifte – Omstrukturering*, s. 602

Negativ fortolkning er, at tilførslen ikke kan indeholde aktiver, som ikke tilhører den pågældende virksomhed. Det positive krav knytter sig i stedet direkte til EF domstolens præmis 35 i Andersen og Jensen dommen, som fastslår at jf. svaret på spm 4 at:

*” bedømmelse af bedriften kan fungere selvstændigt, i første række skal ske ud fra et funktionelt synspunkt – de overførte aktiver skal kunne fungere som en selvstændighed virksomhed uden at der hertil er behov for yderligere investeringer eller tilførsler”*

Det vil i den konkrete situation være op til den enkelte ansøger at vurdere, hvorvidt kravet er opfyldt. Herved er der frit valg i selve den overvejelse, der ligger mellem at skulle overføre samtlige aktiver i den pågældende virksomhed eller blot aktiver nok til, at det kan virke som en selvstændig bedrift, dog skal formuleringen ”Alle aktiver” respekteres, da det er en formulering, der bliver brugt i direktiv teksten samt i dommens præmis 25.

Derfor vil det ikke være urimeligt at tolke en del af direktivteksten ”uden at der hertil er behov for yderligere investering eller tilførsler”, som en understregning af nødvendighedskriteriet nemlig, at virksomheden skal kunne fungere videre i dens overførte form<sup>129</sup>. Som illustration hertil kan der henvises til I TfS 1996, 167 LR. I denne sag blev tilladelse ikke givet, da det nye selskab ikke kunne fungere selvstændigt uden løbende lånefinansiering fra moderselskabet. I forhold til Jensen og Andersen sagen forekommer denne dom at være i tråd med EF domstolens afgørelse. Kunne man forstille sig, at lånefinansieringen ikke var af så omfattende karakter som i ovenstående dom, ville der med rette kunne argumenteres for, at der var givet tilladelse, da EF domstolen i sin konklusion i Andersen og Jensen dommen anvender vendingen ”betydelige lån”. Heri må formentlig ligge, at kun mere kvalificerede/markante lånetilpasninger medfører, at der ikke foreligger en gren af en virksomhed i direktivets forstand<sup>130</sup>. Uanset hvad, så skal de tilladende myndigheder ind og vurdere, om det modtagende selskabs fremtidige pengestrømme er i stand til at genere så passende mængder likviditet, at kravet overholdes.

---

<sup>129</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 603

<sup>130</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

Tager man ovenstående praksis i forhold til låneproblemstillingen forekommer det som om, at lån og provenu ikke kan adskilles. Det skal dog modificeres ud fra en saglig begrundelse, der kan foreligge. I den konkrete sag TfS 2000.329 omkring en grenspaltning ville det modtagende selskab få en usædvanlig stor egenkapital, hvilket på sigt ud fra en forretningsmæssig betragtning ikke vil være hensigtsmæssig. Derfor blev et optaget lån delt i to, hvor provenuet blev i det indskydende, mens forpligtelsen blev ført over i det modtagende.<sup>131</sup>

Det man kan udlede af ovenstående er, at praksis ikke er sort/hvid, men mere nuanceret, og det er vel i princippet også det, der ligger i de subjektive krav. At Serup<sup>132</sup> konkluderer, at "reale grunde taler afgørende for, at det bør være virksomhedens finansielle krav og ikke det funktionelle, der afgør hvilke passiver, der skal medfølge, kan for så vidt godt tilsluttes. Men en samlet betragtning skal stadig ske ud fra præmis 35.

#### **7.7.2.1.2 Immaterielle**

Netop vendingen "alle aktiver" i ovenstående, giver anledning til, at få defineret præcist hvilke aktiver, der her bliver refereret til. Denne konkrete vurdering, der bliver omtalt i ovenstående afsnit, bør tage udsping i det omfang, et givet aktiv har været involveret i den pågældendes virksomheds daglige drift. Dette gælder både materielle og immaterielle aktiver. Føres ikke alle aktiver med over, bør man sikre f.eks. leasing og leje aftaler med det indskydende selskab. Der skal om nødvendigt søges tilladelse fra tredjemand for udskillelse af virksomheden, såfremt det ikke er tilfældet vil skattemyndighederne givetvis stille krav, til hvorledes en sådan tilladelse skal se ud.<sup>133</sup>

Medtagelse af de immaterielle aktiver stammer tilbage fra 1993, hvor ligningsmyndighederne stillede som krav for en skattefri tilførsel af aktiver, at en overdragelse af en virksomhed også skulle omfatte den til virksomheden hørende goodwill. Der er dog ikke noget krav om, at disse immaterielle aktiver skal medtages i

---

<sup>131</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 618

<sup>132</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 617

<sup>133</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 605



virksomhedens åbningsbalance, men der vil blive taget hensyn hertil ved opgørelsen af den skattemæssige anskaffelsessum for de modtagne aktier i datterselskabet.<sup>134</sup>

Ligningsrådet stillede desuden som krav, at eventualskat, herunder skat af immaterielle aktiver skulle afsættes som passiv i åbningsbalancen, såfremt de rent faktisk blev medtaget i åbningsbalancen.

### **7.7.2.1.3 Medarbejdere**

Der er i forbindelse tilførsel af aktiver forbundet et punkt, som der ikke er helt enighed om. Dette er om hvorvidt medarbejdere er en del af den virksomhed, der skal udskilles. Serup anfører at:

*”hvis kravet om selvstændig bedrift skal have substans, må de medarbejdere, der skaber aktiviteten også som udgangspunkt anses som knyttet til den pågældende virksomhed”*

Til underbygning af dette argument henvises der til TfS 2001.147. Heri anlægger ligningsrådet den betragtning, at medarbejdere skal behandles som aktiver og der blev i sagen stillet som betingelse, at de fulgte med der overførte aktiver. Som Serup gør opmærksom på, er Susanne Kjær jf. TfS 1998 633. ikke enig i denne fortolkning og anlægger i stedet den betragtning, at dette i almindelighed ikke kan kræves.<sup>135</sup> Problemet i denne forbindelse er, at det ikke af direktivet fremgår, at medarbejdere betragtes som aktiver, som Jan Guldmand Hansen også fremfører i sin artikel,<sup>136</sup> hvilket de heller ikke gør regnskabsmæssigt af flere indlysende grunde. Hertil må således konkluderes, da intet endegyldigt svar synes umiddelbart, at spørgsmålet må vurderes af myndighederne ud fra virksomhedens konkrete karakter, type og branche. I en rådgiversituation kan det anbefales, at man ansøger myndighederne om svar inden ansøgning.

---

<sup>134</sup> Bjare, Peter Rose, *Skattefri tilførsel af aktiver*, SR Skat 1995.129

<sup>135</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 605

<sup>136</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

#### 7.7.2.1.4 Debitormasse

Debitormassen vil have forskelligt udseende, alt efter hvornår man ser på posten i regnskabet i løbet af året. Det antages i praksis, at denne masse skal føres med over ved en tilførsel af aktiver. Der henvises til TfS 1997 106-2. Her vil det indskydende selskab opdele sine debitorer i kurante og mindre kurante på baggrund af, at inddrivelsesproceduren vedrørende de mindre kurante ikke kunne henføres til de andre aktiver. Ligningsmyndighederne fastslog i den forbindelse, at alle debitorer blev overført, da disse var en integreret del af virksomhedsgrenen. At de samlede debitorer skal føres med over i det modtagende selskab er også statueret i TfS 1996. 821 LR.

Kritikken af denne praksis, hvor debitorerne skal flyttes med over i det modtagende selskab som hovedregel, retter sig mod det forhold, at debitorer ikke har nogen funktionsmæssig betydning for virksomheden som sådan, da dette er et finansielt aktiv og således lægger sig til det rent finansieringsmæssige aspekt i den efterfølgende daglige drift. Sådan bliver også værdipapirer og likvider bedømt. Kritikken omhandler dernæst også, at en virksomheds debitor masse også som hovedregel forbliver hos sælger i tilfælde af en virksomhedsomdannelse – og dermed i virkelighedens verden behandles som et finansielt aktiv, der er ikke noget sted hjemmel til at begrunde nuværende praksis <sup>137</sup>.

Kritikken kan for så vidt tilsluttes, men med vægt på den del, der har i sigte at behandle debitor massen som et finansielt aktiv. En vurdering kan som udgangspunkt udspringe i de finansielle krav og derved det, som direktivet omtaler som ”uden behov for yderligere finansiering”. Denne tilslutning skal naturligvis ses i forbindelse med, at grenkravet overholdes således, at der ikke sker en vilkårlig fordeling af debitorerne ved en eller anden arbitrær fordelingsnøgle, der tager udgangspunkt i en praktisk tilpasning.

I relation til finansielle aktiver vil det jf. cirkulære nr. 31 fra 1996 pkt. 5.1.2 være i tråd med behandling af debitor massen. Således vil det ikke være nødvendigt, at værdipapirer andre finansielle instrumenter bliver overført til det modtagende selskab med mindre, de er nødvendige for den fortsatte drift.

---

<sup>137</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 606

Der gives stadig mulighed for at lade aktiver blive tilbage i det indskydende selskab, dog ikke aktiver, der har indgået i det indskydende selskabs drift af den pågældende virksomhed. Herved skal der anføres den pointe, som Susanne Kjær anførte tidligere i afsnit 7.7.2.1, nemlig, at grenkravet ikke gælder, hvor det er en hel virksomhed, der overføres, hvorved man pr definition kan betragtes som havende opfyldt kravet.

#### **7.7.2.1.5 Passiver**

Til supplerung af hvordan passiverne skal fordeles i forlængelse af ovenstående diskussion af lån, skal disse fordeles ud fra en organisatorisk synsvinkel, således at passiverne fordeles til den gren, de tilhører. Helt ligegyldig bliver diskussionen, når det bliver overførsel af en hel virksomhed.

Såfremt der skal efterlades passiver i den indskydende virksomhed, må det forudsættes at det organisatoriske krav skal efterleves, dette er blevet statueret i bl.a. TfS 1998.679 LR hvor hensættelser til imødegåelse af tab på debitorer blev overført til det modtagende selskab på foranledning af ligningsrådets krav, spørgsmålet i den forbindelse er så, hvordan man skal vægte de organisatoriske krav overfor de finansielle krav i forhold til hvorledes en virksomhed ville kunne løfte det ressourcetræk, det er ved en sådanne forpligtelse <sup>138</sup>. Det synes umiddelbart, at man bør respektere det finansielle krav højst, såfremt der skal være nogen driftsøkonomisk relevans i den fordeling, som man foretager.

#### **7.7.2.2 Efterfølgende eller forudgående hændelser**

Som tidligere nævnt er der ved tilførsel af aktiver et kontantvederlagsforbud. Det er i den forbindelse praksis at redegøre for hvornår og hvordan, man rammer et forbud. Et sådan forbud strækker sig ikke kun til kontant vederlæggelse for de indskudte aktiver er forbudt. TfS 2000.568 illustrerer, hvorledes myndighederne fortolker forbuddet. Her ønskede et selskab, at en skattefri tilførsel skulle kombineres med et tilbagesalg af aktier til det modtagende selskab. Ligningsrådet fandt, at tilbagesalget til det indskydende selskab, havde en sådan karakter, at kontantvederlagsforbudet ikke var overholdt. Herfor taler bl.a., at tilbagesalget skulle ske i tilknytning til stiftelsen af det modtagende

---

<sup>138</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 619

selskab. Den samme konklusion blev gjort 1 år senere i forbindelse med TfS 2001. 34, hvor provenuet af en kapitalnedsættelse fra et selskab, der var stiftet to måneder før gennem en skattefri tilførsel af aktiver, blev betragtet som kontantvederlag. Se ligeledes TfS 2001.748, der blev betragtet på samme måde

I kommentarerne til dommene fremgår det bl.a. andet af genereladvokaten at:

*” Kontantvederlagsforbudet er overholdt ved gennemførelsen af tilførslerne af aktiver. En efterfølgende kapitalnedsættelse er en særskilt selskabsretlig transaktion, og der er intet grundlag for at bedømme de to transaktioner under ét ved vurderingen af, om den objektive betingelse er opfyldt”.*

I forlængelse af ovenstående kommentar forekommer denne betragtning som unødigt forsimplet, selv om den er helt i tråd med hvordan andre fortolker lovteksten om kontantvederlagsforbud<sup>139</sup>. Ud fra en samlet bedømmelse af aktieombytning, vil der på linie med andre bedømmelser, som f.eks. lån og den mængde aktiver, der skal tilføres det modtagende selskab, ske en samlet bedømmelse ud fra noget, der minder som et reelt driftskrav og et substansindhold. Derfor forekommer det ikke urimeligt, at der bliver foretaget en samlet vurdering, selv om det juridisk set ikke er sammenfaldende regelsæt i den forstand.

Men i forlængelse af kritikken kan det derimod argumenteres for, hvor og hvornår en omgåelse af kontantvederlagsforbudet forekommer. Dette er ikke et kritikpunkt, som er behandlet i den valgte litteratur, men forekommer alligevel relevant, da der ikke i nogen af dommene er givet et fingerpeg om hvilket tidshorisont domstolene lægger ind. Derfor kommer dommene til at virke ”skønspregede”. Denne skønspregede fortolkning er i sin form ikke meget anderledes ud, end når myndighederne fortolker på lånetilpasning, og at det at det på forhånd er planlagt et givet forløb, er centralt for Told- og Skattestyrelsens og Ligningsrådets konklusioner<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106. Se særligt Genereladvokatens kommentar til punkt 26.

<sup>140</sup> Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

Kunne man fra lovgivers side fastlægge et tidsinterval eller nogle fortolkningsbidrag, som man kender det fra aktieombygning, burde man kunne undgå at stå i en situation, hvor en skattefri disposition bliver skattepligtig. Dette vil sikkert ikke forhindre, at der vil kunne opstå tvivlstilfælde, men det vil være en styrkelse af retsstillingen for den enkelte ansøger, da denne i det mindste får noget konkret at forholde sig til.

### **7.7.3 L110**

Ved tilførsel af aktiver uden tilladelse, er der en række krav, som skal overholdes på lige fod med de procedurer, som skal opfyldes, hvis det blev gjort med hjemmel i en tilladelsestransaktion.

Herunder gælder grenkravet stadig, og ligeledes gælder kravet om, at det er handelsværdier, der fastsætter værdien af vederlagsaktierne. Disse handelsværdier er som bekendt stadig de, som § 15 d stykke 4 omtaler, jf. virksomhedsomdannelsesloven § 4 stk. 2.

Der gælder ikke som ved spaltninger nogen regel om, at forholdet mellem aktiver og gæld, der overføres til det modtagende selskab, svarer til forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab. Dette skyldes som FSR bemærker i deres høringssvar 13. februar følgende:

*”Den skattemæssige anskaffelsessum for aktierne i det modtagende selskab opgøres jævnfør fusionsskattelovens § 15d, stk. 4 efter reglerne i virksomhedsomdannelseslovens § 4, stk. 2. Aktiernes anskaffelsessum bliver reduceret med den gæld, der tilføres det modtagende selskab. Dette betyder at jf. FRS høringssvar at ”det indskydende selskab har derfor ikke mulighed for at spekulere i en balancetilpasning og kravet om fastholdelse af forholdet mellem aktiver og gæld er derfor unødvendigt i forhold til reglerne om tilførsel af aktiver”*

Kravet om udlodningstilbageholdenhed er dog en væsentlig ændring, som også går igen ved aktieombytning og spaltning. Denne er reguleret i FUSL § 15 stk. 8.

## **7.8 Aktie ombytning**

I det følgende afsnit vil reglerne for skattefri aktieombytning blive behandlet. Herunder defineret hvad ABL § 36 indeholder, da denne bestemmelse indeholder betingelser for at kunne gennemskue, hvad der skal opnås forståelse for på selskabsretligt niveau. De

selskabsretlige regler vil for aktieombytninger være en del af de objektive regler, som loven foreskriver, der skal være opfyldt før der kan gives tilladelse til skattefri aktieombytning. De objektive betingelser er dem, der kan udledes direkte af lovens tekst.

Der er vedtaget en ny aktieavancebeskatningslov ved lov nr. 1413 af 21. december 2005. Loven afløser den tidligere aktieavancebeskatningslov med virkning fra den 1. januar 2006. Reglerne om skattefri aktieombytninger fremgår af lovens § 36. Disse bestemmelser var i den gamle aktieavancebeskatningslov placeret i § 13.

### **7.8.1 Selskab i en medlemsstat**

§ 36 stk. 1 fastslår, at aktionærerne i det erhvervede selskab ved ombytning af aktier har adgang til beskatning efter reglerne i §§ 9 og 11 i fusionsskatteloven, dvs. succession. Når såvel

1. det erhvervende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i fusionsskattedirektivet. For danske selskaber vedkommende vil det være de selskaber, der i dansk ret benævnes »aktieselskab«, »anpartsselskab«.<sup>141</sup> Dette skal fortolkes indskrænkende, således at andre former for organisering ikke falder ind under direktivets bestemmelser.
2. eller er et selskab, som svarer til danske aktie eller anpartsselskaber, men, som er hjemmehørende i lande uden for EU. Skat definerer dette således:

”Ved afgørelsen af om et selskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab lægges særligt vægt på følgende: Der skal være tale om et erhvervsdrivende selskab med en fast indskudskapital, i hvilket ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, men hvor hæftelsen er begrænset til den af deltagerne indskudte kapital og selskabets øvrige formue, og som er undergivet en retlig regulering”

---

<sup>141</sup> 90/434/EØF, (Fusionsskattedirektivet)

Der kan som illustration henvises til dom SKM2005.463. SKAT. Her blev det af landsskatteretten fastslået i overensstemmelse med direktivet, at i den konkrete sag, var kooperationsbeskattede selskaber ikke omfattet af begrebet "selskab" i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF, hvorfor selskaberne ikke opfyldte betingelserne herom i den daværende aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 1. Der blev således meddelt afslag på ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning.

Der blev derimod givet tilladelse i SKM 2002.682, her fik et selskab med begrænset ansvar (S.m.b.a.), der faldt ind under normal selskabsbeskatning tilladelse af myndighederne til at gennemføre en aktieombytning. Denne type selskaber falder ind under SEL § 1 stk. 1 nr. 2, som Werlauff gør opmærksom på. Derfor kan det som anført af forfatteren være tilfælde hvor et S.m.b.a. vil være et muligt alternativ til de mere gængse selskabsformer, grundet deres lempeligere krav, hvad angår indskudskapital, kapitaltab m.m. Deres funktion vil være som holdingselskab efter ABL § 36 stk. 3 hvorved dette selskab bliver ejer af et underliggende driftsselskab, der har en retsform for et A/S eller ApS jf. den skattefrie strukturændring <sup>142</sup>.

### **7.8.2 Aktieombytning to typer**

ABL § 36 stk. 2 & 3 fastslår hvornår en aktieombytning kan gennemføres og hvad det indeholder.

Både selskabsretligt og skatteretligt kræver en ombytning at en række kriterier, som lovgiver forlanger er opfyldt. Man skelner her mellem de objektive og de subjektive kriterier, hvor de objektive er de rent lovmæssige, der fremgår direkte af lovteksten, men de subjektive forretningsmæssige kriterier er dem, som beror på en saglig vurdering af den konkrete henvendelse om tilladelse til skattefri omstrukturering.

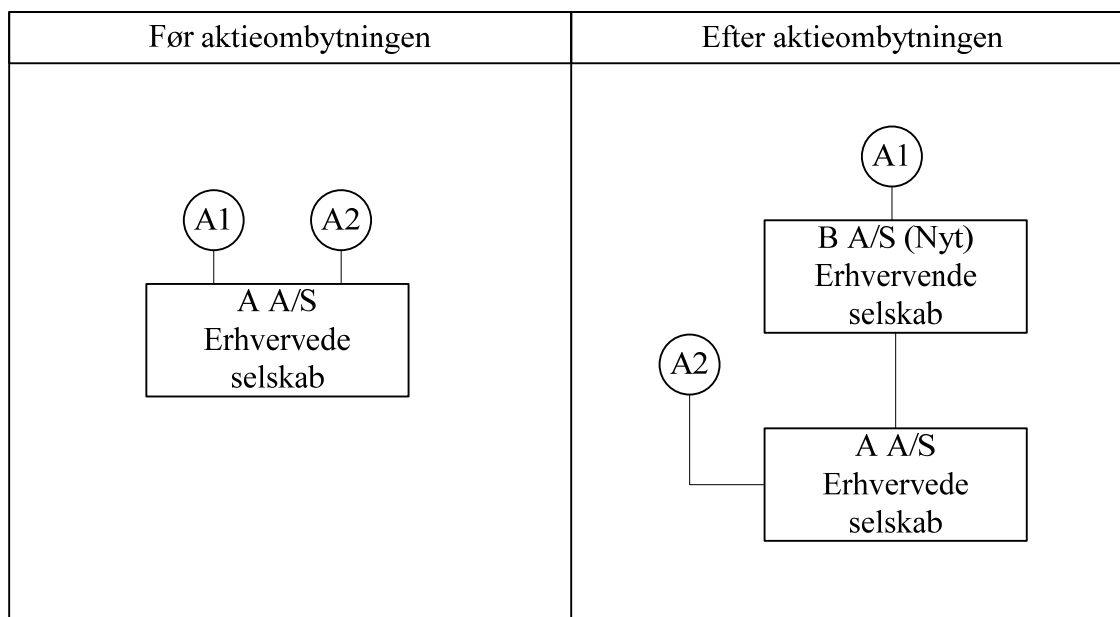
#### **7.8.2.1 Stemmevægtssombytning**

ABL § 36, Stk. 2: Ved en aktieombytning forstås den transaktion, hvor et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det erhvervende selskab helt eller delvist erhverver kapitalen i det erhvervede selskab, ved til gengæld for værdipapirerne at tildele aktionærerne i det erhvervede selskab aktier eller anparter i

---

<sup>142</sup> Werlauff, Erik, *Virksomhedens organisation – i juridisk belysning*, PDF udgave 2007, s. 61

det erhvervende selskab og evt. en kontant udlignessum. Det vil i modsætning til en fusion ikke skabe en fuldkommen sammensmeltning, men i stedet skabe et koncernforhold. Det kræver, at det erhvervende selskab opnår flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab – formelt og reelt – stk. 2 suppleret m. nyt 2. pkt. En flertalsombytning er illustreret i Figur 9. Der er i eksemplet forudsat at aktionær A1 ejer flertallet af stemmerne.



Figur 9: Aktieombytning, flertalsombytning

### 7.8.2.1.1 Majoritet (flertallet af stemmerne)

Som ovenstående betingelse angiver, skal der opnås en selskabsretlig flertal, før der skattemæssigt kan gennemføres en succession. Dette vil sige, at en af ejerne skal besidde tilstrækkelig mange stemmer til at udøve afgørende indflydelse.

Stemmeretten er i denne forbindelse om udgangspunkt bundet op på, at der for hver ejerandel er tilknyttet en stemmeret. Dette fremgår af selskabsretten jf. AL § 17 stk. 1. Til dette udgangspunkt hører, at man har frihed til at differentiere og således skabe forskellige aktieklasser. I anpartsselskaber er der igen grænser for fordelingen, således at der kan være anpartshavere, der ingen indflydelse har, mens andre har afgørende indflydelse. I aktieselskaber derimod er der begrænsninger, der foreskriver et størrelsesforhold på maksimalt 1 til 10. Således skal det fastslås, hvorledes den interne



stemmefordeling er, før det kan fastslås hvorledes den bestemmende indflydelse er fordelt.<sup>143</sup>

Dette gøres ved at se på tæller - nævner forholdet. Der opgøres en brøk, der fastslår hvor mange stemmer, man råder over. Ved denne opgørelse vil det afgørende være at fastslå hvilke aktier, man råder over jf. stemmedifferentieringen. Det er i denne forbindelse vigtigt at bemærke, at det ”opnår flertallet af stemmer” som anført i ABL § 36 stk. 2 – Tillægges ”opnår flertallet af stemmerne” formuleringen en råderetsbetydning vil det være en forkert fortolkning. Således vil en stemmefuldmagt, stemmeretsoverdragelse og lignende ikke skulle medregnes. Der henvises i den forbindelse til TfS 1998.678. I denne sag blev en uigenkaldelig fuldmagt ikke tillagt værdi i forhold til lovens fortolkning af ”flertallet af stemmerne”. Ligeledes vil en kortvarig aktiemajoritet kunne blive tilbagevist, hvis ikke det er nogen reel overdragelse, således at majoriteten opnås med henblik på at efterleve de opstillede regler kortvarigt, se TfS 2003.355.<sup>144</sup>

Læser man loven, som den står direkte skrevet, vil to aktionærer med 50 / 50 ejerskab ikke kan foretage en aktieombytning. Til det bemærkes, at ligningsmyndighederne med afgørelsen TfS 1999.787 LR ikke bare kan afvise en ansøgning om omstrukturering, selv om der kun kort forinden er opnået majoritet, men at det skal ses som en samlet transaktion, jf. Leur-Bloem sagen. Dette betyder ikke, at en ombytning altid vil kunne gennemføres men det betyder, at man ikke kan afvise alene pga. af den umiddelbare ejerfordeling.<sup>145</sup>

Der, hvor der kan være et forhold, man bør være opmærksom på, er bestemmelsen i kapitaldirektivets art 22, som kræver en suspension af stemmeretten af egne aktier. Dette er indarbejdet i aktieselskabslovens § 67 stk. 3. Denne fastslår, at der ikke kan øves stemmeret af egne aktier. Bestemmelsen skal ses i forbindelse med aktieombytning i sagen SKM2001.303.TSS, hvor der blev ansøgt om tilladelse til skattefri aktieombytning på vegne af en aktionær, der ikke formelt besad majoriteten af stemmer

---

<sup>143</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 84

<sup>144</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 85 og Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 566

<sup>145</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 81

i selskabet grundet af at han udelukkende besad b-aktier, mens selskabet ejede a-aktierne. Driftsselskabet besad dermed flertallet af stemmerne. Aktieombytningen ønskedes foretaget således, at aktionæren overdrog samtlige aktier i selskabet til et nystiftet holdingselskab. Vederlæggelsen skulle alene ske i aktier i holdingselskabet. Efter ombytningen ville aktionæren således blive eneaktionær i holdingselskabet, medens holdingselskabet ville besidde 90 pct. af aktiekapitalen i driftsselskabet. Der blev dog efterfølgende stillet krav afhændelse af egne aktier. Dommen er i overensstemmelse med SKM 2001.303. Begge domme illustrerer, hvordan det ombyggede selskabs egne aktier ikke tælles med ved opgørelsen af, om det modtagende selskab opnår flertallet af stemmerne.

#### **7.8.2.1.2 Aktionæroverenskomster.**

Aktionæroverenskomster er ikke reguleret i aktieselskabslovene, men deres eksistens og gyldighed er omtalt i f.eks. AL § 2 stk.. 2 nr. 4. Aktionæroverenskomster indgås på alm. aftaleretlige vilkår og kan omfatte såvel alle som dele af aktionærene. Aktionæroverenskomster er ikke som vedtægterne offentligt kendte, og deres indhold er ikke bundet af de selskabsretlige regler<sup>146</sup>. De kan alligevel have afgørende betydning, understreget ved SKM2001.241.LR.

*”To personer, der tilsammen ejede 62,2pct. af kapital og stemmer i et IT-selskab anmodede om tilladelse til skattefri aktieombytning efter aktieavancebeskatningsloven § 13, stk.. 1 og 2.*

*Aktieombytningen ønskedes gennemført således, at de to aktionærer indskød deres aktieposter i et til lejligheden nystiftet holdingselskab mod at blive vederlagt med aktier i holdingselskabet.*

Det fremgik af en aktionæroverenskomst, at de to aktionærer kun kunne udnævne to af bestyrelsens fem medlemmer. Det var forudsat i aktionæroverenskomsten, at denne ret ved aktieombytningen blev overtaget af holdingselskabet. Samtidigt var der givet vetoret til fire af bestyrelsens medlemmer ved vedtagelse af alle væsentlige beslutninger, herunder til de tre bestyrelsesmedlemmer, som skulle vælges af mindretalsaktionærene.

---

<sup>146</sup> Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 153

Ligningsrådet lagde vægt på, at holdingselskabet på grund af vetoretten ikke ved aktieombytningen reelt opnåede flertallet af stemmerne i driftsselskabet, hvilket er et objektivt krav i henhold til aktieavancebeskatningslovens § 13 (nu § 36). Betingelserne for at opnå tilladelse til skattefri aktieombytning fandtes således ikke at være opfyldt

Samme linje blev lagt ved SKM2006.372. LSR. Det var anparter i et driftsselskab, der skulle ombyttes med anparter i et holdingselskab, der var stiftet til formålet. De saglige forretningsmæssige begrundelser var umiddelbart tilstede, således også det objektive krav om at opnå flertallet af stemmerne i det første selskab. Anmodningen blev dog afvist af skattemyndighederne grundet den aktionæroverenskomst, der var indgået i forbindelse med anpartsbeviserne.

Den formelle majoritet, som holdingselskabet opnåede ved aktieanpartsombytningen, indskrænkede imidlertid af anpartshaveroverenskomstens bestemmelse om, at væsentlige beslutninger skal afgøres på anpartshavermøder. Den flertalsindflydelse, der var tilstede, var derfor ikke reel, men kun tilstede formelt. Det må derfor lægges til grund, at beslutninger på anpartshavermøder kræver enighed, således at holdingselskabet alene formelt, men ikke reelt opnår flertallet af stemmerne i selskabet.<sup>147</sup>

Til sidst er der SKM2005.33.LSR, som er på linie med den foregående dom, her var 3 personer om at drive en revisionsvirksomhed. Ejerskabet var delt op med 1/3 hver. 2 af personerne dvs. reelt 2/3 af stemmerne ønskede at foretage en aktieombytning, således at de i stedet havde deres ejerskab igennem et holding selskab, som siden hen skulle spaltes. Som foregående dom var problemet også en aktionæroverenskomst, som reelt betød, at en mindretalsaktionær kunne blokere for beslutninger gennem en vedtaget vetoret. Således var den formelle majoritet, som det erhvervende holdingselskab opnåede ved aktieombytningen indskrænket af aktionæroverenskomsten. Medførende at det ved aktieombytningen erhvervende selskab alene formelt, men ikke reelt opnår flertallet af stemmerne i selskabet. Stemme flertalskravet i aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 2 (nu § 36, stk. 2), kunne derfor ikke anses som værende opfyldt.

---

<sup>147</sup> Ligningsvejledningen (2007/2), S.G.18.3

Det som ovenstående domme viser, er at den selskabsretlige majoritet skal være tilstede reelt og ikke kun formelt. Således kan en majoritet på baggrund af stemmeandele ikke være tilstrækkelig, hvis disse stemmer hviler på betingelser, der indeholder så væsentlige modifikationer, at et reelt stemmeflertal ikke er tilstede, på trods af at der eksisterer et umiddelbart juridisk flertal – dvs. at myndighederne lægger vægt på en såkaldt realitetsvurdering.<sup>148</sup>

At man i fusionsskattedirektivet samt i ABL § 36 vælger at operere med begrebet ”flertallet af stemmerne” synes således at indeholde både en juridisk og en aftaleretlig fastholdelse.

Selskabsretlig vil man i praksis være stillet overfor beslutninger, der kræver 2/3 flertal eller mere såfremt der er tale om specielle situationer som AL § 79 stk. 2 beslutninger som kræver 9/10 flertal.<sup>149</sup> I TfS 2001.607 var der tale overdragelse af aktier til holdingselskab af en aktiepost på 51 pct. af stemmerne i et driftsselskab. Der var i forbindelse med ejerskabet af selskabet indgået en aktionæroverenskomst, der krævede enighed mellem de to aktionærer ved vigtige beslutninger. Disse skulle efter AL vedtages ved 2/3 flertal, men da ingen af de 2 aktionærer kunne få 2/3 fandtes dette krav at være uden betydning. Konklusionen blev tilladelse til aktieombytning fra hovedaktionærens side, således at majoritetskravet i AL § 13 stk. 2 (nu 36 stk. 2) ikke kan udstrækkes til at gælde over simpelt flertal.

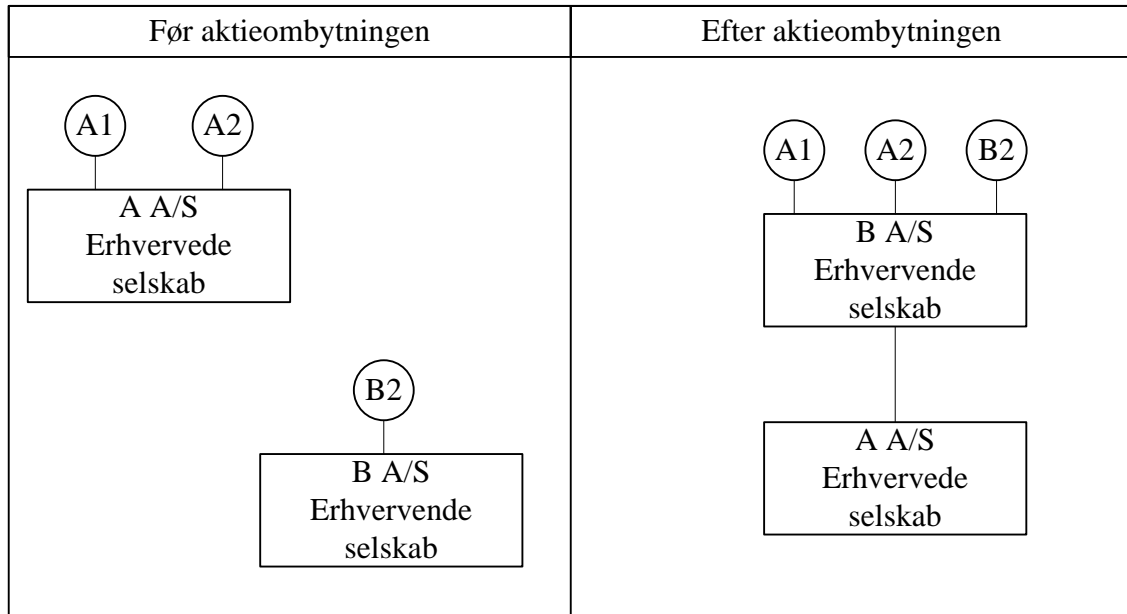
### **7.8.2.2 Helejerskabsombytning**

I ABL er § 36 stk. 3 er den objektive betingelse alene knyttet til kapitalen, stemmerettigheder er således ikke indeholdt i bestemmelsen. Således er det et krav, at der opnås fuldt ejerskab over kapitalen. Figur 10 illustrerer en helejerskabsombytning, hvor B A/S erhverver A A/S, og aktionærene i A A/S modtager aktier i B A/S som vederlag.

---

<sup>148</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 83

<sup>149</sup> Der er her tale om dobbeltflertal, se side 22



**Figur 10: Aktieombytning, helejerskab**

Den anden mulighed for aktieombytning er en såkaldt ”uegentlig fusion”. Dette er de tilfælde hvor et selskab erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab eller et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab.<sup>150</sup> Dette er en ren dansk bestemmelse. Hvordan man vil opnå de 100 % af opnås må det erhvervende selskab gøre som passer dette bedst. I den efterfølgende ombytning skabes der som ovenstående også et koncernforhold og ikke en fuldkommen sammensmeltning af de juridiske enheder.

For at opnå det fulde ejerskab kan en tvangsindløsning komme på tale, såfremt ikke alle aktionærer ønsker at deltage i den uegentlige fusion. Såfremt en modervirksomhed eller en hovedaktionær ejer mere end 9/10 dele af (datter)selskabet kan der ske tvangsindløsning af minoritetsaktionæren, således at det fulde ejerskab over kapitalen opnås jf. ASL § 20b. Krüger anfører, at sådan en bestemmelse skyldes det faktum, at mindre end 9/10 kan indløses er, at en ejerandel på mindre end 9/10 ikke længere kan opretholde de beskyttelsesregler som minoritetsaktionærer har efter AL<sup>151</sup>. Et eksempel på en tvangsindløsning findes i SKM 2002.682. Her fandt Told og Skattestyrelsen, at en

<sup>150</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 104

<sup>151</sup> Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 523.

sådan metode var i overensstemmelse med reguleringen af ABL § 13 stk. 3 i dag § 36 stk. 3. De tvangsindløste aktionærer blev sidestillet med kontant indløsning.<sup>152</sup>

Såfremt det erhvervede selskab ejer egne aktier vil det ikke være nok at ombytte den resterende aktiekapital. Dette vil stride imod det grundlæggende princip, hvilket betyder at ejerskabskravet på de 100 pct. af kapitalen er et ufravigeligt krav.<sup>153</sup>

*”ABL § 36, stk.. 3, finder endvidere anvendelse ved ombytning af aktier med andele i et selskab med begrænset ansvar (s.m.b.a.), jf. SKM2002.682.TSS. I denne sag meddelte Told- og Skattestyrelsen tilladelse til, at medlemmerne i et andelsselskab med begrænset ansvar (et a.m.b.a.), som var under omdannelse til et aktieselskab, skattefrit kunne ombytte deres aktier i aktieselskabet med anparter i et nyt selskab med begrænset ansvar (et s.m.b.a.)”<sup>154</sup>.*

### 7.8.3 Ombytningsdato

Ombytningsdatoen bliver stiftelsesdato for det nye selskab. Her har myndigheder ved TfS 1994.57 LR fastslået, at anskaffelsestidspunktet for aktierne i det erhvervende selskab var ombytningsdagen i skattemæssig henseende. Det er fra denne dato en evt. senere 3 års frist efter ABL § 9 stk. 2 gælder. Selskabsretligt kan et selskab stiftes med tilbagevirkende kraft, men skattemæssigt kan ombytningen af aktierne ikke anses for sket før aftaledatoen.<sup>155</sup> Dette viser hvordan de skatte- og selskabsretlige lovbestemmelser ikke altid følges ad, og at det derfor er urimeligt at antage at blot, fordi det kan lade sig gøre efter den ene lovtekst følger den anden automatisk med. Efter denne 3 års periode vil det rent skatteretlig være muligt at afstå aktierne i datterselskabet skattefrit.

Aktieombytningen kan ikke ske med tilbagevirkende kraft, men anses at have fundet sted pr. ombytningsdatoen, og senest indenfor 6 mdr. regnet fra 1. Ombytningsdato, jf. ABL § 36, stk.. 4. Skatteministeren kan dog dispensere fra denne frist.

---

<sup>152</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 105

<sup>153</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 106

<sup>154</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), S.G.18.4

<sup>155</sup> Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 139 og Kjær, Susanne, *Omstruktureringer – Aktieombytning, fusion, spaltning og tilførsel af aktiver*, SR Skat 2000.126

#### **7.8.4 6 måneders tidsfrist**

SKM 2005.272 var en sag omhandlende et datterselskab, der ville foretage aktieombytning med moderselskabet. Aktionærerne i det danske selskab A anmodede om tilladelse til skattefri aktieombytning af aktierne i selskabet med aktier i koncernens udenlandske moderselskab B i medfør af aktieavance-beskatningsloven § 13, stk. 1 (Nu § 36, stk. 1).

Der var principalt søgt om, at aktieombytningstilladelsen dækkede samtlige aktier, som ville blive udvekslet i forbindelse med den fastlagte overdragelse.

Aktieombytningen skulle foretages ved, at B erhvervede 70 pct. af aktierne i A mod til gengæld at tildele aktionærerne i A aktier i B samt et kontantbeløb. 70 pct. af vederlaget for aktierne i A skulle erlægges kontant, mens de resterende 30 pct. skulle afregnes ved, at aktionærerne i A modtog aktier i B. Herudover var det hensigten, at aktionærerne skulle vederlægges med et overskudsafhængigt beløb, såfremt visse nærmere forud fastsatte mål ville blive opnået.

Det overskudsafhængige beløb skulle falde i to dele. Den første del, som ville blive beregnet på baggrund af overskuddet i 2004 og 2005, skulle betales senest den 31. maj 2006, mens den anden del, som ville blive beregnet på baggrund af overskuddet i 2006 og 2007, skulle betales senest den 31. maj 2008

Det var ansøgerens opfattelse, at 6 måneders kravet i aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 4 (Nu § 36, stk. 4), må forstås således, at der skal foreligge skattemæssig bindende retserhvervelse for begge parter inden for dette tidsrum. Den omhandlede 6 måneders periode starter således med det erhvervende selskabs tilbud om ombytning, og kravet er, at der skal gives accept af dette tilbud inden 6 måneder. Sekundært, var opfattelsen af 6 måneders kravet at var, at dette var en administrativ dansk særbestemmelse, der ikke havde hjemmel i fusionsskattedirektivet

Told og Skattestyrelsen svarede, at det følger af aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 4 (nu § 36, stk. 4), at det er en betingelse, at transaktioner som nævnt i stk. 1 og 3 gennemføres inden for en periode på højst 6 måneder, regnet fra den dag, hvor det erhvervende selskab åbner for sit tilbud om ombytning, men at skatteministeren kan

forlænge denne frist. Det var dog i dette tilfælde længere tid end lovbetænkningerne anførte, og derfor ville man kun tillade den faste del af ombytningen, mens man ikke fik tilladelse til den variable del, således, var den del som ville blive beregnet på baggrund af overskuddet i 2006 og 2007, skulle betales senest den 31. maj 2008 ud over hvad dispensationsfristen tillod <sup>156</sup>.

### **7.8.5 L110**

Aktieombytning er reguleret i den nye ABL § 36 A. Det er de samme selskaber, som har mulighed for at bruge de nugældende regler, som har mulighed for at bruge de ansøgningsfrie regler. Der kræves som tidligere nævnt ingen anmeldelsesvilkår indledningsvis, men de pågældende virksomheder selv har udelukkende ansvaret for at opfylde de objektive betingelser, samt at påføre de nødvendige oplysninger i selvangivelsen. De objektive betingelser heraf en del er de såkaldte værnsregler, der skal overholdes, såfremt transaktionen skal være skattefri. Særlig vigtigt er det, at værnsreglerne overholdes, da en overskridelse af disse betyder, at en skattefri omstrukturering uden ansøgning kan blive skattepligtig.

Værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en evt. kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier, jf. ABL § 36A, stk. 3. Bestemmelsen sikrer, at der sker overdragelse til handelsværdien, således at der ikke opstår et skævt ombytningsforhold, således at det erhvervende selskab ikke får noget foræret, uden at aktionærene bagved dette får tilsvarende vederlag.

Denne værdi er dog ikke nødvendigvis den, der skal fremgå af selskabets åbningsbalance. Dette er en følge af ræsonnementet, at en aktiebeholdning ikke er en virksomhed jf. AL § 6a stk. 2 <sup>157</sup>.

Således skal det erhvervende selskab vælge den værdi, som stemmer overens med dagsværdien. Som bekendt er aktieombytning selskabsretlig at behandle som apportindskud, da der reelt sker indskud af driftsselskabsaktierne i holdingselskabet. Apportindskuddet vil således blive modsvaret af vederlag bestående af nyudstedte aktier

---

<sup>156</sup> SKM 2005.272

<sup>157</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 34



i forbindelse med stiftelsen eller udvidelse af kapitalen i holdingselskabet. Udarbejdes der alligevel en åbningsbalance frivilligt, vil aktiebeholdning kunne fremgå som en lavere værdi end den handelsværdi, der blev brugt ved ombytningsforholdet. Bliver aktierne således indskudt efter sammenlægningsmetoden, som bruges koncern internt, vil der således skulle bruges en de bogførte værdier.

ABL § 36A stk. 4 hjemler succession, som man kender det fra de almindelige regler omkring succession dvs. at de erhvervede aktier får samme anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum. Det anføres i ABL § 36A, stk. 4 at:

*”Aktier i det erhvervende selskab, som aktionærene modtager som vederlag for aktier i det erhvervede selskab behandles ved indkomsten, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier.”*

Der bemærkes, at en aktionær, der er et selskab og som før ombytningen var aktionær i både det erhvervende og det erhvervede selskab, ved indkomstopgørelsen skal behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab, altså det selskab som nu ejer flertallet af aktierne i det erhvervede selskab, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet. Denne bestemmelse sikrer, at der ikke sker en omgåelse af ejertidskravet, således at man kan sælge en del af depotet fra skattefrit, selv om det var erhvervet for nylig. Det skal dog bemærkes, at dette ikke gælder i de tilfælde, hvor aktionæren har ejet begge selskaber i mere end 3 år.

For selskaberne skal aktier i det erhvervede selskab behandles ved indkomstopgørelsen, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet for den oprindelige anskaffelsessum for det erhvervende selskab, hvilket fremgår af ABL § 36A, stk. 5. Dermed menes det tidspunkt, selskaber har erhvervet ret til de aktier, der er tildelt, henholdsvis overdraget, som led i den pågældende omstrukturering. Det er fra dette tidspunkt, at eventuelle ejertidsbetingelser og udlodningsbegrænsninger skal vurderes ud fra.

Den oprindelige anskaffelsessum opgøres efter ABL § 26, det vil sige gennemsnitsmetoden. Hvis den oprindelige anskaffelsessum er højere end handelsværdien af aktierne på ombytningstidspunktet, fastsættes anskaffelsessummen dog til handelsværdien på ombytningstidspunktet. Denne regel skal sikre, at aktiernes

værdi er den lavest mulige, således at en evt. avance skal beregnes ud fra denne værdi. Dette vil tilskynde til, at aktierne ejes i 3 år for selskaber, der derved kan sælge dem skattefrit. Dette udspringer af ABL § 9, der angiver, at selskaber, der ejer aktier mere end 3 år kan afhænde dem skattefrit

ABL § 36A stk. 6 indeholder en fradragsbestemmelse til, der sigter mod, at tab ikke kan modregnes i gevinst ved salg af aktier i det erhvervede selskab. I bemærkningerne til lovforslaget fremgår, hvorfor reglerne er indsat.

*Formålet med § 36 A, stk. 6, er at undgå, at et selskab, som har et uudnyttet fradragsberettiget tab på aktier, via reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse kan konvertere en skattepligtig avance ved et salg af hele eller dele af sin virksomhed til en skattepligtig aktieavance, hvori det kildeartsbegrænsede tab på aktier kan fradrages.*

*Det kunne ske ved at grenspalte et selskab, som ønsker at afstå sin driftsvirksomhed, og som har et uudnyttet fradragsberettiget tab på aktier. Ved spaltningen placeres driftsaktiviteten i ét selskab, og det uudnyttede tab på aktier bliver i det indskydende selskab. Derefter gennemføres en aktieombytning således, at driftsselskabet bliver det erhvervede selskab, og det selskab, hvor aktietabet er placeret, bliver det erhvervende selskab. Dette selskab afstår herefter aktierne i det erhvervede selskab. På grund af den foreslåede bestemmelse i § 36 A, stk. 5, vil der opstå en skattepligtig aktieavance ved salget.*

Uden en regel som ABL § 36A, stk. 6, ville det erhvervende selskab kunne fradrage det uudnyttede tab på aktier i salgsavancen i det erhvervede selskab, og dermed ville formålet med den foreslåede regel i ABL § 36A, stk. 5, være forspildt, da denne skal sikre, at det er de værdier som aktierne får.<sup>158</sup>

Værnsreglerne indeholder også bestemmelser, som skal forhindre, at man, inden for en periode på tre år efter en skattefri omstrukturering, tømmer det erhvervede selskab for værdier uden beskatning, hvilket fremgår af ABL § 36 stykke 7. Derved nedsættes værdien af de udloddede aktier, og de vil derfor kunne sælges uden nævneværdig gevinst. Derfor er det blevet vedtaget, at skattefriheden for omstrukturen fortabes, hvis der udloddes for store udbytter fra det modtagende selskab.

---

<sup>158</sup> Bemærkninger til lovforslag L110 Fremsat december 2006.

I den konkrete givne situation vil det være vigtig at få fastlagt de konkrete datoer for hvornår sådanne tidsfrister gælder, for reglerne i stk. 7. Der henvises til de yderligere ”detail reguleringer” til ændringsforslag 20 i betænkningen. Tilførselsdatoen henviser til den dato, der fremgår af fusionsskattedirektivet art. 5, som er datoen for vedtagelsen på generelforsamlingen i det modtagende selskab.

De for store udbytter bliver nærmere defineret af skatteministeren som svar på spørgsmål. 3 i udvalgsbehandlingen

***Spørgsmål 3:** I bemærkningerne til lovforslaget anføres det på side 12, spalte 2 for neden ”Derfor foreslås det, at skattefriheden for omstruktureringer fortabes, hvis der udloddes for store udbytter fra det modtagne selskab,....”. Hvad forstås der ved ”for store udbytter”?*

***Svar:** De nævnte bestemmelser sætter en grænse for, hvor meget der kan udloddes som skattefrit udbytte til selskabsdeltageren på dennes aktier i det modtagende selskab i en treårig periode efter en skattefri omstrukturering. Hvis der udloddes mere, fortabes skattefriheden for omstrukturen og den skal i stedet betragtes som en skattepligtig omstrukturering. Skattefriheden for omstrukturen fortabes med andre ord, hvis selskabsdeltageren i en treårsperiode efter omstrukturen modtager skattefrit udbytte af sine aktier i det modtagende selskab, der overstiger selskabsdeltagerens andel af det regnskabsmæssige resultat. Det er således det regnskabsmæssige resultat - forstået som resultatet før skat og ekstraordinære poster - der sætter grænser for, hvor stort et skattefrit udbytte, der kan udloddes til selskabsdeltageren i denne treårsperiode.*

ABL. § 36A som omhandler aktieombytning –

*” Stk. 7. En aktieombytning, der er sket uden tilladelse fra told- og skatteforvaltningen, anses som en afståelse af aktierne i det erhvervede selskab til tredjemand på ombytningstidspunktet, hvis det erhvervede selskab i en periode på 3 år regnet fra ombytningstidspunktet modtager skattefrit udbytte af aktierne i det erhvervede selskab, der overstiger det erhvervede selskabs andel af det ordinære resultat i den godkendte årsrapport for det regnskabsår, som udlodningen vedrører.”*

Der gælder nogle tekniske foranstaltninger i disse udlodningsprocedurer, som er blevet illustreret af spm under den første høringsrunde.

*ABL § 36 A Stk. 7. 2 pkt. ”Det gælder dog ikke, i det omfang udbytte som nævnt i 1. pkt. overstiger det ordinære resultat med et beløb, der højst*

*svarer til det erhvervende selskabs andel af et tidligere års ordinære resultat, som ikke tidligere er blevet udloddet. 2. pkt. omfatter kun ikke udloddede resultater for regnskabsår, der svarer til indkomståret før det indkomstår, hvor ombytningen gennemføres, og de følgende indkomstår. Viser det erhvervede selskabs godkendte årsrapport et negativt ordinært resultat, modregnes det erhvervende selskabs andel af dette resultat ved opgørelsen af det beløb, der kan udloddes til det erhvervende selskab efter 1. og 2. pkt.”*

Til illustration af ovenstående kan man læse Advokatrådets følgende to eksempler fra første høringsrunde, som skatteministeren bekræfter i henhold til ABL § 36A, stk. 7.

***Eksempel 1:***

*I år 1 er der et resultat efter skat på 1000. I år 2 er der et resultat efter skat på minus 1000 og i år 3 et resultat efter skat på minus 1000. Skatteministeren bekræfter, at det efter det nye regelsæt er i orden at udlodde de 1000 i år 1 uanset hvordan det går de følgende år.*

Reglen giver for så vidt meget god mening i forhold til det rimelige i, at det accepteres at udlodde årets overskud i år 1 på trods af, at der er underskud de følgende år.

En bemærkning i den forbindelse er, at denne måde at opstille reglerne på vil for selskaber, der har et incitament i at spekulere i at udlodde så meget så muligt til det erhvervende selskab så hurtigt som muligt, vil kunne bruge periodiseringsinstrumenter til at udligne, alt efter hvordan man ønsker transaktionerne ført mellem selskaberne. Dette synes især muligt med årsregnskabet's fokusering på definitionerne, frem for at det er matchning og periodisering, der er styrende elementer, hvor der inden for lovens rammer i princippet er muligheder. Denne mulighed eksisterer, fordi de regnskabstekniske regler har gennemgået et paradigmeskift, hvor det ikke længere er resultatopgørelsen, der er det styrende, men i stedet balancen. ÅRL indeholder dog både et periodiserings & neutralitetsprincip i begrebsrammen, som tilsiger at valg af praksis og skøn ikke må afhænge af hvorvidt man ønsker at tilpasse virksomhedens balance eller årsresultat. Udgangspunktet er selvfølgelig, at reglerne bliver overholdt, men det subjektive udgangspunkt i årsregnskabet indeholder så mange muligheder, at en værnsregel som i ABL § 36 stk. 7 ikke synes helt tæt.

***Eksempel 2:***

*I år 1 er der et resultat efter skat på minus 1000. I år 2 er der et resultat efter skat på 1000 og i år 3 et resultat efter skat på minus 1000. Skatteministeren bekræfter at der efter det gældende regelsæt ikke kan ske udlodning i år 2 jf. 7, 3 pkt. da det negative resultat i år 1 skal modregnes i år 2.*

På baggrund af de to ovenstående eksempler, hvor man lader de regnskabsmæssige definitioner overtage, hvornår der forekommer ”for store udbytter” giver i princippet muligheder for omgåelse.

Opskrivning til dagsværdi, manglende nedskrivninger ved ukurans og valg af periodiseringsprincipper er alle muligheder for at omgå reglerne. Det er i princippet ikke noget, der er forkert i dette, da ÅRL giver mulighed og hjemmel for det hele, og de formelle regler stadig er overholdt.

En dagsværdiregulering kan føre til omgåelse af værneregler omkring begrænsningerne ved udlodning, ved at udstede fondsaktier på baggrund en opskrivning af f.eks. en investeringsejendom eller en post aktier i et unoteret selskab. En sådan dagsværdiregulering vil påvirke årets ordinære resultat. Efter opskrivningen kan der laves en kapitalnedsættelse. Herefter må det nødvendigvis påpeges, at den skitserede mulighed ikke umiddelbart er tilgængelig straks efter omstruktureringen, idet aktiverne går over til handelspris ved en omstrukturering.

Følgende poster kan benyttes til fondsaktieemission AL § 39 stk. 1 og stk. 2

- overførte overskud
- reserver med undtagelse af reserver for egne aktier
- overskud samt reserver fra indeværende regnskabsår

Da en regulering til dagsværdi bliver bundet på egenkapitalen vil en sådanne figurere som en reserve der er fri til fondsaktieemission.

En forudsætning for at lave en kapitalnedsættelse til en kurs over 100, er dog, at denne skal kunne modsvares af en tilsvarende fri reserve, jf. AL § 46 stk. 2.<sup>159</sup> <sup>160</sup> Det bemærkes, at det ikke er muligt at lave en fondsemission og efterfølgende kapitalnedsættelse på samme generalforsamling, men de skal være separate begivenheder og med en vist tidsrum imellem.<sup>161</sup> Dertil kommer også de selskabsretlige regler om proklama.<sup>162</sup>

Hvad angår de frie reserver er der intet problem med, at disse udbetales i form af lånefinansiering, såfremt de frie reserver ikke modsvares af en likvid beholdning. Det skal bemærkes, at en sådan udbetaling falder ind under AL § 53 stk. 3, og således har bestyrelsen pligt til at sikre, at de økonomiske rammer forbliver stabile. Beslutningen kan træffes både på en ordinær og en ekstraordinær generalforsamling, hvor generalforsamlingen overholder de formalia, i henhold til stemmeflertal og fremlæggelse af årsrapport samt væsentlige begivenheder efter statusdag.

Selve dagsværdibetegnelsen dækker også over en mulig subjektivitet, alt efter hvorledes man ønsker at regulere værdien. Dagsværdien skal efter årsregnskabsloven tage udgangspunkt i et velfungerende marked, altså hvad den ville kunne indbringe ved salg til tredjemand. Alternativt hvis et sådant marked ikke kan lokaliseres, eller det ikke eksisterer kan der alternativt bruges en kapitalværdi. En vigtig detalje i forhold til årsregnskabslovens reguleringer til dagsværdi er, at hvis metoden bruges skal den bruges konsekvent og kontinuerligt, samt for alle aktiver i samme gruppe.

Selve kapitalværdien er ligeledes en subjektiv størrelse, hvor der er rigeligt med muligheder for at manipulere de tal, hvorpå budgettet er bygget. Det er med ændringer i ganske simple forudsætninger muligt at frembringe forskellige nominelle værdier. I forhold til den diskonteringsrate, der anvendes, er der også en række forskellige muligheder for at regulere kapitalværdien. Det vil i de fleste tilfælde være WACC'en,

---

<sup>159</sup> Jensen, N. K., *Selskabsretlig håndbog*, s.76

<sup>160</sup> Stk. 2. Kapitalnedsættelsen må tidligst gennemføres 3 måneder efter offentliggørelsen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens edb-informationssystem. Så længe anmeldte, forfaldne krav ikke er fyldestgjort, og der ikke på forlangende er stillet betryggende sikkerhed for uforfaldne eller omtvistede krav, må kapitalnedsættelsen ikke gennemføres. Medlemmerne af bestyrelsen er ansvarlige herfor

<sup>161</sup> Jensen, N. K., *Selskabsretlig håndbog*, s. 76

<sup>162</sup> Jensen, N. K., *Selskabsretlig håndbog*, s. 82

der anvendes som diskonterings­sats, og for unoterede virksomheder, vil der ligge et ikke ubetydeligt skønselement i fastsættelse af den, f.eks. ved brug af peergruppe virksomheder. Denne kapitalværdi er ligeledes den samme, som man skal finde i spørgsmålet om hvorledes en nedskrivning skal foretages<sup>163</sup>.

Problemstillingen er den samme, som når virksomheder vælger at lave ukritisk resultataflønning.<sup>164</sup> Her ses også, at man har haft problemer med at lade de subjektive regnskabsprincipper være styrende, da det historisk ikke har vist sig, at alle har haft den fornødne dygtighed og tilbageholdenhed til at overholde den subjektivitet som ekstern regnskabsrapportering giver.

### 7.8.5.1 EU retten

Skatteministeren gør i sin redegørelse ved lovforslaget klart, at det bliver et tostrengt regelsæt. Dvs., at man kan bruge enten de gamle eller de nye regler, hvor de gamle regler harmonerer med det i sin tid vedtagne fusionsskattedirektiv.

Denne opfattelse deles dog ikke af FSR, der bemærker, at der kan være en problemstilling i deres hørings­sva­r pr 27 marts jf. en endnu uafklaret domstolssag. Dette sker med særlig henvisning til værnsreglerne omkring udbyttebegrænsninger og den sag, der hedder C.321-05.

Nedenstående er citat fra Udenrigsministeriets hjemmeside:

*Der spørges: Skal art. 2, litra d) i direktivet fortolkes således, at der ikke forligger ombytning af aktier i Fusionsbeskatningsdirektivets forstand når deltagerne i en aktieombytning samtidig med indgåelse af ombytningsaftalen, på en retlig uforpligtende vis tilkendegiver at deres fælles hensigt er på førstkommende generalforsamling efter ombytningen, agter at stemme for udlodning af udbytte på over 10 % af pålydende værdi af de værdipapirer, som blev udleveret ved udlodningen og såfremt et sådant udbytte faktisk udloddes*

Genereladvokaten har den forbindelse bemærket følgende:

---

<sup>163</sup> Andersen, Per Vestergaard, *Corporate finance & governance, økonomi, strategi, værdiskabelse*, s. 29. Denne henfører til brugen af peer grupper. Man kan således også bruge en peer gruppe til estimat til re og WACC henholdsvis side 80 & 120

<sup>164</sup> Andersen, Per Vestergaard, *Corporate finance & governance, økonomi, strategi, værdiskabelse*, s. 420

*”Pengeydelse fra det erhvervende selskab såsom udlodning af udbytte, der ikke på bindende måde er aftalt som modydelse for den af dette selskabs modtagende andel i det er hvervede selskabs egenkapital, hvorved der opnås flertal af stemmerne i sidst nævnte selskab, er ikke omfattet af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d, i direktiv 90/434 uanset om de var planlagt i forvejen af de implicerede og blev erlagt i nær tidsmæssig sammenhæng med kapitalandelen ”*

Generaladvokaten tilføjer -

*For at afslå helt eller delvist at anvende afsnit II i direktiv 90/434/EØF i et konkret tilfælde eller inddrage adgangen til at anvende det kræves der ikke nødvendigvis en specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434/EØF. Derimod er det i dette øjemed også muligt at anvende almindelige bestemmelser i national ret – herunder almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger – for så vidt som disse fortolkes og anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten og navnlig med ordlyden af og formålene med direktiv*

*90/434/EØF og dets artikel 11, stk. 1, litra a). En direkte anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434/EØF til skade for borgerne er derimod ligesom en direkte anvendelse af et almindeligt fællesskabsretligt forbud mod retsmisbrug ikke tilladt.*

FSR mener, at de danske værnsregler, som følge af generaladvokatens udtalelser, er potentielt EU stridige. Dette hænger sammen med, at den udbyttebegrænsning, som skattemyndighederne fremsætter i forbindelse med at en transaktion er skattefri eller ej går igen i det nye regelsæt i forbindelse med udbytte reglerne/begrænsningerne. Såfremt man følger generaladvokaten vil en sådan begrænsning være i strid med fusionsskattedirektivet, hvorfor den også vil være problematisk i det nye regelsæt <sup>165</sup>. Denne problemstilling bliver særlig tydelig, hvis det nye regelsæt bliver det, i praksis mest anvendte, således at de gamle regler ender med at blive brugt i en uvæsentlig grad. Her vil en anden problemstilling også kunne opstå, da det tidligere bl.a. ved Leur-Bloem dommen er blevet fastslået, at man skal se på den enkelte transaktion ud fra den egne præmisser og man kan ikke afvise den på forhånd, blot fordi den ikke opfylder nogen specielle på forhånd fastsatte krav jf. dommens præmis 41. <sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Høringssvar fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer

<sup>166</sup> Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, s. 68



## 7.9 Skattefri fusion

I det følgende afsnit vil reglerne/betingelserne for skattefri fusion blive gennemgået. Betingelserne, der vil blive behandlet her, er de betingelser der, udover de selskabsretlige betingelser omtalt i afsnit 5.4, skal være overholdt. Herunder vil der være en gennemgang af de objektive betingelser.

### 7.9.1 Skatteretlig fusion

Vi har i afsnit 5.4.1 defineret den selskabsretlige fusion, dette afsnit omhandler den skatteretlige definition. Definitionen i fusionsskattedirektivets art. 2:

*”fusion, den transaktion, hvorved:*

*- et eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et andet, eksisterende selskab ved, at de tildeler deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det andet selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi*

*- to eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et selskab, som de opretter ved at tildele deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det nye selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi*

*- et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til det selskab, som sidder inde med samtlige aktier eller anparter i dets kapital”*

I den danske fusionskattelov defineres fusion i FUSL § 1, stk. 3:

*”Fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette.”*

#### 7.9.1.1 Hvilke selskaber kan fusionere

De selskaber der kan anvende reglerne i FUSL er:

- Aktie- og anpartsselskaber, FUSL § 1, stk. 1.

- Aktieselskabslignende selskaber, FUSL § 1, stk. 1, SEL § 1, stk. 1, nr. 2.
- Sparekasser mv., FUSL § 14, stk. 1, nr. 1, SEL § 1, stk. 1, nr. 2a.
- Elselskaber, FUSL § 14, stk. 1, nr. 9, SEL § 1, stk. 1, nr. 2e.
- Andelsforeninger, FUSL § 12, stk. 1, nr. 1, SEL § 1, stk. 1, nr. 3.
- Brugsforeninger, FUSL § 12, stk. 1, nr. 2, SEL § 1, stk. 1, nr. 3a.
- Aktieselskabsbeskattede andelsforeninger, FUSL § 12, stk. 1, nr. 2, SEL § 1, stk. 1, nr. 4.
- Gensidige forsikringsforeninger, FUSL § 14, stk. 1, nr. 4, SEL § 1, stk. 1, nr. 5.
- Investeringsforeninger, FUSL § 14, stk. 1, nr. 5 og 6, SEL § 1, stk. 1, nr. 5a og 6.
- Fonde og foreninger omfattet af fondsbeskatningsloven, FUSL § 14c, nr. 1.
- Udenlandske selskaber, selskab i en medlemsstat, FUSL § 15.

Vi vil dog i denne afhandling kun behandle aktie- og anpartsselskaber.

## **7.10 Skattefri spaltning**

I det følgende afsnit vil reglerne/betingelserne for skattefri fusion blive gennemgået. Betingelserne, der vil blive behandlet her, er de betingelser der, udover de selskabsretlige betingelser omtalt i afsnit 5.4, skal være overholdt. Herunder vil der være en gennemgang af de objektive betingelser.

### ***7.10.1 Skatteretlig spaltning***

Vi har i afsnit 5.4.2 defineret den selskabsretlige spaltning, dette afsnit omhandler den skatteretlige definition. Definitionen i fusionsskattedirektivets art. 2:

*"spaltning, den transaktion, hvorved et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til to eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i henhold til en pro rata regel at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter i de modtagende selskaber og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værd"*

Grenspaltning ikke omfattet af den oprindelige definition i fusionsskattedirektivet, men efter RD 2005/19/EF omfatter fusionsskattedirektivet også grenspaltninger. Den danske fusionsskattelov omfatter dog grenspaltning (også inden 2005). I den danske fusionsskattelov defineres spaltning i FUSL § 15a stk. 2:

*"Ved spaltning forstås den transaktion, hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktiver og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i samme forhold som hidtil at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter og eventuelt en kontant udligningssum."*

Den danske definition stammer fra L99, der blev vedtaget i 2002. Pro rata reglen og maksimum udligningssum på 10 pct. blev afskaffet ved L99.

### **7.10.1.1 Ophørs- og grenspaltning**

#### **7.10.1.1.1 Grenspaltning**

En grenspaltning sker, når det kun er en del af det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser, der overdrages. Det indskydende selskab fortsætter efter spaltningen om end i en reduceret form. Betegnelsen grenspaltning stammer fra FUSL § 15a, stk. 3, her er det et krav, at hvis det indskydende selskab ikke ophører ved spaltningen, skal de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab udgøre en gren af en virksomhed. Der henvises til FUSL § 15c, stk. 2. for definitionen af en gren.

Fusionsskatteloven, FUSL § 15c, stk. 2., definerer en gren af en virksomhed som:

*"Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler."*

Her kan udledes to grundlæggende krav til ”gren af en virksomhed”, organisatorisk skal den fraspaltede del udgøre en selvstændig bedrift, og den skal kunne fungere ved hjælp af egne midler.

#### **7.10.1.1.1.1 Organisorisk selvstændig bedrift**

Skatteministeriet tilkendegav i TfS 1996.899 DEP en vejledning for, hvad der ud fra et organisatorisk synspunkt kan anses for at være en selvstændig bedrift:

*"Gruppen af aktiver og passiver skal udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed. Denne afgrænsning mellem forretningsområder kan f.eks. være begrundet i, at der er tale om forskellige emneområder eller om forskellige geografiske områder og lign. Således vil en division eller en afdeling, der arbejder på tværs af flere divisioner, som udgangspunkt kunne anses som en virksomhedsgren. Der kan dog ikke ubetinget stilles krav om, at der er tale om en decideret afdeling eller filial af virksomheden eksempelvis med egen bogholderifunktion".*

I praksis vil fast ejendom som udgangspunkt altid blive betragtet som en aktivitet i sig selv. Dette gælder uanset om ejendommen har været eller er udlejningsejendom, eller blot fungerer i det indskydende selskabs virksomhed i øvrigt. Derfor vil man som udgangspunkt altid kunne udspalte en ejendom til et modtagende selskab, uden at skulle vurdere nærmere på, om det kan betragtes som en selvstændig aktivitet.

Et selskab, der opererer med to eller flere forretningsområder, bør ikke have nogle problemer ved at opfylde grenkravet, og derved kunne adskille forretningsområderne via spaltning.

En god øvelse, når man skal afgøre, om der er tale om en selvstændig organisatorisk enhed er, at overveje hvorvidt aktiviteten eller området kan sælges/overdrages til tredjemand, med henblik på fortsat drift.

#### **7.10.1.1.1.2 Fungere ved hjælp af egne midler**

Ved vurderingen af hvorvidt ”grenen” kan fungere ved hjælp af egne midler, bliver hele ”grenens” finansielle stilling vurderet, dvs. likviditet, soliditet og indtægter. Det er ikke tilstrækkeligt, at ”grenen” efter spaltningen har en god soliditet, hvis det ikke forventes, at der er mulighed for fremtidige indtægter. Det er vigtigt, at ”grenen” har en indtjening,

der kan vedligeholde eller øge soliditeten. I de tilfælde hvor der ikke medfølger ”betydelige” likvider ved spaltningen, er det vigtigt at vurdere om ”grenen” har mulighed for at fremskaffe fremmedfinansiering på markedsvilkår. Kan selskabet klare sig ved hjælp af egne midler, er det uvæsentligt om selskabet kan fremskaffe fremmedfinansiering.

#### **7.10.1.1.2 Ophørsspaltning**

En ophørsspaltning sker, når det indskydende selskab overfører alle aktiver og forpligtelser til to eller flere modtagende selskaber, og det indskydende selskab ophører som en konsekvens af spaltningen.

Grenkravet er ikke gældende ved ophørsspaltning. Der er således frit slag for hvorledes, man ønsker, at selskaberne skal se ud efter spaltningen. Der er således mulighed for mere arbitrær fordeling af aktiver og passiver. F.eks. at opdele et selskab i et driftsselskab og en selskab med likvider. Der blev i TfS 1994.816LR givet tilladelse uden særlige vilkår. Sagen omhandlede en hovedaktionær, der ville opdele et selskab i 4 nystiftede selskaber, begrundelsen var at skabe mulighed for testamentariske dispositioner (generationsskifte).<sup>167</sup> Hvor der er flere aktionærer, kan det være mere en mulighed at opdele selskabet mellem aktionærerne, jf. Figur 6 på side 18. En opdeling skal selvfølgelig være forretningsmæssigt begrundet, jf. afsnit 7.5. I TfS 2006.643 bliver der givet tilladelse til en opdeling grundet meget konkrete forretningsmæssige begrundelser, mens der i TfS 2006.682 blev meddelt afslag grundet at de forretningsmæssige begrundelser ikke var konkrete nok. Denne praksis med krav om konkretisering at begrundelser følger både vognmandsdommen og frisørdommen, jf. afsnit 7.5.2.2.

### **7.11 De objektive betingelser**

De objektive betingelser, der bliver behandlet i dette afsnit er betingelser, der er fastsat i FUSL. De er som udgangspunkt bestemmelserne for fusion, men bestemmelserne for spaltning viser tilbage til de samme bestemmelser, jf. FUSL § 15b, vi har derfor valgt at behandle dem under et, i de tilfælde hvor bestemmelserne ikke er ens eller ikke gælder

---

<sup>167</sup> Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, s. 662

for både fusion og spaltning vil dette blive fremhævet. Bestemmelserne i FUSL er ufravigelige.

### **7.11.1 Vederlæggelse**

Det er en betingelse for at benytte reglerne i Fusionsskatteloven, at vederlaget består af aktier i det modtagende selskab samt en eventuel kontant udligningssum, jf. FUSL § 2, stk. 1/FUSL § 15a, stk. 2. Bestemmelsen anfører endvidere, at vederlæggelsen skal ske til de(t) ophørende selskab(er)s aktionærer. Begrænsningen på 10 pct. kontant udligningsbeløb blev ophævet med virkning for fusioner/spaltninger efter 1. juli 2002, jf. lov nr. 313. af 21. maj 2002, dog skal bemærkes, at en evt. kontant udligningssum vil være skattepligtig efter reglerne i ABL, jf. FUSL § 9. Sammensætningen af vederlaget vælges frit, dog således, at der sker vederlæggelse af mindst en aktionær med mindst en aktie i hvert af de modtagende selskaber.<sup>168</sup>

Vigtigheden af, at der vederlægges med aktier understreges af TfS 1996, 513 LR. En Told- og skatteregion havde nægtet at godkende fusionen som skattefri, begrundelsen for at nægte var, at der ikke ved fusionen var ydet vederlag i form af aktier i det modtagende selskab. I dette tilfælde blev der dog indrømmet omgørelse, betinget af, at der blev udstedt en aktie via fondsaktieemission. Herved var betingelsen om vederlag i aktier i det modtagende selskab opfyldt.

#### **7.11.1.1 Fusions-/spaltningsdatoen**

Et af de yderligere krav som skatteretten(FUSL) stiller hvis fusionen/spaltningen skal gennemføres skattefrit er, at det modtagende selskabs skæringsdag for åbningsbalancen og fusions-/spaltningsdatoen skal være sammenfaldende. Hvis det modtagende selskab har kalenderåret som regnskabsår, så skal fusions-/spaltningsdatoen altså være 1/1. jf. FUSL § 5/FUSL § 15b, stk. 2.

#### **7.11.1.2 Indsendelse af fusions/spaltnings dokumenter**

Dokumenterne, der skal indsendes er de samme dokumenter, der kræves ved gennemførelse af en selskabsretlig fusion/spaltning sammen med evt. andre dokumenter,

---

<sup>168</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsskatteret 2005/06*, s. 515 og s. 522

der er krævet i forbindelse med en evt. tilladelse., jf. FUSL § 6, stk. 1. Disse dokumenter angives i Ligningsvejledningen S.D.1.7. (version 2007-2) til at være:

*a. Fusionsplan.*

*b. Skriftlig redegørelse i hvilken fusionsplanen forklares og begrundes. Redegørelsen skal omtale fastsættelsen af vederlaget for aktierne, herunder særlige vanskeligheder forbundet med fastsættelsen.*

*c. Revideret fusionsregnskab (fælles regnskabsopstilling), der udviser samtlige aktiver og passiver i hvert af selskaberne, de reguleringer, som overtagelsen antages at ville medføre, samt udkast til åbningsbalance for det fortsættende selskab (det modtagende selskab) efter overtagelsen. Hvis fusionsplanen er underskrevet mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste årsrapport vedrører, skal der udarbejdes mellembalancer for selskaberne.*

*d. Skriftlig udtalelse udarbejdet af en eller flere uvildige sagkyndige vurderingsmænd. Udtalelsen skal bl.a. indeholde erklæring om, hvorvidt vederlaget for aktierne i det ophørende selskab (det indskydende selskab) er rimeligt og sagligt begrundet. Der skal endvidere afgives erklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen.*

Det skal her påvises, at selv om LV 2007-2 angiver at være gældende fra 16. april 2007, er der ikke taget højde for, at kravet om fusions/spaltningsregnskab selskabsretligt blev afskaffet den 1. april 2006. Der er dog fortsat et krav om mellembalance. Skat kan dog fortsat kræve fusions-/spaltningsregnskab.

Det skal i denne forbindelse nævnes, at skatteministeren har i medfør af FUSL § 6, stk. 2 og 3 bemyndigelse til at fastsætte krav om yderligere oplysninger, dels ved moder/datter fusion, jf. FUSL § 6, stk. 2, men også en mere generel bemyndigelse, jf. FUSL § 6, stk. 3, denne bemyndigelse er dog ikke benyttet endnu, jf. LV 2007-2, afsnit S.D.1.7. Hvorvidt der her vil blive fremsat et krav om fusions/spaltningsregnskab må tiden vise.

Tidsfristen for indsendelse er fastsat i FUSL § 6, stk. 4 og 5, der foreskriver, at dokumenterne skal indsendes senest 1 måned efter at fusionen/spaltningen er vedtaget i alle de deltagende selskaber. Told og Skatteforvaltningen kan dispensere fra denne tidsfrist, jf. FUSL § 6, stk. 6.

Ifølge LV 2007-2 S.D.1.7 kan dokumenterne indsendes i udkast, men det er en forudsætning for tilladelsen, at de endelige dokumenter ikke på væsentlige punkter afviger fra de indsendte udkast.

### **7.11.1.3 Det ophørende/indskydende selskabs skattemæssige stilling**

Det ophørende/indskydende selskab skal ikke sættes ekstraordinært i skat, som ellers er krævet ved ophør, jf. FUSL § 7, stk. 1. men der skal i stedet foretages en ordinær ansættelse for perioden fra sidste ordinære ansættelse til fusions/spaltningsdatoen. De(t) modtagende selskab skal indgive selvangivelsen og hæfter solidarisk for evt. skattekrav mm., jf. FUSL § 7, stk.2/FUSL § 15b, stk. 3. Hæftelsen følger umiddelbart af universalsuccessionen i AL § 134h, stk. 1/AL § 136h, stk. 1, men er også indsat specifikt i FUSL § 7, stk. 2 og § 15b, stk. 3.

I spaltning er det imidlertid ikke altid, at det indskydende selskab ophører, her fortsætter det indskydende selskab om end i en slanket udgave. De aktiver, der ikke overføres til et modtagende selskab, berøres ikke ved spaltningen. Den solidariske hæftelse ser ud til kun at være gældende ved ophørsspaltning, jf. FUSL § 15b, stk. 3, men det må antages, at den solidariske hæftelse, der følger af universalsuccessionen, jf. AL § 136h, stk. 1 gælder alligevel.

### **7.11.1.4 Det modtagende selskabs skattemæssige stilling**

Aktiver og passiver, der i det modtagende selskab, modtages fra det ophørende selskab, behandles som om de var anskaffet af det modtagende selskab, til de tidspunkter og anskaffelsessummer, hvor de er erhvervede fra det ophørende selskab, jf. FUSL § 8, stk. 1. Også anskaffelseshensigt overtages, jf. FUSL § 8, stk. 2, der åbnes dog mulighed for, at beskatningen foregår efter det modtagende selskabs anskaffelseshensigt, jf. FUSL § 8, stk. 2, sidste pkt.

Aktiver og passiver, som det modtagende selskab ikke har erhvervet fra det ophørende/indskydende selskab, berøres ikke af fusionen/spaltningen, jf. FUSL § 8 stk. 5.



### **7.11.1.5 Underskud**

Underskud fra indkomstår forud for fusionen bortfalder som udgangspunkt, jf. FUSL § 8, stk. 6, dog således, at hvis sambeskattede selskaber fusionerer, kan underskud, der er opstået mens selskaberne har været sambeskattet beholdes, jf. FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt. Underskuddet bortfalder for alle deltagende selskaber. Werlauff påpeger i selskabsskatteret 2005/2006 en besynderlig konsekvens af, at underskud i alle deltagende selskaber bortfalder:

*”En besynderlig konsekvens heraf er således, at et aktieselskab, som skattemæssigt har underskud, men som i sagens natur alligevel kan have en betydelig egenkapital i behold, vil miste retten til at fremføre sit underskud, hvis det gennem fusion absorberer fx et lille anpartsselskab”<sup>169</sup>*

### **7.11.1.6 Aktionærernes skattemæssige stilling**

Aktier/anparter i det modtagende selskab, som aktionærerne i det ophørende selskab modtager som vederlag for aktierne i det ophørende selskab betragtes som om de er anskaffet på samme tidspunkt, til samme anskaffelsessum og med samme hensigt, som aktierne i det ophørende selskab var anskaffet, jf. FUSL § 11.

Den del af vederlæggelsen, der erlægges kontant er skattepligtig, jf. FUSL § 9.

### **7.11.1.7 Tilladelse**

Fusion er den eneste af omstrukturingsmetoderne, hvor der ikke skal søges om tilladelse, dvs. selskaberne har et retskrav på skattefri fusion, hvis betingelserne i FUSL er opfyldte<sup>170</sup>. Der er dog nogle tilfælde, hvor der alligevel er et krav om tilladelse, det drejer sig om fusion mellem moder og datter såfremt moderselskabet ikke har ejet den majoritet, der er krævet for at gennemføre fusionen i 3 år forud for fusionsdatoen, jf. FUSL § 3, en anden situation, hvor tilladelse er krævet, er når der har været ekstraordinær samhandel mellem deltagende selskaber, jf. FUSL § 4, stk. 1. I TfS 1998.76 LR blev der givet tilladelse, selv om der var sket ekstraordinær samhandel mellem deltagende selskaber, der blev dog stillet betingelse om, at den ekstraordinære

---

<sup>169</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsskatteret 2005/06*, s. 511

<sup>170</sup> Werlauff, Erik, *Selskabsskatteret 2005/06*, s. 506

disposition skulle i skattemæssig henseende stilles, som om den ikke var gennemført. Et sidste tilfælde, hvor der kræves tilladelse, er når mere end 50pct. af kapitalen eller stemmerne har skiftet ejer indenfor 1 år forud for vedtagelsen af fusionen, eller et af de deltagende selskaber er stiftet indenfor 1 år, jf. FUSL § 4, stk. 2. Det skal her bemærkes, at der efter vedtagelsen af L110 ikke længere er nogle tilfælde, hvor der skal søges tilladelse til fusion.

### **7.11.2 L110**

Ændringerne, som L 110 A indeholder om skattefri spaltning, er ikke reguleret i aktieavanceloven, som aktieombytningsreglerne, men i stedet i fusionsskatteloven.

Reglerne omkring spaltning er blevet udbygget med særligt § 15 a stk. 1 4 til 8 pkt. Det er denne paragraf, der hjemler tilladelse uden ansøgning, men det er også den, der begrænser mulighederne for at bruge selv samme bestemmelse:

*”Jf. § 15 a stk. 1. 6 pkt. finder reglerne ikke anvendelse omkring omstrukturering ikke anvendelse i den situation, hvor selskabsdeltagerne i det modtagende selskab har bestemmende indflydelse, således som dette begreb er defineret i ligningslovens § 2, stk. 2. Omfattet er endvidere den situation, hvor selskabsdeltagerne tilsammen har flertallet af stemmerne i det modtagende selskab, uden at de er koncernforbundne eller nærtstående. Hvis en sådan kreds af selskabsdeltagere samtidig er selskabsdeltagere i det indskydende selskab og har været det i mindre end 3 år uden at have rådet over flertallet af stemmerne i dette selskab, vil det indskydende selskab ikke kunne spaltes skattefrit uden en tilladelse”<sup>171</sup>*

Omvendt vil det forholde sig sådan, at når der kun er en ejer, så råder han jo over flertallet, og så kan denne anvende reglerne, da ejertidskravet i en sådanne sammenhænge er sat ud af kraft. Dette betyder reelt, at man hver gang, der er mere end en ejer, skal man tage stilling til om disse deltagere har deltaget mindre end 3 år uden at have rådet over flertallet af stemmerne. Kan man sige, at en, af disse deltagere, har været med i mindre end 3 år, og denne ikke har haft flertallet i denne periode – så skal man søge om spaltning i stedet. Endnu en forudsætning er naturligvis, at selskabsdeltagerne har den fornødne forbindelse med det modtagende selskab, jf. pkt. 6.

---

<sup>171</sup> Bemærkninger til lovforslaget L110.

Det bemærkes således i overensstemmelse med ovenstående, at der i betænkningen til lovforslaget fremgår at:

*”hvis en selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere råder over flertallet af stemmerne i både det indskydende selskab og det modtagende selskab, finder den foreslåede bestemmelse i § 15 a, stk. 1, 6. pkt., ikke anvendelse, og en skattefri spaltning vil derfor kunne gennemføres uden tilladelse*

Reglen i 6 pkt. er blevet sat ind for at hindre, at tredjemand forud for spaltningen optages i det indskydende selskabs ejerkreds, hvorefter aktivitet udspaltes til et selskab, som ejes af samme tredjemand, Derved forhindres bl.a. spaltninger, der er et maskeret aktivsalg. Problemet vedr. ansøgningsshopping er i denne forbindelse løst, da begge regelsæt tager hånd om problemstillingen, således at spaltning efter et regelsæt vil blive tilladt, mens det efter et andet vil få afslag. Reglen udspringer bl.a. af dommen SKM 2005.357 TSS, der igen udspringer af et maskeret salg.

I SKM 2005.357.TSS blev der blev meddelt afslag på anmodning om tilladelse til skattefri ophørsspaltning. Selskab A drev rederivirksomhed og ejede 2 skibe. Selskabet ønskedes spaltet i selskab F og selskab H. Ved Told- og Skattestyrelsens afgørelse blev der navnlig henset til, at A ikke længere ønskede at drive virksomhed med de 2 skibe, at G ønskede at drive virksomhed med de 2 skibe og inden spaltningens gennemførelse skulle købe én aktie i A. At A ultimo 2004 havde optaget et lån på 29 mio. USD, at provenu og forpligtelse vedrørende dette lån skulle adskilles ved spaltningen, således at F modtog provenu, og H overtog tilbagebetalingsforpligtelsen, at A ved et almindeligt skattepligtigt salg af de to skibe ville blive beskattet af en avance på ca. DKK 191 mio., hvoraf skatten udgjorde ca. 57 mio. kr. Under disse omstændigheder var det Told- og Skattestyrelsens opfattelse, at en skattefri spaltning af A måtte betragtes som et maskeret salg af de to skibe til H, der som et af hovedformålene måtte anses at have skatteunddragelse eller skatteundgåelse, jf. fusionsskattedirektivet art. 11.<sup>172</sup> Dertil kan vel med rimelighed også henføres det faktum, at det udover at være en avanceomgåelse også er noget rent principielt forkert i at adskille forpligtelse og provenuet jf. Jensen og Andersen dommen.

---

<sup>172</sup> Ligningsvejledningen (2007-2), S.D.2.7.3

Bestemmelsen vil i praksis udmønte sig i *at der er mulighed* for at omstrukturere ansøgningsfrit i scenarium 1

*Holdingselskabet H Aps ejes af de to personlige aktionærer A og B med hver 50 pct. H Aps ejer hele anpartskapitalen i D Aps. Der ønskes spaltet selskabet H Aps, således at der fremkommer to holdingselskaber, der hver ejer 50 pct. af anparterne i D Aps, og hver ejes 100 pct. af A og B.*<sup>173</sup>

Der ville *ikke være mulighed* for at gennemføre omstruktureringen uden ansøgning i scenarium 2:

*Personerne A og B, der hver ejer 50 pct. af aktiekapitalen i selskabet C, ønsker at ophørsspalte C til to nye selskaber, D og E, således at A ejer D med 100 pct., og B ejer E med 100 pct. A eller / og B har ejet aktierne i C i mindre end 3 år. Det forudsættes, at der sker en ligelig fordeling af C's aktiver og passiver mellem de to nye selskaber*<sup>174</sup>

Havde A derimod været alene som ejer, ville der i princippet ikke være noget problem.

Scenario 2 vil i princippet kunne gennemføres efter tilladelsesprocedurerne såfremt de objektive og subjektive argumenter er på plads. Omvendt vil scenario 1 kunne blive gennemført uanset hvad motiverne måtte være uden tilladelse. Derfor er det ikke utænkeligt at ansøgningsshopping kan blive en vist element i ansøgningsprocedurerne.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget og herunder § 15a stk. 2, 2 pkt., at det er handelsværdier, der skal anvendes ved spaltningen. Således skal det indskydende selskab sikre at det indskudte bliver modsvaret af et tilsvarende vederlag, enten ved aktier eller anparter. I 3 pkt. er indsat et ønske om, at man vil sikre, at der ikke sker en skatteomgåelse ved at man f.eks. udspalter en stor gæld ud et modtagende selskab og derved enten opnår en mindre avance ved salg og omvendt for det indskydende selskab der også kan efterlades med en stor gæld, der gør det avancefrit i tilfælde af salg.

Det bemærkes, at de overdragne aktiver og passiver i eksemplet samtidig hermed skal udgøre en gren af en virksomhed, jf. fusionsskattelovens § 15 a, stk. 3. Hvis forholdet mellem aktiver og passiver i den pågældende gren ikke svarer til forholdet mellem

---

<sup>173</sup> Spørgsmål 43 til skatteudvalget vedrørende L110 den 23. februar 2007

<sup>174</sup> Spørgsmål 44 til skatteudvalget vedrørende L110 den 23. februar 2007

aktiver og gæld i det indskydende selskab, kan det f.eks. afhjælpes ved, at der sammen med de overførte aktiver og passiver overføres ikke-grenrelaterede likvide midler.

I den forbindelse har FSR i høringsfasen bemærket, at der ved både ophørsspaltninger og ved grenspaltninger vil være problemer med at opfylde dette krav. For ophørsspaltningers vedkommende fordi der typisk vil være gæld tilknyttet de enkelte aktiviteter, hvilket gør det meget svært i praksis at dele det hele på samme måde som det oprindelige indskydende selskab. Det samme forhold gør sig gældende ved grenspaltninger. Samlet set synes det umiddelbart mest anvendeligt for virksomheder uden gæld hvilket FSR også gør opmærksom på.

For at undgå, at der ved en skattefri grenspaltning, jf. § 15a, stk. 3 i FUL, hæves skattefrit kontantvederlag (der beskattes som udbytte), i en situation, hvor et salg ville være skattepligtigt, og hvor der i realiteten sker afståelse, f.eks. hvis modtagende selskab er et fremmed selskab, er værnsreglen i § 15a, stk. 1, 7. pkt. indført. Denne medfører, at en skattefri grenspaltning ikke kan gennemføres uden tilladelse i visse tilfælde, hvor der sker vederlæggelse med andet end aktier - men kun i de tilfælde, hvor skattefri grenspaltning ønskes gennemført uden SKAT's tilladelse.

Disse bestemmelser er særlig for spaltning uden tilladelse.

*”Er selskabsdeltageren et selskab m.v., anses aktierne i det eller de modtagende selskaber for anskaffet på tidspunktet for spaltningen. Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen, og er selskabsdeltageren et selskab m.v., anses aktierne i det indskydende selskab tillige for anskaffet på tidspunktet for spaltningen. Er selskabsdeltageren et selskab m.v., som på tidspunktet for spaltningen havde aktier i det eller de modtagende selskaber, anses disse aktier for anskaffet på tidspunktet for spaltningen, uanset om det indskydende selskab ophører ved spaltningen eller ej”<sup>175</sup>*

Denne bestemmelse er den samme, om indgik i reglerne om aktieombytning, jf. ABL § 36A, stk. 4. Man sikrer derved, at der bliver sat en grænse ved spaltningsdatoen, således at alle aktier har samme anskaffelsestidspunkt og der er således ikke noget incitament til at spekulere i anskaffelsestidspunkt i forhold til 3 års grænsen.

---

<sup>175</sup> FUSL § 15a, stk. 7

Som ved aktieombytning indeholder også reglerne omkring spaltning krav om, at der sker en udbyttebegrænsning, såfremt omstrukturen skal gennemføres skattefrit.

Hertil er tilføjet i § 15b, stk. 8 i fusionsskatteoven.

*”Stk. 1-7 finder ikke anvendelse på spaltning, der er sket uden told- og skatteforvaltningens tilladelse, hvis selskabsdeltageren efter spaltningsdatoen for det indskydende selskab og op til 3 år efter vedtagelsen af spaltningen modtager skattefrit udbytte af sine aktier i de deltagende selskaber, der overstiger selskabsdeltagerens andel af det ordinære resultat i de respektive selskabers godkendte årsrapport for det regnskabsår, som udlodningen vedrører. Det gælder dog ikke, i det omfang udbytte som nævnt i 1. pkt. overstiger det ordinære resultat for det pågældende selskab med et beløb, der højst svarer til selskabsdeltagerens andel af samme selskabs ordinære resultat for et tidligere år, som ikke tidligere er blevet udloddet. 2. pkt. omfatter kun ikke udloddede resultater for regnskabsår, der svarer til indkomståret før det indkomstår, hvor spaltningen er vedtaget, og de følgende indkomstår. Viser det pågældende selskabs godkendte årsrapport et negativt ordinært resultat, modregnes selskabsdeltagerens andel af dette resultat ved opgørelsen af det beløb, der kan udloddes til selskabsdeltageren efter 1. og 2. pkt”*

Skulle der illustreres et regneeksempel kan dette udfærdiges efter samme principper, som advokatrådet opstillede i deres spm. vedr. aktieombytning.

En vigtig bestemmelse i lovforslaget er, at der nu åbnes op for kombinationsomstruktureringer. Som tidligere omtalt er denne måde at lave omstrukturering gennem de gamle regler ikke altid en disposition, som ansøger får lov at gennemføre - således er der en del afslag, der illustrerer dette. Der er med de nye regler åbnet op for, at kombinationen bliver afviklet på samme måde, som de andre tilladelsesprocedurer, således at en kombinationsomstrukturering kan gennemføres uden tilladelse, underforstået at værnkravene for spaltning overholdes.

Til sidst bør nævnes, at L110 gør op med elevatormodellen. Elevatormodellen går ud på, at en selskabsaktionær, som har ejet et datterselskab i mere end 1 år (og altså kan modtage skattefrit datterselskabsudbytte) men mindre end 3 år (så avance ved et salg af skattepligtig) i realiteten alligevel sælger datterselskabet skattefrit til en køber ved at kombinere en kapitalnedsættelse (tilbagesalg til udstedende selskab, hvilket hidtil er blevet beskattet som udbytte) med en kapitalforhøjelse (hvor køber træder ind som

aktionær i datterselskab). Elevatormodellen er lukket med L 110B, bl.a. derved, at tilbagesalg til udstedende selskab behandles som aktieavance ligesom også udlodning ved kapitalnedsættelse. Højesteret havde ellers ved en principiel dom af 7. december 2006 imidlertid accepteret modellen, som beskrevet ovenover. Højesteret accepterede, at der skulle ske beskatning af et sælgende selskabs salgssum som udbytte, og salget derfor var skattefrit, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, allerede efter et års ejertid på aktierne. Dommen taget til efterretning, er der lukket for modellen både med L110 A & B.

## 7.12 Delkonklusion

Efter at have behandlet ovenstående 4 omstrukturingsmetoder på det skatteretlige plan, vil vi her komme med en vurdering af hvilke problemstillinger, man skal være særligt opmærksom på samt tage stilling til hvordan disse problemstillinger skal behandles, således at de ikke forhindrer en planlagt omstrukturering.

En omstrukturering kan laves skattefri, dvs. uden, at der sker ophør/realisations beskatning i forbindelse med omstruktureringen. Der er ikke tale om skattefrihed, men alene om at udskyde beskatningen til en evt. senere afståelse.

Fælles for de fire metoder, vi behandler i projektet er, at første betingelse for at omstruktureringen kan gennemføres er, at de selskabsretlige regler skal være opfyldt. Først når de selskabsretlig og juridisk er i overensstemmelse er det relevant at se på de skattemæssige aspekter.

Noget af det første, man skal undersøge, er om man er berettiget til at bruge reglerne. Her gælder kravet om selskab i et medlemsland som en gennemgående forudsætning. Man skal her være opmærksom på, at det er det skatteretlige hovedsæde, der er afgørende for hjemsted for selskabet, dvs. at det ikke nødvendigvis er nok, at selskabet er registreret i et medlemsland (selskabsretligt hjemsted). Ovenstående illustrerer det faktum, at selskabsretten og skatteretten er to uafhængige regelsæt, som ikke forudsætningsvis kan antages at være overlappende.

Det subjektive krav er endnu en betingelse, der er fælles for omstrukturingsmetoderne, med undtagelse af fusion, kravet følger tilladelseskravet.

Det subjektive krav er ikke, som de andre krav i forbindelse med omstrukturering, et krav om, at et forhold skal være opfyldt/tilstede, men mere et krav om, at et forhold ikke gør sig gældende. Kravet er, at skatteunddragelse eller skatteudskydelse ikke er et af hovedformålene, og det er op til deltagerne i omstruktureringen at overbevise SKAT om, at skatteunddragelse eller skatteudskydelse ikke er et af hovedformålene. Det er her begrebet forretningsmæssig begrundelse kommer ind. Ikke som et krav i sig selv, men som en måde at overbevise SKAT om, at skatteunddragelse eller skatteudskydelse ikke er et af hovedformålene. Det er altså ikke som udgangspunkt et krav om forretningsmæssig begrundelse, men hvis deltagerne ikke kan påvise, at omstruktureringen er forretningsmæssigt begrundet vil dette skabe en formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller skatteudskydelse.

På samme måde som Leur-Bloem dommen viser os, at deltagerne har et retskrav på at få tilladelse til at omstrukturere, hvis de objektive krav er opfyldte, medmindre at der er tale om skatteunddragelse eller skatteudskydelse, viser vognmands og frisørdommen, at det ikke er nok at opremse begrundelser, der nok er forretningsmæssige, for omstruktureringen. Begrundelserne skal være sandsynlige og være underbyggede. De skal ligeledes tage udgangspunkt i den konkrete sag og ikke mindst være rettidige.

Det er derfor meget vigtigt, såfremt der søges om tilladelse til omstrukturering, at man har gjort sig overvejelser om hvilke forretningsmæssige begrundelser, man vil anvende for at overbevise SKAT om, at det ikke er tale om skatteunddragelse eller skatteudskydelse.

Der er i de enkelte omstrukturingsmetoder elementer, som vi mener man skal være særlig opmærksom på udover de krav, som vi omtaler i ovenstående.

Når man søger om tilladelse til aktieombytning, skal man være opmærksom på, at en aktionæroverenskomst kan forhindre tilladelsen. På den ene side kan en aktionæroverenskomst, der bevirker at en aktiepost på mere en halvdelen af stemmerne ikke kan bruge sit flertal uden at være enig med en eller flere andre aktionærer, vil blive opfattet som om, at der ikke foreligger et reelt flertal, og der vil i disse tilfælde meddeles afslag.



På den anden side kan en aktionæroverenskomst ikke bevirke, at der bliver givet tilladelse til ombytningen, f.eks. hvor en aktionær har sikret sig flertallet gennem en aktionæroverenskomst, her vil afslaget blive begrundet med at flertallet ikke er formelt.

Vi må derfor konstatere, at betingelsen “flertallet af stemmerne” skal forstås således, at der kræves, at flertallet både er formelt og reelt.

I de tilfælde hvor tilførsel af aktiver er med i overvejelserne skal man være opmærksom på at der ikke, som i de andre omstrukturingsmetoder, er mulighed for udlignessum, her skal alt vederlaget bestå af aktier/anparter. Dette krav udspringer af ønsket om, at det indskydende selskab binder nettoværdien af tilførslen i aktier.

Udover kravet, om at vederlaget kun består af aktier/anparter, er der et krav om, at det der tilføres udgør en virksomhed eller en gren af en virksomhed. Dette betyder, at der ikke som ved spaltning er mulighed for en mere eller mindre vilkårlig fordeling mellem modtagende selskaber. Andersen og Jensen dommen tydeliggør, at der normalt ikke er mulighed for at beholde et provenu i indskydende selskab og sende forpligtelsen med til modtagende selskab, når der er tale om betydelige beløb. Dertil kommer, at der også er en række andre spørgsmål, som f.eks. medarbejdere og lign. Sammenfattende kræver det, at man udviser rettidig omhu med at udskille de forskellige aktiviteter, og at man ikke laver nogen antagelser undervejs, da myndighederne stadig ikke har defineret alle uafklarede problemstillinger gennem praksis.

Ved fusion og spaltning skal man for det første være opmærksom på, at fusions-/spaltningsdatoen skal være sammenfaldende med modtagende selskabs regnskabsmæssige skæringsdato, dvs. at hvis modtagende selskab har kalenderåret som regnskabsår skal fusions/spaltningsdatoen være 1/1.

Det andet forhold man skal være opmærksom på er, at ved en fusion/spaltning mistes retten til fradrag for tidligere års skattemæssige underskud, der er dog undtagelser herfra, f.eks. hvor underskuddet er opstået, mens deltagende selskaber var sambeskattede.

Ved ophørsspaltning er der mulighed for at opsplitte det indskydende selskab, som man ønsker det. Dette er naturligvis ud fra overholdelse af de subjektive betingelser. Når

man er eneaktionær, har man i princippet mulighed for at benytte en så arbitrær fordeling, som man ønsker såfremt SKAT tillader det. Er man flere aktionærer er fordelingen, at man kan udspalte de forskellige aktiviteter, således at man enten får "sit eget" selskab, eller man kan vælge forsat at respektere det grundlæggende forholdskrav i de udspaltede selskaber. Selve spaltningen giver mulighed for at køre de enkelte virksomheder videre, og det kan være meget brugbart i f.eks. generationsskifte eller uenighedssituationer. Desuden giver ophørsspaltning mulighed for en større fleksibilitet end f.eks. tilførsel af aktiver, eftersom der ikke er noget organisatorisk grenkrav.

Der er ved spaltning mulighed for grenspaltning, dvs. at indskydende selskab fortsætter, denne form for spaltning minder meget om tilførsel af aktiver, men med den finesse at, mens der ved tilførsel af aktiver dannes et moder/datter forhold, dannes der ved grenspaltning et søsterselskab. Ved grenspaltning skal man være opmærksom på, at der stilles samme betingelse om "gren" af en virksomhed, som der stilles ved tilførsel af aktiver.

### **7.12.1L110**

Skatteretslig er der med det nye lovvedtagelse lagt op til en objektivisering af reglerne. Der er således givet mulighed for, at man nu kommer ud af tilladelsesregelsættet, hvor den subjektive vurdering er den, som afgør, hvorvidt en omstrukturering kan gennemføres enten helt eller under forudsætning af opfyldelse af bestemte betingelser. De nye lovbestemmelser har hjemmel i FUSL § 15 a,b,c og d plus ABL § 36 A. Udover de nye bestemmelser, så indeholder L110 en ophævelse reglerne i FUSL §§ 3 og 4, således at der ikke længere er nogle tilfælde af fusion, hvor der er krav om tilladelse.

Bestemmelserne i FUSL § 15 vedrørende spaltning og tilførsel af aktiver samt bestemmelsen i ABL § 36 A har fællestræk, hvad angår udlovningsbestemmelser. Bruger man reglerne om skattefri omstrukturering, skal man uanset hvilket af de 2 lovsæt man er i, anvende de samme udlovningsværneregler. Her anføres, at det udelukkende er årets ordinære resultat, der kan udloddes. Der blev i den forbindelse stillet spørgsmålstejn ved om denne bestemmelse kan omgås med hjemmel i årsregnskabsloven, hvilket synes muligt.

Fælles for bestemmelserne er således også, at de tilskynder til tre års ejertid ved udlovningsbegrænsningerne som ved overskridelse inden for de tre år gør den samlede transaktion skattepligtig. Ligeledes ses det at ejertidskravet sigter mod de tre år.

Ved aktieombytning er der dog forskel på, om man er en fysisk person eller selskab. De aktier, som fysiske aktionærer modtager i det erhvervende selskab, som vederlag for aktier i det erhvervede selskab, behandles ved indkomstopgørelsen, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum, som de ombyttede aktier i det selskab, der overdrages. En aktionær, der er et selskab m.v., og som før ombytningen var aktionær i både det erhvervede og det erhvervende selskab, skal ved indkomstopgørelsen behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet, medmindre aktionæren på ombytningstidspunktet har ejet alle sine aktier i begge selskaber i mere end 3 år jf. ABL § 36 A stk. 4.

For tilførsel af aktiver gælder, at aktier i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtager i forbindelse med tilførslen, anses for anskaffet på tidspunktet for tilførslen jf. FUSL § 15 d stk. 4

For spaltning er det næsten det samme, der gælder efter de nye regler. Her skal aktionærer, der er et selskab, og som ved spaltningen bliver aktionærer i det modtagende selskab, ved indkomstopgørelsen behandle vederlagsaktierne, som om de var anskaffet på tidspunktet for spaltningen. Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen, og er aktionæren et selskab, anses aktierne i det indskydende selskab for anskaffet på tidspunktet for spaltningen. Er selskabsdeltageren et selskab, som på tidspunktet for spaltningen havde aktier i det eller de modtagende selskaber, anses disse aktier for anskaffet på tidspunktet for spaltningen, uanset om det indskydende selskab ophører ved spaltningen eller ej jf. FUSL § 15 b stk.7.

Et andet fællestræk i bestemmelserne er at ved aktieombytning og spaltning skal værdien af de tildelte aktier eller anparter med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver.

Kravet i FUSL § 15a, stk. 2, 3. pkt. om, at forholdet mellem aktiver og gæld skal være det samme i det modtagende selskab som det er i det indskydende selskab, gør at

spaltning uden tilladelse vil være meget besværlig at anvende, da virksomheder i praksis sjældent vil have samme forhold imellem aktiver og gæld. Hvis f.eks. et selskab driver to virksomheder, er det ikke ensbetydende med, at de to virksomheder har samme forhold mellem aktiver og gæld. Er der ikke samme forhold vil en spaltning efter L110 ikke være mulig. En anden problematik i forhold til spaltning efter L110 er, at det ikke er muligt at slanke selskaber i forbindelse med et forestående generationsskifte, hvor en spaltning vil medføre en pengetank og et driftsselskab.

Dette forholdskrav findes ikke i reglerne omkring tilførsel af aktiver, da værdien af aktierne det modtagende selskab får som vederlag opgøres efter reglerne i virksomhedsomdannelseslovens § 4, stk. 2, jf. FUSL § 15d, stk. 4. Aktiernes anskaffelsessum reduceret med den gæld, der tilføres det modtagende selskab.

Dette er også begrundelsen for, at der ikke eksisterer noget forholdskrav ved tilførsel af aktiver som ved spaltning, da det indskydende selskab ikke har mulighed for at spekulere i en balancetilpasning og kravet om fastholdelse af forholdet mellem aktiver og gæld er derfor unødvendigt. Dette fremgår som bekendt ganske tydeligt at FSR høringssvar 13. februar 2007.

Loven giver mulighed for, såfremt betingelser ændrer sig, at springe over i det gamle regelsæt, således at en misligholdelse af de objektive krav ikke betyder, at der sker beskatning. Dette fremgår ikke direkte af selve loven, men af ministerens svar i forbindelse med vedtagelse af loven.

Men det usikkerhedsmoment, der ligger i vores egen subjektive vurdering synes det ikke problematisk, at loven ikke er udarbejdet med udgangspunkt i fusionsskattedirektivet. Der vil efter vores overbevisning således ikke være en realistisk mulighed, for at det nye lovforslag går ind og bliver det, som i praksis bliver anvendt. Kommentaren fra FSR er på ingen måde en urimelig diskussion og absolut relevant. Konklusionen i denne afhandling er således blot, at vi ikke ser noget problem i et 2 strenget regelsæt. som det i praksis bliver hvoraf det ene følger de EU retslige regler på området.

De objektive regler er absolut en mulighed i en omstruktureringssituation, hvor man ikke ønsker at gå gennem tilladelsessystemet, enten fordi man ikke vil kunne få en tilladelse, eller fordi man ser reglerne som en administrativ lettelse. Loven giver mulighed for at gennemføre en omstrukturering ganske hurtigt og ved rigtig administration deraf at kende de skattemæssige konsekvenser på forhånd.

Reglerne bliver brugbare i situationer, hvor er det er relativ simple konstruktioner, der skal gennemføres, og hvor den indbyggede kompleksitet er begrænset. Således antages det ikke, at reglerne grundet værnsbestemmelserne, trods deres omgåelsesmuligheder, vil appellere til større virksomheder, der har brug for et større arbejdsrum i forhold til at kunne agere hurtigt på en skiftende konkurrence situation og som ikke har noget umiddelbart forretningsmæssigt incitament i at eje aktierne i tre år eller underlægge sig udlodningsbegrænsningerne.



## 8 Konklusion

Omstruktureringer er med den nye lov om objektivisering blevet en eksercits, der kræver, at man har kendskab til og forståelse for 3 forskellige regelsæt, både med hensyn til deres forskelligheder, men også hvad angår deres korrelation. Det er vigtigt at være opmærksom på, at begreberne i selskabsretten ikke nødvendigvis dækker det samme i skatteretten. Her tænkes især på, at de skatteretlige begreber ”tilførsel af aktiver” og ”aktieombytning” ikke eksisterer i selskabsretten. Disse omstrukturingsformer har derfor heller ikke deres eget regelsæt i selskabsretten, men er reguleret via andre regler, hvoraf de vigtigste er reglerne om apportindskud.

Selskabsretten har hvad angår omstruktureringer ikke givet anledning til den samme mængde problemstillinger som skatteretten, hvilket antageligt hænger sammen med det forhold, at reglerne ikke lægger op til samme grad af subjektivitet og fordi der ved en omstrukturering selskabsretlig ikke stilles andre krav end de rent formelle.

Der er i de selskabsretlige regler et gennemgående krav om vurdering af de aktiver og passiver, der overføres fra et selskab til et andet. Selve værdiansættelsen er ikke detailreguleret, men er i praksis underlagt de generelle prisfastsættelsesmodeller, som corporate finance teorien fremfører og de cirkulærer som SKAT har udarbejdet som en inspiration. Modellerne gælder i princippet også for interesseforbundne parter, da disse skal agere på arms længde. Værdiansættelser er en væsentlig del af apportindskudsreglerne sammen med reglerne omkring vurderingsmændenes rolle.

Selskabsretlig har fusion og spaltning deres eget regelsæt, som anvendes netop i deres tilfælde. Både fusion og spaltning er omfattet af universalsuccession, hvilket betyder at de gennemføres uden at kreditorer bliver indbefattet og uden specielle hensyn, hvilket er det positive aspekt. Det negative i forhold til universalsuccession er at de fortsættende selskaber vil hæfte solidarisk for det indskydendes selskabs gæld. Dette betyder, at man hæfter op til den tilførte nettoværdi af både kendte og ukendte gældsforpligtelser. For at en omstrukturering kan gennemføres skattefrit, er det helt essentielt, at de selskabsretlige regler er på plads, ellers vil der kunne stilles krav om nye ansøgninger. For fusion og spaltning vil en manglende overholdelse af de selskabsretlige regler kunne resultere i en nægtelse af registrering, mens der i en aktieombytning vil kunne

blive statueres skattepligt. Dertil kommer de generelle erstatningsregler og ansvarspådragende adfærd.

Der er i selskabsretten mange tidsfrister, der skal overholdes. Der ikke er nogle dispensationsmuligheder. En overskridelse af en af tidsfristerne vil medføre, at registrering af den planlagte omstrukturering ikke kan foretages. Bliver der nægtet registrering vil hele processen skulle gentages, såfremt der stadig er et ønske om at gennemføre omstrukturen som planlagt.

Skatteretten har deres egne krav, der udspringer af fusionsskattedirektivet. En ufravigelig forudsætning for at anvende reglerne om skattefri omstrukturering er, at de selskabsretlige regler er overholdt.

Man bør være opmærksom på, at selv om der er mulighed for en selskabsretlig omstrukturering, er det ikke ensbetydende med, at der også er mulighed for at gennemføre omstrukturen skattefrit. Det område, hvor der er størst forskel på de selskabs- og skatteretlige regler, er ved tilførsel af aktiver og uegentlig spaltning. Der stilles i selskabsretten ikke nogle krav til hvad, der skal indskydes. Det er således selskabsretligt muligt at indskyde ét enkelt aktiv. Skatteretten derimod stiller et grenkrav, dvs. der er et krav om, at det der indskydes er en selvstændig virksomhed eller en gren af en virksomhed. Det kræves endvidere, at den indskudte virksomhed/gren er i stand til at fungere selvstændigt.

Inden for skatteretten er der i modsætning til selskabsretten flere subjektive krav, der skal være overholdt, før man får tilladelse til at gennemføre en skattefri omstrukturering.

Der er skatteretligt efter vedtagelsen af L110 to regelsæt, der hver især indeholder deres egne regler/bestemmelser. Det regelsæt, der var gældende før L110 og stadig er gældende, indeholder for ”tilførsel af aktiver”, aktieombytning og spaltning et krav om at der var opnået tilladelse til omstrukturen. Kravet om tilladelse kan undgås ved at anvende regelsættet vedtaget ved L110.

Selve omstrukturingsprocedurerne efter tilladelsessystemet er en ganske gennemarbejdet og analyseret problematik. Der er skrevet en del bøger og artikler om



området hvilket giver mulighed for at sikre sig, at man lever op til de krav, som regelsættet som skattefri omstrukturering efter tilladelsessystemet indeholder. Det kan ikke understeges nok, at man i sin ansøgning både skal være rettidig og præcis i sine begrundelser for den forretningsmæssige karakter af omstrukturen. I den forretningsmæssige begrebsramme synes en skatteudskydelse ikke at være en beslutningsvariabel, men det er hævet over enhver tvivl, at en sådan udskydelse indgår i overvejelserne på lige fod andre forretningskriterier. Så længe det ikke er det bærende element, synes det at være helt i tråd med fusionsskattedirektivet, at en skatteudskydelse bliver en naturlig konsekvens omstrukturen.

Det er i sagens natur svært at sige noget om hvorledes selskabsretten og de nye objektive regler kommer til at spille ind overfor hinanden, men det forventes ikke give anledning til specielle problemstillinger, særligt fordi begge regelsæt indeholder høj grad af objektivitet.

I det nye objektive regelsæt bliver der gjort op spekulationerne for og imod de forretningsmæssige dispositioner. Regelsættet er udformet således, at hvis omstrukturen skal foretages skattefrit, skal de indbyggede værnsregler overholdes.

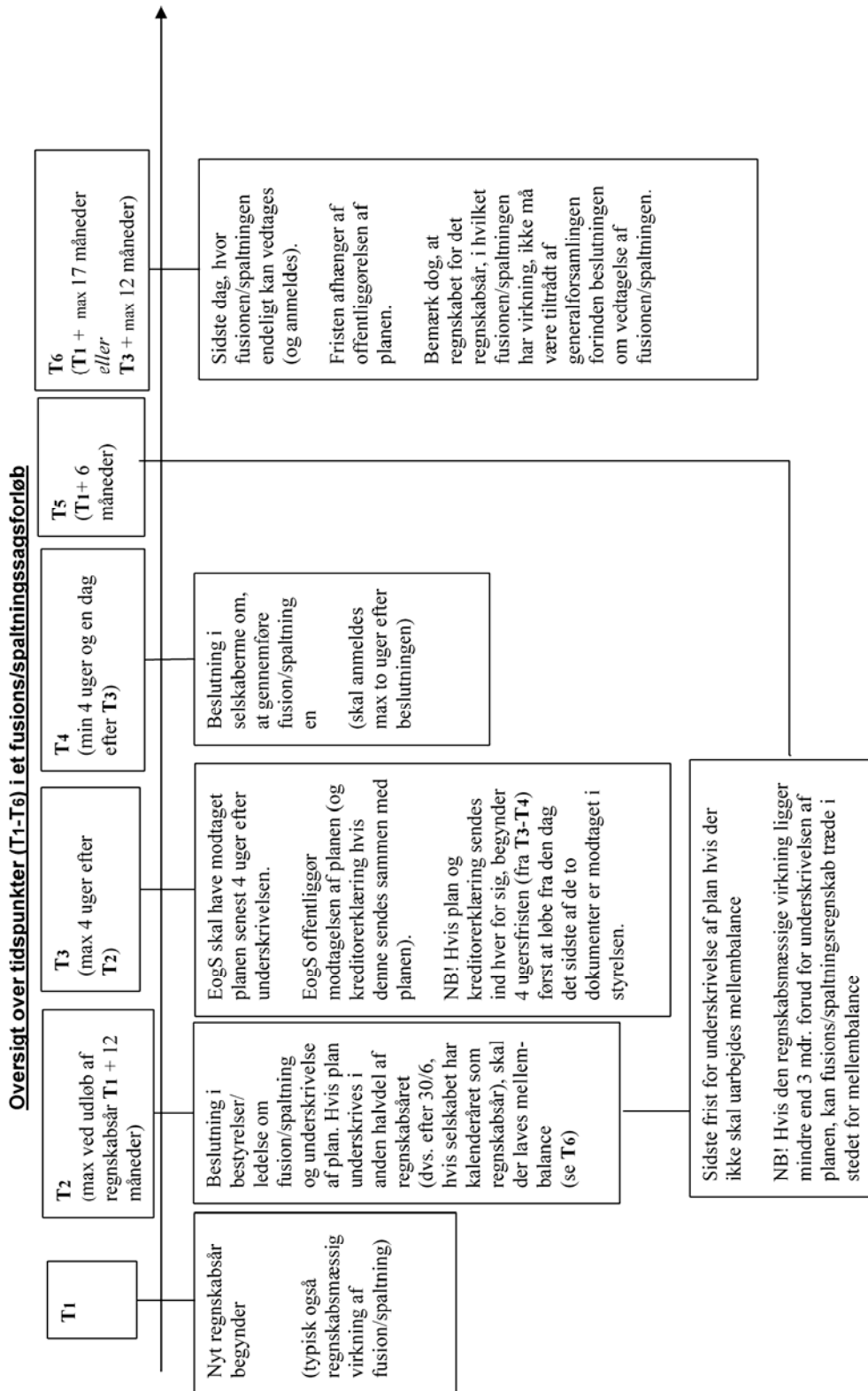
Det, som regelsættet bygger på, er primært en række 3 års regler i forbindelse med ejertid og udlodninger. Det interessante i den forbindelse er naturligvis om de omgørelsesregler, der bliver præsenteret i afhandlingen i forhold til værnsreglerne rent faktisk vil blive brugt, om det bare var akademisk overflødighed, eller om de udelukkende var relevante at frembringe for at illustrere hvorledes årsregnskabsloven er en subjektiv størrelse, som kan bøjes, såfremt man udviser nok kreativitet, uden at det bliver direkte lovstridigt. Dette gælder naturligvis både når det gælder reguleringer til dagsværdi og kursreguleringsspørgsmålet samt periodiseringsproblematikken.

Det næste store spørgsmål, som kommer frem i forbindelse med omstrukturen er naturligvis, hvornår man skal bruge det ene regelsæt og hvornår det andet er mest brugbart. Vores vurdering fra tidligere delkonklusioner er, at det er de simple konstruktioner, der fremover vælger at bruge det nye regelsæt, særligt fordi de ikke har behov for samme fleksibilitet i forhold til råderetten over deres aktiver. Derfor er vores vurdering, at tilladelsessystemet fortsat vil være den foretrukne ansøgningsprocedure,

når man vælger at omstrukturere, fordi der ikke er samme regler, der skal overholdes efterfølgende.

Særligt spaltning, hvor der er et krav om, at forholdet mellem aktiver og gæld skal være ens i det modtagende selskab, som det er i det indskydende selskab, synes problematisk. Virksomheder vil i praksis sjældent have samme forhold mellem aktiver og gæld, derfor vurderer vi, at antallet af spaltninger gennemført efter de nye regler vil være begrænset, og at selskaber i en spaltningssituation også fremover vil søge om tilladelse til at gennemføre spaltningen skattefrit.

## 9 Bilag 1, Tidspunkter i en fusion/spaltning, fra E&S





## 10 Bilag 2, Afgørelse fra E&S



[UDELADT]

4. december 2006  
Sag

### Fusion mellem [UDELADT]

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget Deres mail af 28. november 2006, hvori De anmoder styrelsen om at bekræfte sin holdning vedrørende kravet til mellembalancer ved en konkret fusion.

### De faktiske omstændigheder

[UDELADT] og det 100 pct. ejede datterselskab [UDELADT] ønsker at fusionere pr. 30. juni 2006, og der er indsendt fusionsplan m.v. dateret 20. september 2006.

[UDELADT]

### Krav om mellembalance

De har i Deres mail oplyst, at den faglige afdeling i [UDELADT] efter indførelsen af nye regler omkring fusionsregnskaber, der trådte i kraft den 1. april 2006, og som betyder, at der ikke længere er krav om reviderede fusionsregnskaber, fortolkede, at det som hidtil var muligt at erstatte en mellembalance med et fusionsregnskab.

På baggrund af denne fortolkning blev der i henhold til Deres oplysninger udarbejdet handlingsplaner for fusionen, da det var et stort ønske fra selskabets bestyrelse at fusionen sker i år, da man ønsker en mere enkel koncernstruktur.

Du anfører i den forbindelse, at du telefonisk har fået oplyst, at det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der skal udarbejdes et revideret fusionsregnskab pr. 30/6 2006, hvis fusionen skal kunne gennemføres, hvilket du anmoder om at få bekræftet.

### Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Reglerne om mellembalance ved fusion fremgår af aktieselskabslovens § 134 b, stk. 2, 2. til 4 pkt., hvoraf det fremgår:

"Hvis fusionsplanen er underskrevet mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste årsrapport vedrører, skal der for det på-

Kampmannsgade 1 1780 København V Telefon 33 30 77 00 Telefax 33 30 77 99 www.ecgs.dk ecgs@ecgs.dk CVR nr. DK 10 15 08 17 EAN-nr. 579820027008

**ERHVERVS- OG  
SELSKABSSTYRELSEN**  
Kampmannsgade 1  
1780 København V

Tlf. 33 30 77 00  
Fax 33 30 77 99  
CVR-nr. 10 15 08 17  
ecgs@ecgs.dk  
www.ecgs.dk

**ØKONOMI- OG  
ERHVERVS-MINISTERIET**

gældende fusionerende selskab udarbejdes en mellembalance. Mellembalancen, der skal udarbejdes i overensstemmelse med årsregnskabsloven, må ikke have en opgørelsesdato, der ligger mere end 3 måneder forud for underskrivelsen af fusionsplanen. Mellembalancen skal være revideret, hvis selskabet er omfattet af revisionspligt efter årsregnskabsloven eller anden lovgivning.”

Aktieselskabslovens regler om mellembalance ved fusioner bygger på en bestemmelse i 3. selskabsdirektiv.

Det er endvidere vigtigt at bemærke, at de såkaldte lodrette fusioner hverken i direktivet eller i aktieselskabslovens § 134 j er undtaget fra kravet om en mellembalance.

I den konkrete sag er fusionsplanen underskrevet den 20. september 2006. Begge de deltagende selskaber har kalenderåret som regnskabsår, og har således senest aflagt regnskab for perioden 1. januar 2005 til 31. december 2005. Der skal således i medfør af aktieselskabslovens § 134 b, stk. 2, 2. pkt., udarbejdes en mellembalance for begge selskaber, der deltager i fusionen.

Fusionen sker med regnskabsmæssig virkning pr. den 30. juni 2006.

Kravet om fusionsregnskab blev ophævet ved lov nr. 246 af 27. marts 2006, der trådte i kraft den 1. april 2006. Der er ikke noget forbud mod fortsat at udarbejde et fusionsregnskab. Hvis der frivilligt udarbejdes et fusionsregnskab skal det dog i medfør af årsregnskabslovens § 129 udarbejdes i overensstemmelse med årsregnskabslovens krav. Det er dog frivilligt, hvorvidt fusionsregnskabet ønskes revideret.

Et frivilligt fusionsregnskab kan i visse tilfælde erstatte en mellembalance, således som det også var tilfældet, inden kravet om et fusionsregnskab blev ophævet. Der er derimod ikke noget krav om, at der skal udarbejdes et fusionsregnskab, hvis der er krav om mellembalancer.

Det er imidlertid i den forbindelse vigtigt at være opmærksom på bestemmelsen i § 134 b, stk. 2, 4. pkt., hvorefter mellembalancen som nævnt ovenfor skal være revideret, hvis selskabet er omfattet af revisionspligt efter årsregnskabsloven eller anden lovgivning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har lagt til grund, at begge de i fusionen deltagende selskaber er underlagt revisionspligt.

Der er således et udtrykkeligt krav i aktieselskabsloven om, at der i et sådan tilfælde skal være udarbejdet reviderede mellembalancer, idet fusionsplanen er underskrevet mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste årsrapport vedrører.

Det er som følge heraf Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at hvis et fusionsregnskab skal kunne erstatte et krav om mellembalancer, så forudsætter dette, at fusionsregnskabet opfylder de krav, mellembalancen skal opfylde. Hvis der er krav om, at mellembalancerne skal være revideret, skal fusionsregnskabet således også være revideret. Dette skal ses i sammenhæng med, at det følger udtrykkeligt af lovgivningen, at mellembalancerne skal være revideret, hvis de involverede selskaber er underlagt revisionspligt. Hvis et andet dokument skal kunne erstatte en mellembalance, er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse en nødvendig forudsætning, at dette andet dokument opfylder de materielle krav, der stilles til mellembalancerne, herunder et krav om revision, hvis der er tale om selskaber underlagt revisionspligt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder således, at et urevideret fusionsregnskab som følge heraf i den konkrete sag ikke kan erstatte et krav om reviderede mellembalancer for de deltagende selskaber, jf. aktieselskabslovens § 134 b, stk. 2, 4. pkt.

Denne afgørelse kan senest fire uger fra dags dato, hvilket vil sige den 2. januar 2007, indbringes for Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, Postboks 2000, 1780 København V, jf. aktieselskabslovens § 159 b, stk. 1.

Med venlig hilsen

Lars Bunch  
chefkonsulent  
Tlf. direkte 3330 7560





## 11 Litteraturliste

### 11.1 Bøger

Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskabsret*, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Andersen, Per Vestergaard, *Corporate finance & governance, økonomi, strategi, værdiskabelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Jensen, Erik el., *Spaltning*, Forlaget Thomson 2005

Jensen, N. K., *Selskabsretlig håndbog*, Nyt Juridisk Forlag 2005

Lauridsen, Preben Stuer, *Om ret og retsvidenskab*, Gyldendal 1996

Michelsen, Aage el., *Lærebog om indkomst skat*, 11. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Pedersen, Hans Viggo Godsk, *Kaution*, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Ramskov, Bent, *Aktieombytning og uegentlig fusion*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, 2. udgave, Gadjura 2004

Werlauff, Erik, *Selskabsret*, 6. udgave Forlaget Thomson 2006

Werlauff, Erik, *Selskabsskatteret 2005/06*, 7. udgave, Forlaget Thomson

Werlauff, Erik, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002

### 11.2 Artikler

Bjare, Peter Rose, *Kommentarer til udvalgte afgørelser*, RR 1994.215

Bjare, Peter Rose, *Skattefri tilførsel af aktiver*, SR Skat 1995.129

Bunch, Lars el., *Fusion og Spaltning i praksis*, RR 2007.03.36

Eriksen, Claus Hedegaard, *Myndighedernes adgang til at korrigere i parternes værdiansættelse*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2005.4

Hansen, Jan Guldmand, *Skattefrie omstruktureringer, ”kommentarer til dansk praksis med udgangspunkt i bl.a. Andersen og Jensen ApS dammen”*, SR Skat 2002.106

Kjær, Susanne, *Omstruktureringer – Aktieombytning, fusion, spaltning og tilførsel af aktiver*, SR Skat 2000.126

Kjær, Susanne, *Omstruktureringer om lovgivningen og praksis (2)*, SR Skat 2002.33

Petersen, Christian V. og Plenborg, Thomas, *Værdiansættelse – Et overblik over modeller til værdiansættelse*, RR 2003.09.0024

Ramskov, Bent, *Værdiansættelse af aktier – et spørgsmål om forudsigelighed*, SR Skat 2002.362

Risbjørn, Philip, *Spaltning*, UfR 2000B.470

Schmidt, Christian Lindekilde, *Dansk skattemæssig værdiansættelse*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2005.28

Serup, Michael, *Skatteundgåelse som et hovedformål – i en brydningstid*, TfS 2006.321

### **11.3 Kompendier**

Werlauff, Erik, *Kompendium i selskabsskatteret*, PDF udgave 2006

Werlauff, Erik, *Virksomhedens organisation – i juridisk belysning*, PDF udgave 2007

### **11.4 Direktiver**

Fusionsdirektivet, 3. direktiv, 78/855/EØF

Spaltningsdirektivet, 6. direktiv, 82/891/EØF

Fusionsskattedirektivet, 90/434/EØF

## **11.5 Love**

Aktieavancebeskatningsloven (ABL), LBK nr. 1017 af 10. oktober 2006

Aktieselskabsloven (AL), LBK nr. 649 af 15. juni 2006

Fusionsskatteloven (FUSL), LBK nr. 1129 af 21. november 2005

L110/2007 vedtaget ved lov nr. 343 og 344 af 18. april 2007

L99/2002 vedtaget ved lov nr. 313 af 21. maj 2002

Ligningsloven (LL), LBK nr. 1061 af 24. oktober 2006

Selskabsskatteloven (SEL), LBK nr. 1745 af 14. december 2006

Skatteforvaltningsloven (SFL), LBK nr. 907 af 28. august 2006

Statsskatteloven (SL), LOV nr. 149 af 10. april 1922

Årsregnskabsloven (ÅRL), LBK nr. 647 af 15. juni 2006

## **11.6 Cirkulærer**

Told og skat cirkulære nr. 31 fra 1996 (Om fusionsskatteloven)

Told og skat cirkulære nr. 9 fra 2000 (Værdiansættelse af aktier og anparter)

Told og skat cirkulære nr. 10 fra 2000 (Værdiansættelse af goodwill)

Ligningsvejledningen (2007-2)

## **11.7 Bemærkninger, betænkninger og høringsvar**

Bemærkninger til L110/2007 vedtaget ved lov nr. 343 og 344 af 18. april 2007

Bemærkninger til L125/2004 vedtaget ved lov nr. 226 af 31. marts 2004

Betænkning nr. 1229/1992

Betænkning over L110 fra 21. marts 2007

Høringssvar fra Advokatrådet

Høringssvar fra AgroSkat

Høringssvar fra Dansk Handel og Service

Høringssvar fra FSR.

## **11.8 Domme**

Byretsdom af 9. juni 1993 (retten i Rudkøbing)

C-28/95 Leur-Bloem

C-321/05 ikke afgjort (generaladvokatens anbefalinger/bemærkninger)

SKM 2001.165.DEF

SKM 2001.241.LR

SKM 2001.303TSS

SKM 2001.37LSR

SKM 2001.73, Tfs 2001.794 og SKM 2002.620 (Andersen og Jensen)

SKM 2002.682TSS

SKM 2005.167ØLR

SKM 2005.272

SKM 2005.33LSR

SKM 2005.357TSS

SKM 2005.463

SKM 2006.372LSR

Tfs 1992.155Ø

TfS 1992.446DEP

TfS 1994.57LR

TfS 1994.816LR

TfS 1996.167LR

TfS 1996.513LR

TfS 1996.821LR

TfS 1996.899DEP

TfS 1997.106-2

TfS 1998, 607HDR

TfS 1998.633

TfS 1998.678

TfS 1998.679LR

TfS 1998.731H

TfS 1999.787LR

TfS 2000.329

TfS 2000.568

TfS 2001.147

TfS 2001.173V

TfS 2001.181

TfS 2001.34

TfS 2001.607

TfS 2001.748

TfS 2003.355

TfS 2006.643

TfS 2006.682

UfR 1977.61.H

UfR 1983.1105V

UfR 1985.110H

UfR 1985.664V

UfR 1985.875SH

UfR 1997.61H

UfR 2000.2459H

UfR 2001.512Ø

## **11.9 Andet**

Verdensbanken, *Doing Business in 2006*

OECD Modelkonvention 1992