

Alternative overdragelsesmåder – Fusion og spaltning

Virksomhedsoverdragelse

Indledning

Definition: fusion

- at et aktieselskab eller et anpartsselskab uden likvidation opløses ved overdragelse af selskabets aktiver og gæld som helhed til et andet selskab (uegentlig fusion)
- når to eller flere aktie-selskabers eller anpartsselskabers aktiver og passiver sammensmeltes til et nyt selskab, jf. hertil SL § 236. (egentlig fusion)

FUL giver mulighed for skattefrie fusioner og omstruktureringer.

Begrebet "fusion" anvendes i den her givne sammenhæng alene, når der i fusionen indgår aktieselskaber og/eller anpartsselskaber.

Det eller de selskaber, som opløses, benævnes de ophørende selskaber, og det selskab, som overtager de ophørende selskabers aktiver og gæld, benævnes det fortsættende selskab.

Det fortsættende selskab kan være et eksisterende aktieselskab eller et nyt aktieselskab, som stiftes i forbindelse med gennemførelse af fusionen.

Skattefri eller skattepligtig

Skattepligtig → de for de konkret overdragne aktiver relevante skattelove

Skattefri → fusionsskattelovens kap. 1 (fusion af selskaber)

Typer

Lodret fusion

- Når et moderselskab fusionerer med et datterselskab, tales der om en lodret (vertikal) fusion, når moderselskabet er det fortsættende selskab.

Omvendt lodret fusion

- Hvis datterselskabet er det fortsættende selskab, kaldes det en omvendt, lodret fusion.

Øvrige fusioner benævnes **vandrette (horisontale) fusioner**

De beskyttede interessegrupper

Aktionærerne

For aktionærerne såvel i det ophørende som det fortsættende selskab er det af væsentlig betydning, at der, forinden beslutning om fusion træffes, tilvejebringes et fornødent beslutningsgrundlag, som nærmere belyser fordele og ulemper ved fusionen.

Navnlig påkalder den indbyrdes værdiansættelse af de involverede selskaber sig interesse, idet værdiansættelsen af de involverede selskaber har betydning for det vederlag, som aktionærerne i det ophørende selskab skal modtage, og som det fortsættende selskab skal yde. (Gensidig Due Diligence).

De dokumenter, som skal udarbejdes i anledning af fusionen, har blandt andet det formål nærmere at belyse, hvorvidt det vederlag, der tilbydes aktionærerne i det/de ophørende selskab(er), er rimeligt og sagligt begrundet.

Vederlaget:

- Aktionærerne i det/de ophørende selskab(er) kan vederlægges med:
- Kontant betaling, aktiver, aktier i det fortsættende selskab eller en kombination heraf.

Beskyttelse af mindretalsaktionærer:

- Det ophørende selskab:
 - Erstatningsreglen i ASL § 134f giver aktionæren mulighed for at kræve erstatning i tilfælde af, at vurderingen af vederlaget for aktierne i det ophørende selskab ikke er rimeligt og sagligt begrundet. Dette er en alvorlig stopklods for fusionen, da dette krav skal afgøres, før fusionen endeligt kan gennemføres, jf. ASL § 134h, stk.1, nr. 4.
 - Det er dog paradoksalt, at en afgørelse om vederlaget kun har gyldighed overfor de aktionærer, der har rejst kravet.
- Det fortsættende selskab:
 - Her ligger den eneste beskyttelse i ASL § 134e, stk.2, hvor en A eller flere A'er, der ejer mindst fem pct. aktierne kan kræve, at beslutningen lægges ud til GF (ellers er det en bestyrelsesbeslutning). Her skal beslutningen tages iht. ASL § 78, hvor der kræves et flertal på 2/3. Hvorvidt, man kan kalde det en mindretalsbeskyttelse er diskuterbart.
 - Derudover må mindretalsbeskyttelsen findes i de øvrige selskabsretlige regler.

Lønmodtagerne

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse på lønmodtagerne i det ophørende selskab. (÷ direktører)

Kreditorerne, SL § 242

Udg.pkt.:

- vurderingsmændene (typisk revisor) skal afgive vurderingserklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte kapitalselskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen.

U:

- kapitalejerne kan beslutte (kræver enighed) at fravælge udarbejdelsen af en sådan erklæring om kreditorernes stilling.

Hvis kreditorerne ikke er tilstrækkeligt sikrede eller erklæringen fravælges → § 243:

- senest 4 uger efter, at fusionen er besluttet i alle de bestående kapitalselskaber, anmelde deres (usikrede) fordringer, der er stiftet før fusionsplanens offentliggørelse hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
- Kreditorerne, som anmelder et krav efter SL § 243
 - => kan forlange en forfalden fordring indfriet eller forlange betryggende sikkerhed for betalingen af en uforfalden fordring.

Anmeldelse om fusionens gennemførelse

- kan først registreres, når forfaldne fordringer er betalt, eller der er stillet betryggende sikkerhed for uforfaldne fordringer.

Såfremt kreditorernes fyldestgørelsesadgang er tilstrækkelig sikret

- => muligt at gennemføre et **automatisk skyldnerskifte**.

Fusion er således ikke forfaldsgrund.

- Dog kan dette være fraveget i virksomhedens kommercielle kontrakter (Change of control clauses).

De selskabsretlige regler

Fusionsgrundlag

Ved gennemførelsen af en fusion skal der som udgangspunkt tilvejebringes et **fusionsgrundlag** omfattende følgende:

- Fusionsplan, jf. SL § 237, som udarbejdes af de centrale ledelsesorganer i de involverede selskaber i forening.
 - Kan fraviges, hvis der alene deltager anpartsselskaber i fusionen, jf. stk. 2.

- Fusionsredegørelser, jf. SL § 238, som udarbejdes for hvert selskab for sig af bestyrelsen i de enkelte selskaber. Fusionen skal forklares og begrundes.
 - Kan fraviges i anpartsselskaber, hvis kapitalejerne enige herom, jfr. stk. 2.
- Vurderingsberetning, jf. SL § 240, hvis der i forbindelse med fusionen sker en kapitalforhøjelse i det fortsættende aktieselskab, eller der opstår et nyt aktieselskab som led i fusionen. Udarbejdes af en uafhængig vurderingsmand.
 - Kan fraviges, hvis der er tale om en fusion mellem 2 aktieselskaber, jfr. stk. 2.

Vurderingsmanden skal udtale sig om fusionsplanen, herunder særligt om værdiansættelsesspørgsmål, jfr. SL § 241, se Bilag M.

Vurderingsmandens udtalelse om fusionsplanen kan fraviges af kapitalejerne ved enighed.

Erklæring om kreditorernes fyldestgørelsesmulighed, jfr. SL § 242 (se tidligere planche). Udarbejdes af samme vurderingsmand, som udarbejdes vurderingsberetningen.

Selskaberne kan frivilligt vælge at vedlægge et fusionsregnskab. I så fald skal fusionsregnskabet udarbejdes i overensstemmelse med årsregnskabsloven, men der er ikke krav om revision – se Bilag L

Beslutningen om fusion

Ophørende selskab

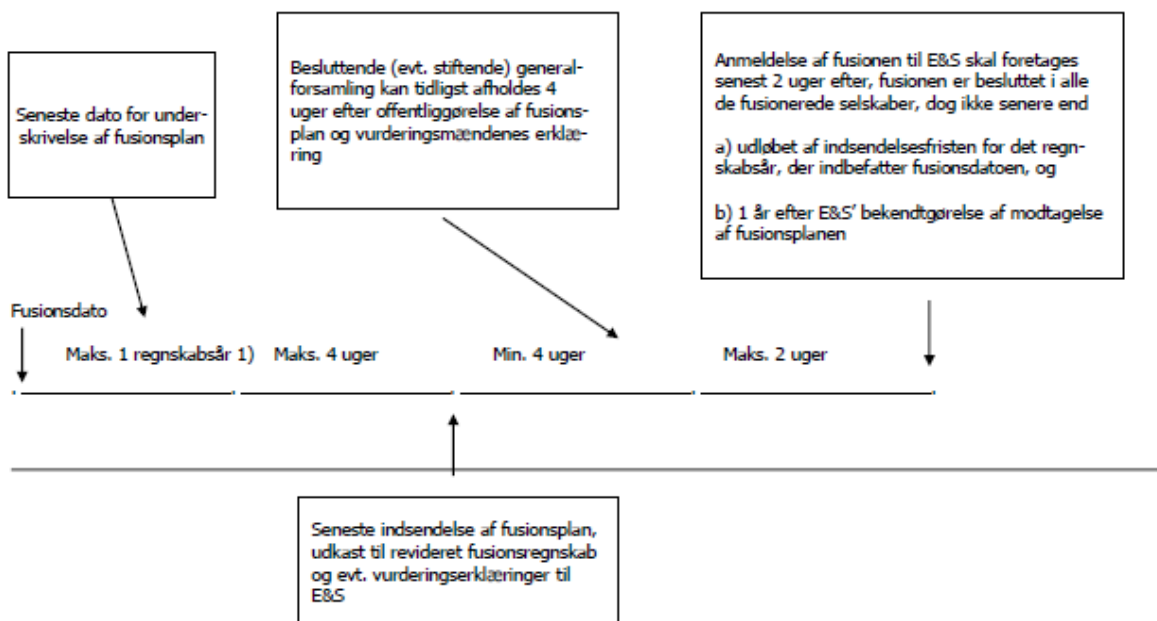
Udgangspunkt

- Vedtages på selskabets **generalforsamling** med vedtægtsændringmajoritet, jf. SL § 106, medmindre andet fremgår af vedtægterne.

Modif: § 246, stk. 3

- Ejer fortsættende selskab 90% af ophørende selskab => **centrale ledelsesorgan beslutter**
 - skal dog træffes af generalforsamlingen, hvis **aktionærer, der ejer mindst 5 %** af aktiekapitalen, skriftligt forlanger det senest 2 uger efter, at modtagelsen af fusionsplanen er bekendtgjort, eller
 - hvis de aktionærer, der ifølge vedtægterne kan forlange generalforsamlingen indkaldt, anmoder om det, jf. SL, § 246, stk. 3.
 - Dette gælder kun for fusion ikke for spaltning.

Oversigt over fristreglerne for gennemførelse af en fusion



1) Hvis fusionsplanen underskrives mere end 6 mdr. efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste årsrapport vedrører, skal der for hvert af de fusionerede selskaber udarbejdes en revideret mellembalance. I visse tilfælde overflødiggor fusionsregnskabet dog kravet om revideret mellembalance.

Fortsættende selskab

Bestyrelsen træffer som hovedregel beslutningen

- der er i realiteten alene tale om køb af en virksomhed på samme måde, som hvis der i øvrigt var erhvervet en aktivitet fra et andet selskab.

I praksis ofte på en generalforsamling

- dels fordi det ofte er nødvendigt samtidig at gennemføre en kapitalforhøjelse i det fortsættende selskab (såfremt aktionærerne i det ophørende selskab skal vederlægges i form af aktier),
- dels fordi aktionærer, der ejer 5 % af aktiekapitalen, jf. SL 246, stk. 3, eller aktionærer, der ifølge vedtægterne, kan forlange generalforsamlingen indkaldt, kan kræve, at beslutningen træffes på en generalforsamling.

Årsregnskabslovens § 129

I det omfang der udarbejdes en opgørelse over sammendraget af fusionerende virksomheders aktiver og passiver (fusionsregnskabet), finder bestemmelserne i 115-123, bortset fra 118, stk. 3, tilsvarende anvendelse på åbningsbalancen for den fusionerede, fortsættende eller den ved fusionen dannede virksomhed.

- Reglerne for modervirksomheden finder anvendelse på den fortsættende virksomhed, og reglerne for dattervirksomheder finder anvendelse på den ophørende virksomhed. Stk. 2.

Medmindre andet fremgår af lov eller aftale, skal fusionsregnskabet bestå af åbningsbalancen for den fusionerede, fortsættende eller den ved fusionen dannede virksomhed suppleret med ultimobalancer for de fusionerende virksomheder og opgørelser over de bevægelser, der er nødvendiggjort af fusionen eller de dispositioner, der skal foretages som følge af fusionsaftalen.

- Åbningsbalancen suppleres af de noter, der er nødvendige for at give et retvisende billede af den fortsættende eller den ved fusionen dannede virksomhed, samt de supplerende beretninger, der måtte være besluttet i fusionsaftalen.

Fusionsprocessen

Tilbagevirkende kraft:

- En fusion kan gennemføres med op til 12 måneders **tilbagevirkende kraft**, således at forstå, at fusionsdatoen maksimalt kan ligge tolv måneder forud for fusionsplanens underskrivelse (SL § 237, stk. 4).

Mellembalance

- Såfremt fusionsplanen er underskrevet senere end 6 måneder efter udløb af det regnskabsår, selskabernes seneste årsrapport vedrører, skal der udarbejdes en **revideret mellembalance**, der ikke må have en balancedag tidligere end 3 måneder før fusionsplanens underskrivelse, jf. SL § 239.

Forløbet

Forløbet starter med, at bestyrelserne i de involverede selskaber underskriver en fusionsplan.

Der er ikke herved truffet nogen beslutning om gennemførelse af en fusion. Selskabernes bestyrelser har gennem fusionsplanen udtrykt, at de går ind for en fusion og anbefaler dette over for selskabernes aktionærer.

Fusionsplanen og erklæringen om kreditorernes fyldestgørelsesmulighed indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som via it-systemer offentliggør modtagelsen af dokumenterne, jf. SL § 244.

Når der er forløbet mindst fire uger fra offentliggørelsen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, kan fusionen vedtages i de involverede selskaber.

Med indførelsen af den nye selskabslov er der åbnet op for, at fusionen kan tillægges virkning efter beslutningstidspunktet – dvs. have virkning fremad i tid.

Forbehold om retssag

Når beslutningen om fusion på behørig måde er truffet i alle involverede selskaber, kan aktionærer i de ophørende selskaber, som på generalforsamlingen i det ophørende selskab har taget forbehold herom, anlægge erstatningssag, hvis de ikke finder, at vederlaget for deres aktier er rimeligt og sagligt begrundet.

Frist på to uger efter gennemførelsen af fusionen.

Sagsanlæg indebærer, at den endelige gennemførelse af fusionen udsættes, jf. SL 249, stk. 3. Dette gælder dog kun, hvor vurderingsmændene har udtalt, at vederlaget ikke er rimeligt og sagligt begrundet.

Hvis erklæringen udtaler at kreditorernes stilling forringes

Kreditorerne kan inden fire (4) uger efter, at fusionen er besluttet i alle de fusionerede selskaber, anmelde deres fordringer over for de involverede selskaber med den virkning, at anmeldte fordringer, der er forfaldne, skal indfries, og anmeldte fordringer, der er uforfaldne, skal afdækkes ved betryggende sikkerhedsstillelse

Så længe betaling eller sikkerhedsstillelse ikke har fundet sted, kan fusionen ikke gennemføres!!!

Endelige anmeldelse og registrering

Når alle betingelser for fusionen er opfyldte, jf. hertil SL § 250, skal fusionen anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Registreringen kan dog først ske, når alle betingelser i SL § 250 er opfyldt.

SL § 251:

- Anmeldelse om den vedtagne fusion skal for hvert selskab være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest to uger efter, at fusionen er besluttet i alle de fusionerende selskaber.
- Det fortsættende selskab kan anmelde fusionen på selskabernes vegne

Tidspunkt:

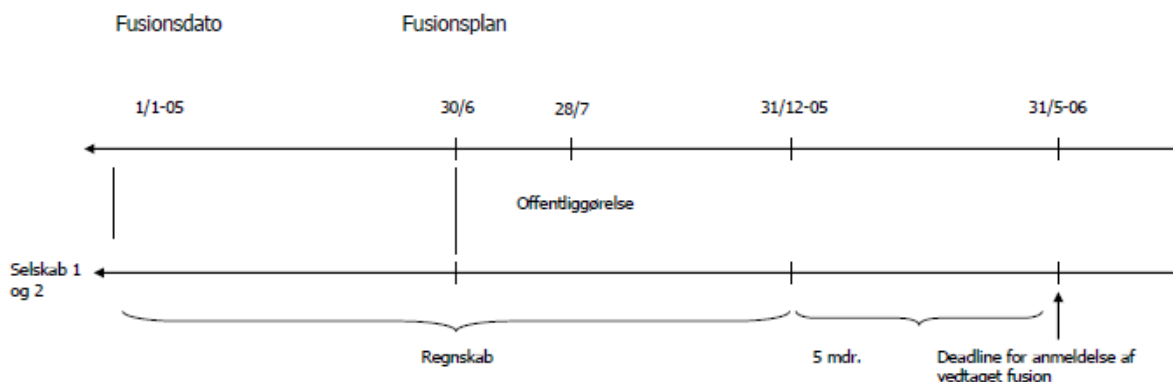
- Anmeldelsen om den vedtagne fusion kan først registreres, når fusionens retsvirkninger er indtrådt jf. stk. 2. Anmeldelse om den vedtagne fusion skal være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest ved udløbet af indsendelses-fristen for årsrapporten for den periode, hvori tidspunktet for fusionens regnskabsmæssige virkning, jf. SL § 237, stk. 3, nr. 8, indgår.

Overskrides fristen

- => mister beslutningen om fusionens gennemførelse sin gyldighed, og den udarbejdede fusionsplan i henhold til SL § 237 anses for bortfaldet.

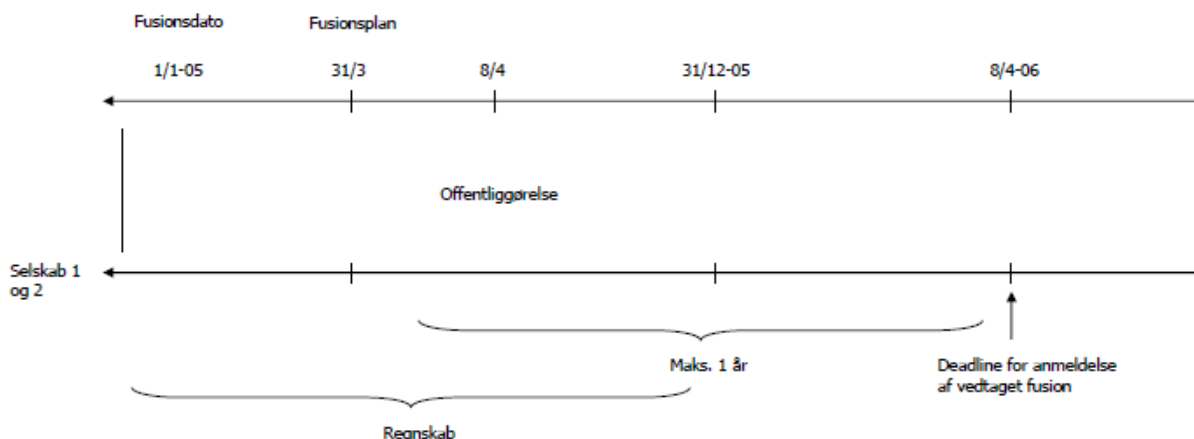
Deadlines for anmeldelse af vedtaget fusion:

Eksempel 1:



Deadlines for anmeldelse af fusion:

Eksempel 2:



Universalsuccession

Konsekvens:

- Køber i en fusion risikerer at overtage skjulte forpligtelser i medfør af SL 250:
 - Stk. 1. Et ophørende selskab anses for opløst, og dets rettigheder og forpligtelser anses for overgået som helhed til det fortsættende selskab, når:
 - 1) fusionen er besluttet i alle de fusionerende selskaber,
 - 2) betingelserne i stk. 5 er opfyldt,
 - 3) krav efter SL § 249 er afgjort og
 - 4) krav efter SL § 243 f er afgjort, medmindre der er stillet betryggende sikkerhed, og vurderingsmændene har erklæret, at deres udtalelser i medfør af SL § 243, stk. 3, ikke anfægtes i væsentlig grad. Vurderingsmændene afgør, om sikkerheden er betryggende.
 - Stk. 2. Samtidig med, at betingelserne efter stk. 1 er opfyldt, bliver de aktionærer i et ophørende

selskab, der vederlægges med aktier, aktionærer i det fortsættende selskab.

- Stk. 3. Ejer de fusionerende selskaber aktier i et ophørende selskab, om-byttes disse ikke med aktier i det fortsættende selskab.

Afslutning

Med de modifikationer, der fremgår ovenfor, er en fusion en virksomhedsoverdragelse på godt og ondt.

Ligheder:

- Virksomhedsoverdragelsen har på mange punkter lighedspunkter med en aktivitetsvirksomhedsoverdragelse, hvor der overføres aktiver og passiver til det køvende selskab.

Forskelle:

- Fusionen indebærer dog den væsentlige forskel, at det fortsættende selskab overtager samtlige forpligtelser, som påhvilede det ophørende selskab, i modsætning til en aktivitetsvirksomhedsoverdragelse ved overtagelse af aktiver og passiver, hvor der alene overtages de passiver, som følger af præceptiv lovgivning, eller der udtrykkeligt er truffet aftale om overtagelse af.

Fusionen kommer på dette punkt til at minde om en aktieoverdragelses-aftale.

Skat

Ved gennemførelse af en fusion skal der tages stilling til, om der skal gennemføres en skattepligtig eller en ”skattefri” fusion.

Skattepligtig fusion

Skattepligtig fusion => indtræder sædvanlige skattemæssige konsekvenser.

- **I det ophørende selskab** gennemføres en sædvanlig beskatning af den skattepligtige indkomst
 - indtil ophørstidspunktet og pr. ophørstidspunktet
 - en sædvanlig avancebeskatning for så vidt angår skatterevante aktiver,
 - eksempelvis en skattepligtig avance ved overdragelse af fast ejendom samt beskatning af genvundne afskrivninger.
 - **Aktionærerne**
 - Beskattes efter aktieavancebeskatningslovens regler
 - *Uanset*, om de modtager et *kontant vederlag* eller *vederlag i form af aktier* i det fortsættende selskab.
- **I det fortsættende selskab**
 - ÷ skattemæssig succession.
 - Skattekonsekvens som køber.
 - Anskaffelsessum anvendes som afskrivningsgrundlag og som udgangspunkt for evt. avancebeskatning.

Tilbagevirkende kraft

Ifølge selskabsskattelovens 8 A, stk. 2 **kan** en skattepligtigfusion gennemføres med **6 måneders skattemæssig tilbagevirkende kraft** under følgende betingelser:

- Udtrykkelig beslutning herom skal træffes –skrives ind i fusions-planen.
- Genpart af selskabsdokumenter skal senest en måned efter fusionens vedtagelse indsendes til skatteansættende myndighed.
- Tilsvarende gælder dokumentation for, at fusionen er endeligt vedtaget i de deltagende selskaber.

De skattefrie fusioner og spaltninger kan *formentlig* gennemføres med op til 18 måneders tilbagevirkende kraft.

Skattefri fusion

FUL regulerer muligheden for skattefrie fusioner:

- Der kan gennemføres en skattefri fusion, således, at
- der ikke indtræder sædvanlige skattemæssige konsekvenser for det ophørende selskab,
- det fortsættende selskab og aktionærerne i det ophørende selskab,
- => sædvanlig **beskatning erstattes af en skattemæssig succession**.

Virkningerne

Aktionærerne i ophørende selskab:

- I det omfang de **vederlægges med aktier** i det fortsættende selskab
 - → bliver **ikke beskattet** efter ABL,
 - aktier erhvervet i det fortsættende selskab, anses for anskaffet på samme tid og til samme kurs som de annullerede aktier i det ophørende selskab, jf. § 11.
- **Penge** eller andre værdier end aktier i det modtagende selskab → + **beskattes**.

Fortsættende selskab:

- Selskabet indtræder/succederer i det ophørende selskabs skattemæssige stilling i relation til de overdragne skatterelevante aktiver.
- => reelt ikke skattefrit, men blot en udskydning af skatten.
- Fradragsretten: (meget vigtige konsekvenser)
 - **Retten til fremførelse** af uudnyttet, fradragsberettiget skattemæssigt **underskud** fra tidligere år og fra det år, hvori fusionen finder sted,
 - **bortfalder** i både det ophørende og det fortsættende selskab.
 - => kan være en fordel at vælge en skattepligtig fusion, hvor man beholder retten til at udnytte fradragsretten.
 - Dog kan der fremføres underskud hvis et fusionerende M/S og D/S har været sambeskattet, da sambeskattede selskaber i forvejen ses som en enhed.

Betingelser for skattefri fusion

Tre betingelser:

1. Aktionærerne i det indskydende selskab alene vederlægges med aktier samt eventuelt en kontant udligningssum, jf. 2.
2. Fusionsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdagen for det fortsættende selskabs regnskabsår, jf. 5.
3. Fusionsdokumenterne skal være indsendt til Told- og Skattestyrelsen senest en måned efter, at fusionen er vedtaget i alle de deltagende selskaber, jf. 6, stk. 4.

Såfremt nævnte betingelser er opfyldt, kan en skattefri fusion uden videre gennemføres og kræver således ikke tilladelse. Der er således retskrav på at kunne gennemføre fusionen skattemæssigt.

Virkningerne af skattefri fusion

Minus beskatning af ophørende selskab.

Fortsættende selskab succederer.

For aktionærerne i det ophørende selskab indtræder der ingen aktieavancebeskatning i det omfang, de vederlægges med aktier i det fortsættende selskab.

Underskudsfræførelsesretten bortfalder i begge selskaber.

Afgiftsmæssige konsekvenser af fusion

Lov om ejerregistrering i tingbogen fastslår, at der alene skal betales kr. 1.400 pr. tinglysning imod normalt 0,6 % af ejendommens værdi i forbindelse med ejerskifte ved fusion mv.

Når de afgiftsmæssige regler sammenholdes med de skattemæssige regler, vil det konstateres, at det er muligt at gennemføre en fusion, uden at der udløses skat, og uden at der skal betales sædvanlige afgifter.

U 2000.2459 H – der skal udarbejdes adkomstdokumenter, hvis man vil disponere som adkomsthaver over en overdraget ejendom.

Fusionskontrol

I visse tilfælde kræver fusion godkendelse.

Formål

- Konkurrencereglerne har til formål at sikre en fri og effektiv konkurrence på markedet ved at forbyde eller på en anden måde søge at hindre konkurrencebegrænsninger.

Konkurrencereglerne kan deles op i tre forskellige dele:

1. forbud mod at indgå aftaler, som virker konkurrencebegrænsende, art. 81
2. forbud mod at misbruge en dominerende stilling på markedet, art. 82
3. fusionskontrol. (fusionskontrolforordningen)

1) og 2) er de generelt anvendelige konkurrenceregler, medens 3) har særligt sigte på at regulere de konkurrenceskadelige virkninger af koncentrationer i forbindelse med VO.

Regelgrundlaget

Der er to parallelle regelsæt om fusionskontrol i DK

- Konkurrencelovens kap 4 og EU's fusionskontrolforordning.

Fusionskontrol

Formålet

- At hindre at transaktioner bliver gennemført på en måde, der udelukker effektiv konkurrence på markedet.
- At sikre, at det ikke er forbrugerne og mindre konkurrenter, der betaler prisen for, at de fusionerede virksomheder øger deres styrke.

Konkurrencemyndighederne kan kontrollere og forbyde en fusion og endda opløse den hvis den er ulovlig.

”Virksomhedsovertagelse”:

- når en virksomhed eller personkreds overtager så stor en andel af en anden virksomheds kapital eller stemmerettigheder, at der opnås en bestemmende indflydelse på virksomhedens dispositioner.

Markedet afgrænset i

- Produktmarkedet
- Geografiske marked.

Anvendelsesområde

For fusionskontrolforordningen

Fusionskontrolforordningen finder anvendelse på alle sammenslutninger af fællesskabsdimension, jf. art 1, stk. 1

Sammenslutning:

- Def: → Foranstaltninger, som kan bevirke en varig ændring af de berørte virksomheders struktur

- Afgøres ud fra kvalitative snarere end kvantitative kriterier hvori der indgår såvel retlige som faktiske forhold, dvs. at sammenslutninger kan opstå på et retligt eller faktisk grundlag og hovedvægten må lægges på begrebet kontrol
- To hovedformer for sammenslutning, jfr. art 3, stk. 1:
 - Fusioner i egentlig forstand, dvs. to virksomheder bliver lagt sammen til én (sammenlægning)
 - Virksomhedsovertagelse: En virksomhed erhverver kontrollen med en anden virksomhed (omfatter også selvstændigt fungerende joint ventures)

Fællesskabsdimension foreligger

- når de deltagende virksomheders omsætning tilsammen både i Fællesskabet og på verdensplan overstiger bestemte niveauer, jf. art. 1, stk. 2 og 3
 - Omsætning for alle involverede virksomheder over 5 mia. euro, og
 - over 250 mio. euro for hver af mindst to af virksomhederne på fællesskabsplan).
- Opfyldes disse betingelser ikke, er der stadig tale om fællesskabsdimension, hvis:
 - alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning der overstiger 2,5 mia. euro, og
 - alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning i hver af mindst tre medlemsstater der overstiger 100 mio. euro, og
 - mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i hver af mindst tre medlemsstater som anført ovenfor der overstiger 25 mio. euro, og
 - mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i fællesskabet der overstiger 100 mio. euro.
- → Disse betingelser gælder, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over 2/3 af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i en og samme medlemsstat.

De danske fusionsregler

HR:

- anvendes kun hvor en fusion ikke har fællesskabsdimension.
 - Kommissionen kan henvise behandling af en fusion med fællesskabsdimension til behandling hos konkurrencerådet, når bestemte betingelser er opfyldt
 - fusionen skal fortrinsvis have virkning på det danske marked

Kriteriet for, at bestemmelserne om fusionskontrol finder anvendelse er i følge KRL § 12, stk. 1 at

- de deltagende virksomheder tilsammen har en årlig omsætning i DK på mindst 3,8 mia. kr.,
 - og mindst 2 af de deltagende virksomheder hver især har en samlet årlig omsætning på mindst 300 mio. kr. eller
- mindst en af de deltagende virksomheder har en samlet årlig omsætning i DK på min. 3,8 mia. kr.
 - og mindst en af de øvrige en samlet omsætning på 3,8 mia kr. på verdensplan (en potentiel konkurrent der fjernes)
- Nettoomsætning afgørende.

Opfyldes betingelserne

- => en fusion skal anmeldes før den kan gennemføres. Anmeldes fusionen ikke er den en nullitet.

Afgørende

- om fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.
- Hvis dette ikke er tilfældet, SKAL fusionen godkendes, jf. § 12 c, stk.2.

Kompetencefordelingen mellem EU og Danmark

Kommissionen har kompetence hvis

- deltagende virksomheder samlet har en omsætning på verdensplan der overstiger 5 mia. euro og
- mindst 2 virksomheders samlede omsætning i EU overstiger 250 mio. Euro
- Eller alle deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan overstiger 2,5 mia. euro
- Og alle deltagende virksomheders samlede omsætning i hver af min 3 medlemsstater overstiger 100 mio. euro
- Og mindst 2 hver i sær har en samlet omsætning i hver af mindst 3 MS der overstiger 25 mio.
- Og mindst 2 af de deltagende virksomheder har hver især en samlet omsætning i EU, der overstiger 100 mio. Euro

Fusionsbegrebet

hviler grundlæggende på et "ændring af kontrol" princip. Dvs. kontrollen med aktiver i virksomheden flytter sig.

Definition af en fusion i KL § 12 a stk. 1 (svarer til fusionsforordningen § 3, stk. 1, som ovenfor.)

Der foreligger en fusion når: (gælder uanset om der er tale om aktie- eller aktivitetsoverdragelse)

- Sammenlægning af virksomheder
- Erhvervelse af kontrol
- Selvstændigt fungerende joint ventures

Kontrolbegrebet

Definition i art. 3, stk. 3:

- Kontrol over en virksomhed opnås "gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift"

Subjekt:

- Kontrol kan erhverves af virksomheder, enkeltpersoner eller offentlige organer, som fx staten, jfr. Air France/Sabena-sagen i relation til den belgiske stat

Grundlag:

- Retligt:
 - Ejendoms- eller brugsret til selskabets samlede aktiver eller rettigheder, som sikrer indflydelse på sammensætningen af selskabets styrende organer
- Faktisk:
 - Rent økonomiske relationer, fx meget omfattende langsigtede leveringsaftaler eller kreditter ydet af leverandører eller kunder, kombineret med strukturelle forbindelser

Potentiel kontrol:

- Det er uden betydning om virksomheden faktisk udøver den afgørende indflydelse, når muligheden herfor blot er til stede
- Der kan godt foreligge erhvervelse af kontrol, selv om det ikke har været parternes hensigt

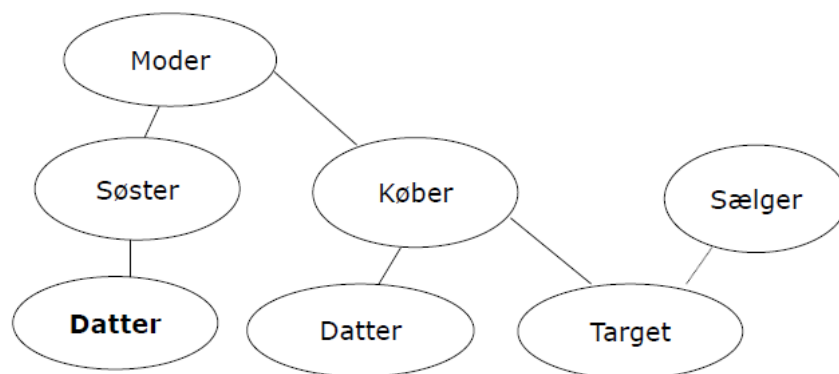
Indirekte kontrol

- er ligeledes omfattet, fx hvis virksomheden benytter en anden fysisk person til at besidde de pågældende kapitalandele (vil ofte kunne påvises ved hjælp af faktorer som finansieringskilder eller familierelationer)

Ændringer i kontrolforholdene:

- Koncerninterne fusioner er således ikke omfattet, idet der skal være tale om to uafhængige virksomheder

Enekontrol



Deltagende virksomheder - ene kontrol

På retligt grundlag:

- Opkøb af en aktiepost □ adgang til flertallet af stemmerettighederne □ kan udpege mere end halvdelen af bestyrelses- eller direktionsmedlemmerne □ afgørende indflydelse på selskabets drift (afgørende er ikke aktiepostens størrelse, fx kan besiddelse af en mindre A-aktiepost med en forøget stemmewægt være tilstrækkeligt, dvs. når der er knyttet særlige rettigheder til minoritets-aktieposten)

På faktisk grundlag

- fx hvis stor sandsynlighed for, at pågældende aktionær vil kunne samle flertal på generalforsamlingen, fordi mange småaktionærer normalt ikke møder op eller lader sig repræsentere. En minoritetsaktionær, der har ret til at lede virksomhedens drift og fastlægge dens forretningspolitik kan ligeledes udøve ene kontrol.

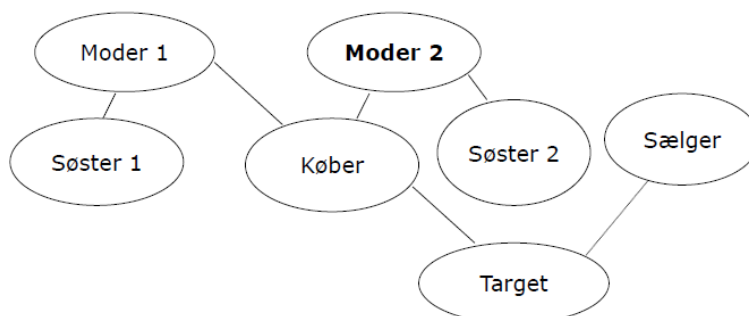
Købeoptioner:

- Skal disse tillægges værdi ved vurderingen af om der foreligger ene kontrol? Air France-sagen (T-2/93): Retten afviste et argument om, at Kommissionen burde have taget hensyn til British Airways' købeoptioner. På anmeldelsestidspunktet var det ikke sikkert, om optionerne ville blive udnyttet, hvorfor der udelukkende var tale om en hypotetisk situation. Er det til gengæld sandsynligt at en sådan ret i nær fremtid vil blive udnyttet, så kan det tages i betragtning ved bedømmelsen om der foreligger ene kontrol

Joint venture-”buy-out” (kontrolforholdene i en virksomhed fra fælles kontrol til ene kontrol):

- Omfattet af Forordningen, idet væsentlig forskel på om den afgørende indflydelse udøves alene eller i fællesskab (fælles kontrol må nødvendigvis udøves under hensyntagen til, at parterne kan have indbyrdes afvigende interesser)

Fælles kontrol



Deltagende virksomheder – Fælles kontrol

Definition:

- To eller flere virksomheder eller personer har mulighed for at udøve afgørende indflydelse på et joint venture-selskab

Positiv indflydelse

- fx retten til at udpege mere end ½ af medlemmerne i selskabets besluttende organer eller definere selskabets forretningspolitik)

Negativ kontrol

- dvs. to eller flere virksomheders mulighed for hver især at blokere for vedtagelse af strategiske beslutninger, hvorved disse virksomheder er nød til at nå til enighed om selskabets forretningspolitik

Lige kapitalandele:

- Der foreligger typisk fælleskontrol når virksomheder har lige kapitalandele i et selskab. Hvis begge har ret til hver især at udpege halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne udøver de fælleskontrol.

Vetoret:

- Typisk reguleret i joint venture-selskabets vedtægter eller bero på en aftale mellem moderselskaber og går fx ud på, at der skal være et bestemt antal til stede på generalforsamlingen for at den er beslutningsdygtig. Vetoretten skal gå ud over den almindelige vetoret, som normalt tillægges minoritetsaktionærer til beskyttelse af deres økonomiske interesser som investorer, f.eks. vedtægtsændringer eller likvidation. Afgørende er, at vetoretten vedrører beslutninger af strategisk betydning:

Ej strategisk betydning:

- Retten til at hindre, at jv-selskabet indgår fusion med en anden virksomhed, at jv'et likvideres, at der sker ændringer i kapitalforholdene eller indflydelse på vedtagelse af større investeringer

+ strategisk betydning:

- Beslutninger angående udpegelse af ledelsen, vedtagelse af budgettet eller driftsplan

? strategisk beslutning:

- Beslutninger vedrørende markedsrelaterede rettigheder, fx hvilken teknologi der skal anvendes eller hvilke produkter der skal markedsføres

Minoritetsinteresser

- som erhverves af to eller flere selskaber og tilsammen giver dem mulighed for at kontrollere den overtagne virksomhed gennem fælles udøvelse af stemmerettigheder, fx "pooling"-aftaler (retligt bindende aftaler om at man udøver sin stemmeret i fællesskab og således kommer til at besidde et stemmeflertal). Afgørende er, hvor stor fælles interessen er (kan påvises på grundlag af tidligere forbindelser mellem de involverede virksomheder eller en samordnet overtagelse af minoritetsinteresserne)

Joint ventures

Definition:

- En virksomhed, som kontrolleres af to eller flere andre virksomheder i forening

Fusionskontrolforordningen anvendes hvis jv'et er selvstændigt fungerende, dvs. opfylder de tre fusionskriterier i art. 3 stk. 2:

Fælles kontrol: Se ovenstående om kontrol begrebet

Varetagelse en selvstændig virksomheds samtlige funktioner:

- Skal have en daglig ledelse
- Skal have adgang til tilstrækkelige ressourcer, dvs. finansielle midler, personale og aktiver (materielle og imaterielle)
- Må ikke bare varetage hjælpefunktioner, fx forskning og udvikling eller produktion
- Må ikke være moderens salgsagentur, fx tage sig af distribution eller salg af moderens produkter
- Hvis jv'et sælger til moderen på et varigt grundlag skal selvstændigheden bedømmes ud fra hvor stor en del af den samlede produktion salget til moderselskabet udgør og om salget foregår på grundlag af armslængde vilkår

- Hvad angår leverancer fra moderen til jv'et er der tvivl om selvstændigheden, hvis jv'et ikke tilfører varen nogen værditilvækst

Varigt grundlag (ca. 5 år):

- Kriteriet anses for opfyldt, hvis jv'et er udstyret med de ovennævnte ressourcer
- Bestemmelser i aftalen om jv'ets opløsning, uoverensstemmelse mellem mødrene og deres ret til at trække sig ud har ingen indflydelse på varigt grundlag-bedømmelsen

Ej varigt grundlag

- hvis det er oprettet for et kort afgrænset tidsrum, fx med det formål at gennemføre et bestemt projekt (opførelse af kraftværk, men ikke drift af værket)

Krl § 12 a stk. 4 3 tilfælde hvor der ikke foreligger en fusion

Hvis ikke selvstændigt fungerede JV, anvendes KL § 6 på aftaler om fx forskning, distribution.

Anmeldelse

Skal anmeldes efter at fusionsaftalen er indgået/underskrevet eller der er erhvervet kontrol, og før fusionen gennemføres KRL § 12 b, stk.1. Fusionen skal godkendes!

Den materielle prøvelse

Fokus er rettet på den reelle konkurrenceeffekt. Dominansbegrebet vil kunne være en væsentlig indikator for, om en fusion vil medføre betydelige konkurrence skader.

Det afgørende spørgsmål er

- om fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt. Hvis dette ikke er tilfældet, skal fusionen godkendes, jf. § 12c, stk. 2.

Accessoriske begrænsninger:

Begrænsninger som indskrænker de deltagende parters egen handlefrihed på markedet. Skal hænge direkte sammen med fusionen, og skal være nødvendige for gennemførelsen af fusionen. Typiske: konkurrenceklausuler, licensaftaler etc.

Sagsbehandling (EU): (samme som i DK)

Der er to faser ved behandlingen af fusioner og tilsagn kan gives sammen med anmeldelsen eller under behandlingen

Fase 1: Art. 6 stk. 1 – Kommissionen kan erklære, at fusionen

- ikke er omfattet af forordningen
- ikke giver anledning til alvorlig tvivl (= godkendelse)
- ikke giver anledning til alvorlig tvivl, da tilsagn er givet senest tre uger efter modtagelsen af anmeldelsen)
- rejser alvorlig tvivl => Fase 2 (indledning af proceduren)

Fase 2: Art. 8 – Kommissionen kan erklære, at fusionen

- godkendes
- godkendes efter tilsagn

er uforenelig med fællesmarkedet => ej nogen fusion

Vilkår eller påbud kan knyttes til en fusion.fx. afhænde bestemte aktiver.

Prøvelse Krl § 12 c

Godkende eller forbyde

Kriterier for at forbyde:

Hæmmer konkurrencen betydeligt. Ikke afgørende om man opnår en dominerende stilling

En vurdering af flere ting bla.

- Markedets struktur
- De andre markedsaktørers faktiske styrke
- Udviklingen i udbud og efterspørgsel
- Den teknologiske udvikling

Kriteriet for godkendelse af fusionen:

- ...om koncentrationer, der skaber eller styrker den dominerende stilling, og som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt indenfor fællesskabet eller en væsentlig del heraf. ... Jf. Fusionsforordningens Art 2.

I de tilfælde, hvor godkendelse er påkrævet, men det er åbenlyst, at kriteriet for forbydelse ikke er opfyldt, kan der gives en godkendelse gennem en Short form-procedure.

Husk, at godkendelse i begge tilfælde er en gyldighedsbetingelse!!!!!!

Omfattede overdragelser

KL § 12 a:

- Sammenlægning af virksomheder
- Erhvervelse af kontrol
- Selvstændigt fungerende joint ventures

Gælder, uanset om der er tale om aktieoverdragelse eller aktivoverdragelse.

Aktivoverdragelse:

- Omfattet af fusionskontrol, såfremt der sker erhvervelse af aktiver, som udgør en "virksomhed".

Def. "virksomhed":

- Division/virksomhedsområde af et selskab.

Kan evt. også være et stærkt varemærke eller patent.

Spaltning – SL § 254

Virkning

Stk. 1.: Generalforsamlingen kan under iagttagelse af forskrifterne træffe beslutning om spaltning af selskabet.

Ved spaltningen overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber mod vederlag til det indskydende selskabs aktionærer.

Generalforsamlingen kan med samme flertal træffe beslutning om en spaltning, hvorved selskabet overdrager en del af sine aktiver og forpligtelser til et eller flere bestående eller nystiftede selskaber.

Kræver ikke samtykke fra kreditorerne.

Hæftelse (solidarisk)

Stk. 2.: Såfremt en kreditor i et selskab, der har deltaget i spaltningen, ikke bliver fyldestgjort, hæfter hvert af de deltagende øvrige selskaber solidarisk for forpligtelser, der bestod på tidspunktet for spaltningens offentliggørelse, dog højst med et beløb svarende til den tilførte eller resterende nettoværdi i det enkelte selskab på dette tidspunkt.

Den solidariske hæftelse er et ofte overset problem, der kan give betydelige problemer ved en senere overdragelse af den modtagende virksomhed.

Hvis der er store eventualforpligtelser, bør det derfor overvejes at gennemføre transaktionen som en tilførsel af aktiver (og passiver). Det er alene de deltagende selskaber, der hæfter og ikke eventuelle senere erhververe af aktiviteten.

Begrænset til nettoaktiverne på dagen for offentliggørelsen af spaltningensplanen.

Hæftelsen er formentlig at **sidestille** med **simpel kaution**.

Typen

Der sondres mellem ophørsspaltning og grenspaltning.

Reglerne følger i det store hele reglerne for fusion.

Spaltningensplan

Det er særdeles vigtigt at lave en detaljeret spaltningensplan eller et indskudsdokument, der nøje beskriver fordelingen af aktiver og passiver, herunder specielt de ikke bogførte, mellem de deltagende selskaber – se herom UFR 2000.B.470. Der kan ikke ændres på fordelingen i en offentliggjort spaltningensplan.

Ifølge SL § 255, stk. 2 kan kapitalejerne ved en spaltning, hvor der alene deltager anpartsselskaber, i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en spaltningensplan.

Det tidligere krav om udarbejdelse af spaltningensregnskab er bortfaldet.

Det bemærkes, at selskabsloven hjemler, at kapitalejerne ved enighed kan beslutte, at vurderingsmanden ikke skal udtale sig om spaltningensplanen, værdiansættelsesspørgsmål og kreditorenes stilling efter transaktionens gennemførelse.

Spaltningensregnskab (udgår, måske...)

Hidtil har spaltningensregnskabet ofte tjent som erstatning for den ellers forudsatte beskrevne fordeling af aktiver og forpligtelser mellem de forskellige enheder, som skal fremgå af spaltningensplanen.

Det vil med andre ord sige, at hvis der gennemføres en spaltning uden et spaltningensregnskab, skal man på anden måde beskrive fordelingen af aktiver og forpligtelser mellem det afgivende og det eller de modtagende selskaber.

Skat

Der gælder i udgangspunktet de samme skatteretlige konsekvenser i relation til skattepligtig og skattefri fusion.

Dog er der en række forskelle mellem fusionsskattelovens kapitel 1 og fusion af selskaber og kapital 4 om spaltning:

Skattefri spaltning kan ske enten med eller uden tilladelse fra SKAT.

Der gælder følgende regler for at kunne foretage en skattefri spaltning:

1. Vederlag i kapitalandele og evt. kontant betaling.
2. Spaltningensdato skal være den første dag i det eller de modtagende selskabers regnskabsår.
3. Grenkrav ved spaltning, hvor det indskydende selskab ikke ophører.
4. Hvis den skattefri spaltning sker med tilladelse fra SKAT må der ikke foreligge skatteundgåelse eller skatteunddragelse (der skal være en forretningsmæssig begrundelse).
5. Hvis den skattefri spaltning sker uden tilladelse, gælder et holdingkrav, hvorefter kapitalandelene som udgangspunkt ikke må afstås i 3 år fra vedtagelsen af spaltningen.

Bemærk undtagelse ved efterfølgende skattefri omstruktureringer.