Dansk og international koncernret og koncernskatteret

Nikolaj Vinther & Erik Werlauff

Dansk og international koncernret og koncernskatteret

FORLAGET THOMSON
GadJura

Nikolaj Vinther & Erik Werlauff
Dansk og international koncernret og koncernskatteret
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2005

ISBN 87-619-1161-5

Omslag: Axel Surland, Ljungbyhed
Sats: Type-it AS, Trondheim 2005
Tryk: AKA-Print A/S, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Forord

Til brug for undervisningen ved erhvervsjurastudiet i Aalborg i faget »Dansk og international koncernret og koncernskatteret«, men i høj grad også til andre studerende og teoretikere samt til praktikere, har vi skrevet denne fremstilling af koncernretten og koncernskatteretten.

Den traditionelle selskabsret er skrevet med henblik på det enkelte selskab, dvs. den enkelte retsenhed (legal entity). Successivt er der fremvokset en erkendelse af, at det enkelte selskab ofte indgår i en større flerhed af selskaber: en koncern, og at det derfor ofte ikke giver mening at betragte selskabet helt isoleret.

Koncernretten koncentrerer sig om at fastlægge, hvornår den enkelte juridiske person i en koncern skal betragtes isoleret (særbehandling), og hvornår dens retsforhold skal betragtes i lyset af, eventuelt sammenlægges med, én eller flere andre juridiske personer, hvormed den er koncernforbundet (sambehandling). Temaet er derfor, hvornår ret og pligt defineres særskilt, og hvornår de – helt eller delvis – defineres samlet. Det er denne problematik, der er emnet for fremstillingen.

Det har været et vanskeligt valg, om vi skulle vente med udgivelsen, til lovforslag L 153's – nu L 121's – skæbne kendes, dvs. de nye danske sambeskatningsregler. Vi har i samråd med forlaget valgt at udgive bogen nu – og efterfølgende at skrive en ny version af kapitlet om sambeskatning, således at de, der køber bogen i nærværende udgave, vederlagsfrit får et særtryk af kapitlets nye version med i købet. Herved føler vi, at både forlaget og vi har ydet bogens købere den optimale service med henblik på ajourføring.

Aalborg Universitet, marts 2005

Nikolaj Vinther *Erik Werlauff*

Indholdsfortegnelse

Forord 5
Forkortelser 13

Introduktion
Koncernen som begreb 15
1. Det selskabsretlige koncernbegreb 15
   1.1. Stemmeflertal (§ 2, stk. 2, nr. 1) 17
   1.2. Bestyrelsesflertal (§ 2, stk. 2, nr. 2) 19
   1.3. Bestemmende indflydelse med aktionærstatus (§ 2, stk. 2, nr. 3) 21
   1.4. Stemmeflertal og aktionærstatus (§ 2, stk. 2, nr. 4) 22
   1.5. Bestemmende indflydelse samt aktie/anpartsbesiddelse (§ 2, stk. 2, nr. 5) 24
   1.6. Definitionen af et datterselskab 25
   1.7. Både moderselskabets og andre datterselskabers indflydelse medregnes 25
2. Det skatteretlige koncernbegreb 26
   2.1. Ejendomsret til mindst 20% af datterselskabets kapital 27
   2.2. Ejendomsret til 100% af datterselskabets kapital 27
   2.3. Beherskelse af mere end 50% af stemmer eller kapital i datterselskabet 28
   2.4. Bestemmende indflydelse 28
   2.5. Interessefællesskab 29
3. Det børs- og kapitalmarkedsretlige koncernbegreb 30
4. Det kartelretlige koncernbegreb 39
5. Det regnskabsretlige koncernbegreb 44
6. Det fællesskabsretlige koncernbegreb på Traktatniveau 45

Kapitel 1
EU- og EØS-traktatforskrifter: Ligebehandling af koncernselskaber på tværs af landegrænserne 49
1. Etableringsfrihedens betydning for den grænseoverskridende koncernstruktur 49
2. En 4-dobbelt etableringsfrihed (Werlauffs tese, anerkendt ved Centros) 50
3. Retten til at etablere sig hvor som helst i EU og EØS 50
4. Ejernes, og dermed moderselskabets, ret til at vælge nationaliteten af det (datter)selskab, gennem hvilket der ønskes drevet virksomhed 51
5. Retten til at vælge eller fravælge en egentlig koncernstruktur, dvs. valgretten mellem datterselskab og filial 54
6. Retten til, at datterselskabet eller filialen ligebehandles med indenlandske selskaber mv. 58
7. Sammenfattende om koncernens fællesskabsretligt funderede valgfrihed i etableringsfasen 60

Kapitel 2
EU's supranationale selskabstyper 63
1. Europæiske økonomiske firmagrupper, EØFG 63
   1.1. Betegnelse, navn 64
   1.2. Joint venture, almindeligt interessentskab 65
   1.3. Hvornår bruges en firmagruppe? 66
   1.4. Juridisk personlighed, hæftelse 67
   1.5. Begrænsninger i firmagruppens aktivitetsområder 69
   1.6. Medlemmer 69
   1.7. Registrering, offentlighed 70
   1.8. Gruppens medlems- og ledelsesorganer 71
   1.9. Regnskab, beskatning mv. 72
   1.10. Ind- og udtræden af medlemmer 74
   1.11. Opløsning 80
2. Det europæiske aktieselskab (SE-selskabet) 82
   2.1. Behovet for et fælleseuropæisk selskab 82
   2.2. Hvad der (endnu) ikke er opnået 83
   2.3. Hvad der yderligere vil kunne opnås pr. 8. oktober 2009 85
   2.4. Rangforholdet mellem retskilderne 86
   2.5. Juridisk personlighed, hæftelsesbegrænsning og kapitalkrav 87

2.6. SE-selskabets ligestilling med almindelige aktieselskaber ... 88
2.7. Registrering, offentlighed, påbegyndelse af virksomhed samt stifteransvar ... 88
2.8. De fire stiftelsesmetoder ... 90
2.9. SE-selskabets organer ... 94
2.10. Hjemsted og flytning ... 96
2.11. Medarbejdere ... 101
3. Det europæiske andelsselskab (SCE-selskabet) ... 105

Kapitel 3
Koncern-enhed: Ret og pligt mellem koncernselskaber. Identifikation mellem koncernselskaber ... 109
1. Ret og pligt mellem koncernselskaber ... 109
1.1. Underretnings- og høringspligter mellem moderselskabet og datterselskabet ... 110
1.2. Transparens vedrørende ejerkredsen ... 112
1.3. Medarbejderaktier på koncernbasis ... 113
1.4. Grænsen for egne aktier ... 113
1.5. Selskabsrepræsentation og koncernrepræsentation ... 113
1.6. Spekulationsforbuddet ... 114
1.7. Overholdelse af formålsbestemmelsen ... 114
1.8. Spørgsmålsretten ... 115
1.9. Må moderen forestå ledelsen af datteren? ... 115
1.10. Koncernlån ... 119
2. Internationale koncernforhold ... 120
2.1. Hvornår skal udenlandske selskaber inddrages under dansk ret? ... 120
2.2. Hvornår har udenlandske selskaber krav på ligestilling med danske? ... 127
3. Identifikation mellem koncernselskaber ... 128
3.1. Generelt om identifikation ... 128
3.2. Dommerskabt identifikation i Danmark ... 131
3.3. Dommerskabt identifikation i EU-retten ... 134

Kapitel 4
EU's og OECD's koncernskatteregler (1): Forebyggelse af dobbeltbeskatning 137
1. EU-rettens ligebehandlingsprincip: valgfriheden mellem datterselskab, filial og repræsentant 137
2. Årsager til dobbeltbeskatning og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes funktion 143
3. Hvornår er et selskab skatteretligt hjemmehørende i Danmark? 150
4. Grænseoverskridende aktiviteter 155
   4.1. Første mulighed: Datterselskab i et andet land 156
   4.2. Anden mulighed: Filial i et andet land 172
   4.3. Tredje mulighed: Repræsentant 183
   4.4. Fjerde mulighed: Sælger varer eller tjenesteydelser fra domicillandet 186
   4.5. Femte mulighed: Royalty fra licensbetaler i en anden stat 187
   4.6. Sjette mulighed: Renter fra debitor i en anden stat 197
5. Transfer pricing i koncernforhold 206
   5.1. Hjemmelsgrundlag for skattemæssig korrektion 207
   5.2. Transfer pricing-systematik 210
   5.3. Princippet om rette indkomstmodtager i koncernforhold 214
   5.4. Tripelbeskatning 217
   5.5. Koncernbidrag med fradragsvirkning 219
   5.6. Forebyggelse ex ante 221
   5.7. Forebyggelse ex post 225

Kapitel 5
EU's og OECD's koncernskatteregler (2): Skattemæssig tilrettelæggelse af internationale koncernstrukturer 237
1. Sambeskatning 237
   1.1. Forslag til nye sambeskatningsregler (L 153) 238
   1.2. Gældende regler om sambeskatning 240
   1.3. Sær- contra sambeskatning 241
   1.4. Hvem kan indgå i en sambeskatning 241
   1.5. Betingelserne for tilladelse til sambeskatning 243
   1.6. Etablering af sambeskatning 247
   1.7. Retsvirkningerne af sambeskatning 249
   1.8. Udtræden af sambeskatning 256
   1.9. Genindtræden i sambeskatning 261
   1.10. Tvungen sambeskatning 262

2. Omstruktureringer ... 272
3. Fusion ... 273
3.1. Skattepligtig fusion ... 273
3.2. Skattefri fusion ... 275
3.3. Skattefri fusion mellem et dansk selskab og et andet EU-selskab ... 281
4. Spaltning ... 286
4.1. Skattepligtig spaltning ... 287
4.2. Skattefri spaltning ... 287
4.3. Spaltning af et udenlandsk selskab med danske aktionærer ... 297
5. Tilførsel af aktiver ... 298
5.1. Skattepligtig tilførsel af aktiver (virksomhedsoverdragelse) ... 299
5.2. Skattefri tilførsel af aktiver ... 300
6. Aktieombytning ... 310
6.1. Skattepligtig aktieombytning ... 311
6.2. Skattefri aktieombytning ... 312
7. SE-selskabers hjemstedsflytning ... 321

Kapitel 6
Vækst gennem overtagelse og fusion: »Merger & acquisition« 325
1. Overtagelsesmetoder (merger & acquisition) ... 325
1.1. Begreber og metoder ... 325
1.2. Universalsuccession og kravet om hjemmel hertil ... 328
1.3. Fusionsregnskabet ... 331
2. Fusion ... 337
3. Virksomheds- og majoritetskøb ... 350
4. Særligt om egentlig fusion mellem selskaber med hjemsted i forskellige lande ... 359
5. Fællesskabsretlig fusionskontrol ... 365
5.1. Baggrunden for reglerne om fusionskontrol ... 365
5.2. Resultat: En forordning om fusionskontrol ... 367
5.3. Fire grundprincipper – og forordningens revision i 2004 ... 368
5.4. Beløbsstørrelser (tærskelværdier) ... 369
5.5. Forordningens vidtrækkende koncernbegreb ... 370
5.6. Også virksomheder med (koncern)hjemsted uden for EU omfattes ... 371
5.7. Forordningens vidtrækkende »fusions«-begreb ... 372

5.8. Også etablering af kollektiv dominans omfattes (oligopol) ... 373
5.9. Også etablering af fælles holding omfattes ... 374
5.10. Henvisning fra og til Kommissionen (German Clause, Dutch Clause) ... 375
5.11. Anmeldelse til Kommissionen ... 376
5.12. Er sammenslutningen forenelig med det fælles marked? 376
5.13. Sammenslutningen må ikke gennemføres under sagens behandling ... 377
5.14. Hensyn, der indgår i Kommissionens vurdering ... 378
5.15. Blankt afslag – eller godkendelse på vilkår? ... 379
5.16. Vilkårs indhold og håndhævelse ... 382
5.17. Domstolsprøvelse af Kommissionens beslutninger ... 384
5.18. Ingen søgsmålsret for minoritetsaktionærer ... 385

Kapitel 7
Koncernregnskabet ... 387
1. Baggrunden for kravet om koncernregnskab ... 387
2. Det regnskabsretlige koncernbegreb ... 388
3. Pligten til at aflægge koncernregnskab og undtagelserne herfra 388
4. Virksomheder, der helt eller delvis kan holdes ude af koncernregnskabet ... 389
5. Dattervirksomheder uden aktivitet ... 390
6. Koncernregnskabets indhold ... 391
7. Regnskab ved koncernetablering, virksomhedssammenlægning og fusion (»fusionsregnskaber«) 393

Litteratur ... 399

Stikordsregister ... 409

Forkortelser

ABL	aktieavancebeskatningsloven
Afgørelser og udtalelser	Københavns Fondsbørs A/S' månedlige »Afgørelser og udtalelser«
AL	aktieselskabsloven
ApL	anpartsselskabsloven
EBLR	European Business Law Review
ECL	European Company Law
EFL	lov om erhvervsdrivende fonde
EVL	lov om visse erhvervsdrivende virksomheder
ERT	Europarättslig Tidsskrift
FL	lov om fonde og visse foreninger
FBL	fondsbeskatningsloven
FML	fondsmæglerloven
H	Højesterets dom eller kendelse
J	Juristen
JD	Juristens Domssamling
J.U.	Juridisk Ugebrev
L	lovforslag (nr.)
LL	ligningsloven
LR	Ligningsrådet
LSK	landsskatteretskendelse
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRT	Norsk Rettstidende
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
RG	(norsk) Rettens Gang
RL	årsregnskabsloven

R&R	Revision og Regnskabsvæsen
SEL	selskabsskatteloven
SpO	Skattepolitisk Oversigt
S.U.	Skat Udland
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatter og afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom eller kendelse
VHL	værdipapirhandelsloven
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse

Koncernen som begreb

Hvis man indledningsvis spørger, hvordan begrebet »en koncern« kan defineres, er man nødsaget til at svare med modspørgsmålet: I hvilken henseende? – Årsagen er, at forskellige juridiske discipliner har hver deres koncernbegreber. Endog inden for en enkelt disciplin, fx skatteretten, kan der være flere forskellige definitioner. I det følgende søges begrebet defineret i selskabsretlig forstand.

Selskabsretten har behov for at definere et koncernbegreb, fordi det skal bruges i en række konkrete henseender, herunder blot eksempelvis i relation til underretningspligt mellem moder- og datterselskab, udstrækning af visse pligter til ikke blot at gælde moder-, men også datterselskab, medarbejderrepræsentation i et moderselskabs bestyrelse mv. Det ville være upraktisk, om man i hver enkelt situation skulle begynde forfra med at definere koncernbegrebet, og dette er derfor indledningsvis defineret til brug i alle selskabsretlige relationer.

1. Det selskabsretlige koncernbegreb

Den traditionelle selskabsret er skrevet med henblik på det enkelte selskab, dvs. den enkelte retsenhed (legal entity). Successivt er der fremvokset en erkendelse af, at det enkelte selskab ofte indgår i en større flerhed af selskaber, en koncern, og at det derfor ikke giver mening at betragte selskabet helt isoleret.

Koncernretten koncentrerer sig om at fastlægge, hvornår den enkelte juridiske person i en koncern skal betragtes isoleret (særbehandling), og hvornår dens retsforhold skal betragtes i lyset af, eventuelt sammenlægges med, én eller flere andre juridiske personer, hvormed den er koncernforbundet (sambehandling). Temaet er, hvornår ret og

pligt defineres særskilt, og hvornår de – helt eller delvis – defineres samlet.

I nyere amerikansk selskabsret er man meget stolt af, at man har indset forskellen mellem *entity law*, forstået som reglerne omkring den enkelte juridiske person, og *enterprise law*, forstået som reglerne om virksomheden uanset dennes tilknytning til en flerhed af juridiske personer. – En hvilken som helst erfaren erhvervsleder vil svare, at denne forskel har erhvervslivet indset for længst; det er blot juraen, der halter bagefter realiteterne.

Fiktionen om den uafhængigt af enhver ejer- og koncerninteresse fritstående juridiske person er netop – en fiktion, ikke mindst når det som i nutidig tysk selskabsret erkendes, at 70% af tyske selskabers samlede egenkapital tilhører selskaber, der befinder sig i koncernforhold.

Hovedopgaven for koncernretten som disciplin må være at få sondringen mellem »særbehandling« og »sambehandling« af koncernselskaber tilfredsstillende analyseret, jf. nærmere *Erik Werlauff:* Koncernretten og *Paul Krüger Andersen:* Studier i dansk koncernret, anmeldt af *Erik Werlauff* i J 1998 s. 367 ff.

Koncerndefinitionen i ApL § 3 er identisk med AL § 2's. Derimod er ApL's øvrige koncernbestemmelser, særligt for så vidt angår ret og pligt mellem koncernselskaber, ikke identisk med AL's, idet ApL i 1996 blev »dereguleret«, så der i høj grad blev sparet på paragrafferne. Hvad der da gælder inden for ApL, er ikke så enkelt at sige, som man kunne have håbet, jf. *Søren Friis Hansen:* »Koncernretlige aspekter af den ny Anpartsselskabslov« i Julebog 1996 fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, s. 133 ff.

Selv om langt de fleste koncernbestemmelser i ApL er ophævet, må de i alt væsentligt fortsat antages at være gældende ret. Reformen af ApL har således kun haft ringe betydning for koncernretten.

Koncerndefinitionen er fra den 1. april 1991 udmøntet i et tre-leddet alternativ, hvis indhold er hhv. 1) stemmeflertal, 2) flertal i datterselskabets bestyrelse eller (3) bestemmende indflydelse. Man kan udtrykke de tre koncernkriterier som hhv. 1) absolut generalforsamlingsflertal, 2) bestyrelsesflertal og 3) praktisk generalforsamlingsflertal. Endnu mere forenklet kan man udtrykke dem alle ved nøgleordet 1-3) organbeherskelse, eftersom det afgørende er den absolutte eller blot praktiske beherskelse af mindst ét af de to afgørende organer, generalforsamling og/eller bestyrelse. Eftersom beherskelse af bestyrelsen, uden at generalforsamlingen tillige beherskes, vil være af begrænset praktisk betydning,

vil det fremgå af det følgende, at hovedkriteriet er: bestemmende indflydelse.

Både moder- og datterselskab skal være danske aktie- eller anpartsselskaber. Dette udelukker dog ikke, at udenlandske »datterselskaber« kan og skal tages i betragtning i visse konkrete henseender, fx ved beregning af det maksimalt tilladte behold af egne aktier. Det har været omtvistet, hvorvidt koncernregler kan overføres på et udenlandsk »moderselskab«, således at dette opnår samme rettigheder som et dansk moderselskab, fx til koncernlån fra det danske datterselskab. Utvivlsomt kræver fællesskabsretten en sådan ligestilling, uden at den dog griber ind i AL's selskabsretlige koncerndefinition.

I Danmark har Erhvervsankenævnets kendelse af 13. oktober 1999, *Årsberetningen 1999* s. 166, stadfæstet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om, at et dansk selskabs udlån af 17 mio. kr. til dets britiske moderselskab var i strid med § 115 og derfor straks skulle kræves tilbage. Afgørelsen blev prøvet ved domstolene, og styrelsen tog herunder bekræftende til genmæle over for en påstand om, at et koncernlån til et britisk moderselskab var retmæssigt efter AL § 115 a, jf. *Eigil Lego Andersen & Erik Werlauff* i UfR 2001 B s. 342 ff. og *Karsten Engsig Sørensen & Paul Krüger Andersen* i NTS 2001 s. 138 ff.

Definitionen i AL § 2 vedrører den selskabsretlige koncern; andre love kan have andre koncerndefinitioner, fx konkurrencelovgivningen og skattelovgivningen. Der foreligger en koncern, når der er et moderselskab og ét eller flere datterselskaber. Også datterdatterselskaber medregnes herved, jf. § 2, stk. 4. Et moderselskab kan selv være datterselskab af et andet selskab. I så fald foreligger der én eller flere subkoncerner, alle under det ultimative moderselskab.

1.1. Stemmeflertal (§ 2, stk. 2, nr. 1)

Dette koncernkriterium er det vigtigste af dem alle, eftersom den, der besidder et stemmeflertal på et selskabs generalforsamling, kan gennemtrumfe alle de beslutninger, der er afgørende for administrationen af et selskab, herunder regnskabsgodkendelse, meddelelse af décharge til direktion og bestyrelse, beslutning om at udbetale eller undlade at udbetale udbytte, det eventuelle udbyttes størrelse, bemyndigelse til bestyrelsen til at lade selskabet erhverve egne aktier, valg af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer mv.

Kravet om stemmeflertal i § 2, stk. 2, nr. 1, er ikke opfyldt, blot fordi der regelmæssigt beherskes et flertal på selskabets generalforsamling,

således at der skabes en forventning om at kunne træffe beslutninger af de nævnte typer. En sådan »praktisk majoritet« er efter omstændighederne tilstrækkelig til, at der foreligger en bestemmende indflydelse som angivet nedenfor, men ikke tilstrækkelig til, at der er tale om at besidde flertallet af stemmerettighederne. En sådan besiddelse opnås ikke gennem en berettiget forventning, men alene gennem en retligt forankret beherskelse. Ikke det faktiske, men det retlige er således afgørende.

Stemmeflertalskriteriet forudsætter et absolut flertal af samtlige de stemmer, der kan afgives, mens den praktiske majoritet i modsætning hertil er udtryk for en forventning om, hvor mange af disse samtlige stemmer der aktuelt kan forventes at være repræsenteret på generalforsamlingen.

Begrebet »flertal« skal tages bogstaveligt. Det indebærer mindst 51% af samtlige de stemmer, der ville kunne afgives, såfremt samtlige aktionærer mødte frem og afgav de stemmer, som deres aktiebesiddelse sammenholdt med selskabets vedtægter tillader dem at afgive.

Det følger heraf, at besiddelse af 50% af stemmerne, fx i et af to selskaber ligeligt ejet fælles (» joint venture«) selskab ikke medfører, at noget af de to ejerselskaber bliver moderselskab til det »fælles datterselskab«. Men andre forhold kan bevirke, at der alligevel indtræder et koncernforhold, fx hvis vedtægterne eller en aktionæroverenskomst giver det ene af de to selskaber den afgørende indflydelse i tilfælde af stemmelighed på generalforsamlingen i det fælles selskab; i så fald er der tale om et koncernforhold på grundlag af § 2, stk. 1, nr. 1.

Det er ikke en betingelse, at moderselskabet er aktionær/anpartshaver i datterselskabet (således som det kræves i § 2, stk. 2, nr. 2, 3 og 4). Også udtrykket »besidder« (flertallet af stemmerettighederne) viser, at der ikke kræves en ejendomsret til de aktier/anparter, der tilsammen giver moderselskabet dets absolutte stemmeflertal. Således vil en stemmeoverførselsaftale (aktionæroverenskomst) kunne medføre, at et absolut stemmeflertal »besiddes« af det selskab, hvortil overførslen er sket, og at det overførende selskab tilsvarende har mistet sin moderselskabsstatus.

Også pant i aktier/anparter, hvorved stemmeretten for disse overføres til panthaver, vil kunne opfylde betingelsen, men dette indebærer ikke, at et selskab, der får pant i både aktier/anparter og de hertil knyttede stemmerettigheder, automatisk opfylder betingelsen i § 2, stk. 2, nr. 1. Der må noget mere til, nemlig en egentlig permanent overførsel af stemmeretten, og dette vil normalt ikke være tilfældet i pantsætningssituationen, hvor panthaver tværtimod normalt helst vil nøjes med enten at have ret til at udøve stemmeretten, men lade denne udøve af pant-

sætter i normalsituationen, eller hvor panthaver distancerer sig endnu et skridt fra stemmeretten ved at aftale, at stemmeretten forbliver hos pantsætter, men at den i tilfælde af misligholdelse og efter påkrav kan overtages af panthaver.

Stemmeflertallet kan moderselskabet besidde ved at eje – eller, da nr. 1-kriteriet ikke forudsætter ejendomsret, beherske – aktier med særlig stemmevægt (stamaktier, »A-aktier«, eller hvordan de end betegnes), mens de stemmesvagere aktier (præferenceaktier, »B-aktier«) er fordelt på andre aktionærer. Hvis betingelsen om egentligt (absolut) stemmeflertal skal være opfyldt, skal moderselskabet til enhver tid have flertal i kraft af sine A-aktier. Efter gældende dansk ret, jf. AL § 67, stk. 1, kan dette mål nås gennem besiddelse af A-aktier med 10-dobbelt stemmeret svarende til 9,1% af datterselskabets samlede aktiekapital. I anpartsselskaber, hvor stemmeløse anparter jo tillades, og hvor stemmevægtsforskellen mellem to lige store anparter kan være langt større end 10:1, vil en anpartsbesiddelse på langt under 9,1% af kapitalen være tilstrækkelig; i princippet vil én anpart på 1,- kr., som er tillagt hele stemmeretten, være tilstrækkelig.

Hvor stemmeretten ikke vokser proportionalt med andelen af kapitalen, dvs. hvor der foreligger en stemmeretsbegrænsning (et stemmeloft), degressiv stemmeskala eller andelsselskabslignende stemmeretssystem (én stemme pr. aktionær), skal der tages hensyn til, hvordan aktierne på det givne tidspunkt faktisk er fordelt. Det ville være uantageligt, om et selskab A, der ejer fx 30% af et andet selskab B's aktiekapital, men som pga. B's stemmeretsbegrænsning kun kan afgive stemmer svarende til 2% af aktiekapitalen i B, skulle betragtes som B's moderselskab i selskabsretlig forstand.

1.2. Bestyrelsesflertal (§ 2, stk. 2, nr. 2)

Denne indgangsvinkel til koncernbegrebet, som er kalkeret af fra den regnskabsmæssige koncerndefinition, der atter har sit udspring i EU's 4. og 7. selskabsdirektiv, er ny i dansk ret. Et selskab M, der behersker bestyrelsesflertallet i et selskab D, vil næsten altid samtidig have enten et absolut stemmeflertal i D eller dog en bestemmende indflydelse i D, baseret på en praktisk stemmemajoritet. Det er en betingelse, at moderselskabet er aktionær/anpartshaver i datterselskabet. Størrelsen af aktie- eller anpartsbesiddelsen er underordnet, og selv en symbolsk selskabsdeltagelse vil således være tilstrækkelig. Den selvstændige betydning af dette led i kriteriet er derfor ringe.

Betingelsen om, at moderselskabet har »ret« til at udnævne eller afskedige bestyrelsesflertallet, må forstås således, at der ikke blot skal være tale om en begrundet forventning om, at bestyrelsesflertallet beherskes, men at der er et egentligt retskrav på at kunne foretage udnævnelsen eller afskedigelsen. Derimod er det ikke afgørende, om retskravet grunder sig på vedtægterne, en aktionæroverenskomst, en aftale i forbindelse med pantsætning af aktier/anparter eller på en helt tredje slags aftale.

Udtrykket »et flertal« må antages at skulle tages bogstaveligt, og det følger heraf, at betingelsen ikke er opfyldt i en situation, hvor et selskab »M« er tillagt beføjelse til at udpege nøjagtig halvdelen af bestyrelsens medlemmer, herunder bestyrelsens formand, hvis stemme skal være udslaggivende i tilfælde af stemmelighed i bestyrelsen. Det kan måske undre, at der ikke er taget højde for denne mulighed i formuleringen, eftersom en udslaggivende stemme, typisk for formanden, kendes i alle stater. Herhjemme skal en sådan regel blot stå i vedtægterne for at være gyldig, jf. § 57, stk. 2, 2. led, men når der ikke er taget højde derfor i koncerndefinitionen, må der sluttes modsætningsvis derfra. Dette udelukker dog ikke, at der som følge af beherskelsen af den udslaggivende stemme besiddes en sådan bestemmende indflydelse, at et koncernforhold foreligger af denne grund, men altså ikke som følge af § 2, stk. 2, nr. 2.

Beherskelse af et aktieselskabs direktion er ikke tilstrækkelig til at opfylde kriteriet i § 2, stk. 2, nr. 2. Hvis man forestiller sig en situation, hvor to selskaber M-1 og »M-2« hver har halvdelen af aktiekapitalen og af stemmerne i et selskab D, og hvor M-1 besætter et flertal af bestyrelsens mandater, mens »M-2« ifølge aktionæroverenskomst skal besætte direktionen eller dens flertal, vil altså M-1, men ikke »M-2« opfylde kriteriet i § 2, stk. 2, nr. 2. Hvis M-1 end ikke har ret til at besætte bestyrelsesflertallet, men blot halvdelen af bestyrelsen, herunder formanden med en udslaggivende stemme, vil heller ikke M-1 opfylde koncernkriteriet i § 2, stk. 2, nr. 2. Beherskelse af (flertallet af) et anpartsselskabs direktion vil kun være nok til at opfylde det selskabsretlige koncernkriterium, såfremt selskabet ikke har nogen bestyrelse, således direkte § 2, stk. 2, nr. 2.

1.3. Bestemmende indflydelse med aktionærstatus (§ 2, stk. 2, nr. 3)

Det er ligesom efter § 2, stk. 2, nr. 2 (bestyrelsesflertal + aktionærstatus) en betingelse, at moderselskabet er aktionær/anpartshaver i datterselskabet. Størrelsen af aktie- eller anpartsbesiddelsen er også her underordnet, og selv en symbolsk selskabsdeltagelse vil således være tilstrækkelig. Den selvstændige betydning af dette led i kriteriet er derfor som nævnt ringe.

For at kriteriet i § 2, stk. 2, nr. 3, skal være opfyldt, skal der være »ret« til at udøve en bestemmende indflydelse. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der faktisk udøves en bestemmende indflydelse; den skal bestå »de jure«. En faktisk bestemmende indflydelse er derimod tilstrækkelig til at opfylde kriteriet i § 2, stk. 2, nr. 5. Man kan derfor spørge, hvilken selvstændig betydning nr. 3 (ret til at udøve bestemmende indflydelse) overhovedet har. Svaret er, at man skal begynde »øverst på skalaen«, når man efterprøver, om der er et koncernforhold, idet man hele tiden bevæger sig fra det formelt konstaterbare til det mere skønsprægede, og det skal – selv om §'ens væv af forskellige kriterier kan forekomme formalistisk – stedse først efterprøves, om ét af de mere formelt definerede kriterier er opfyldt, før man begiver sig ud i et mere skønspræget forhold.

Kriteriet i nr. 3 (ret til at udøve en bestemmende indflydelse) vil opfange mange situationer, som ikke blev opfanget af nr. 1 (besidder flertallet af stemmerettighederne).

Når der tales om bestemmende indflydelse »over selskabet«, udtales der ikke herved noget om, via hvilket organ i selskabet indflydelsen udøves. Det må være klart, at en direkte indflydelse på selskabets virksomhed uden om dets bestyrelse eller direktion ikke kan kræves (og efter blandt andet dansk ret ville en sådan indflydelse også være retligt udelukket). Det må ligeledes være klart, at der ikke kan kræves beherskelse af de stemmer, der skal til for at udnævne eller afskedige bestyrelsesmedlemmerne, for i så fald var forholdet opfanget af nr. 2. Tilbage bliver derfor følgende: en begrundet forventning om normalt at ville kunne bestemme, hvad der skal besluttes eller ikke besluttes på selskabets generalforsamling, med andre ord: en praktisk majoritet på dettes generalforsamling. En »praktisk majoritet« må forstås som noget mindre end det absolutte flertal, der kræves efter nr. 1. Praktisk majoritet er udtryk for, at det herskende selskab som følge af spredningen

af de øvrige aktier normalt vil kunne forvente at beherske et flertal til regnskabsgodkendelse, bestyrelsesvalg (selv om bestyrelsesflertallet kan tænkes at være behersket af et andet selskab, jf. kriteriet i nr. 2), udbyttebeslutning mv., hvorimod et flertal som til vedtægtsændringer ikke kan kræves.

Vel er der et skønselement i spørgsmålet om »bestemmende indflydelse«, nemlig når den eventuelle eksistens af en praktisk majoritet skal vurderes, men kravet om »ret« til at udøve en bestemmende indflydelse må som supplerende betingelse hertil indebære, at den stemmekraft hos det herskende selskab, hvis udøvelse indebærer en »bestemmende indflydelse«, tilkommer det herskende selskab som et retskrav. Forstået på denne måde er betingelsen to-leddet: Først afgøres det, om det herskende selskab (der skal være aktionær/anpartshaver) besidder sin stemmekraft som følge af vedtægterne (nemlig blot disses stemmeretsregler) eller som følge af en aftale (jf. straks nedenfor). Dernæst afgøres det, om den indflydelse, som herved tilkommer selskabet som et retskrav, nu også kan betegnes som »bestemmende«.

Efter danske begreber forekommer det problematisk, hvordan der gennem aftale med det beherskede selskab selv, i modsætning til en aftale med medaktionærer, kan tænkes etableret en bestemmende indflydelse. Man kan jo ikke på tværs af vedtægternes stemmeretsregler indgå en aftale mellem det beherskede selskab og det herskende selskab om, at sidstnævnte skal udøve en bestemmende indflydelse i førstnævnte; et selskab kan ikke give sin selvstændighed væk gennem aftale. Hertil må man sige, at som dansk selskabs- og koncernret indtil videre er indrettet, vil dette led i nr. 3 næppe kunne opfyldes; der må først skabes lovhjemmel til, at et selskab gennem en institutionaliseret aftale med et andet selskab kan give dette en bestemmende indflydelse. Sådanne beherskelsesaftaler kendes fra tysk ret og fra udkastet til 9. selskabsdirektiv (om materiel koncernret), men endnu savner vi hjemmel til dem.

1.4. Stemmeflertal og aktionærstatus (§ 2, stk. 2, nr. 4)

Det er ligesom efter § 2, stk. 2, nr. 2 (bestyrelsesflertal + aktionærstatus) og nr. 3 (bestemmende indflydelse + aktionærstatus) en betingelse efter nr. 4, at moderselskabet er aktionær/anpartshaver i datterselskabet. Størrelsen af aktie- eller anpartsbesiddelsen er også her underordnet, og selv en symbolsk selskabsdeltagelse vil således også her være tilstrækkelig. Den selvstændige betydning af dette led i kriteriet er derfor som i de andre tilfælde ringe.

Det er ikke tilstrækkeligt at have en bestemmende indflydelse for at opfylde kriteriet i nr. 4. Der skal ligesom i nr. 1 være tale om flertallet af stemmerettighederne. Der skal således foreligge en absolut, ikke blot en praktisk majoritet. Der kan derfor henvises til bemærkningerne under nr. 1 vedrørende forståelsen af udtrykket »flertallet af stemmerettighederne«: der skal være tale om et flertal af alle de stemmerettigheder, der kan udøves, og hvis der er en vedtægtsmæssig stemmeretsbegrænsning, kan en sådan derfor udelukke koncernforholdet.

Mens moderselskabet i nr. 1 ikke behøver være aktionær/anpartshaver, er dette en betingelse efter nr. 4. Mens det efter nr. 1 er uden betydning, af hvilken retlig årsag moderselskabet »besidder« sit stemmeflertal, skal det efter nr. 4 være en aftale med de andre aktionærer/anpartshavere, der har skaffet moderselskabet dets absolutte stemmeflertal. Denne betingelse kan udtrykkes således, at der skal være årsagssammenhæng mellem aftalen og rådigheden over stemmeflertallet. Det skal med andre ord være aftalen, der medfører, at det selskab M, der ellers kun ville have mindre end stemmeflertallet, har fået de ekstra stemmer, der giver det en absolut majoritet. Et helt jordnært eksempel er en 49:49% aktie- og stemmefordeling mellem to aktiebesiddende selskaber, hvoraf det ene gennem aftale tillige har fået tillagt den sidste 2%-aktionærs stemmer og derved har opnået et absolut stemmeflertal.

Det vil ses, at der er en nuance mellem sprogbrugen i nr. 1: besidder flertallet af stemmerettighederne, og nr. 4: råder over flertallet af stemmerettighederne. Også denne nuance hidrører fra koncernregnskabsdirektivet – tysk: »die Mehrheit der Stimmrechte hat«, hhv. »über die Mehrheit der Stimmrechte ... verfügt« – engelsk: »has a majority of ... voting rights«, hhv. »controls alone ... a majority of ... voting rights«. Det kan umiddelbart være vanskeligt at indse, at der herved skulle være nogen realitetsforskel fra situationen i nr. 1 (idet der herved ses bort fra kravet i nr. 4 om aktionær- eller anpartshaverstatus, der som nævnt er af praktisk ringe betydning). Hvis et selskab M har aktier, der giver det 49% af alle stemmer, og tillige gennem aktionæraftale har fået tillagt 2% fra andre aktionærer, »besidder« det da ikke et flertal som omhandlet i nr. 1, og bliver nr. 4 i så fald ikke betydningsløs i langt de fleste situationer? Hertil må der formentlig svares benægtende, eftersom der må kræves en mere permanent ret til flertallet i nr. 1, end det er tilfældet i nr. 4. Allerede ordet »besidder« (tysk: hat, eng.: has) viser, at forholdet skal være fast og permanent (om end det ikke behøver grunde sig på en ejendomsret til de aktier/anparter, der giver de pågældende stemmer), mens kravet i nr. 4 om, at moderselskabet »råder« over flertallet (tysk: verfügt, eng.: controls) efter omstændighederne kan have en mere forbigående karakter.

Tidsbegrænsede »alliancer« på kryds og tværs mellem aktionærerne kan således medføre koncernforhold efter nr. 4, men normalt ikke efter nr. 1. Erkendes må det dog, at den tidsmæssige udstrækning af koncernforhold efter nr. 1 ikke behøver være længerevarende end efter nr. 4. Man kan blot som eksempel tage den panthaver, der med hjemmel i pantsætningsaftalen overtager stemmeretten for et halvt års tid. Denne panthaver »besidder« utvivlsomt stemmerne i nr. 1's forstand, hvorimod en panthaver, der ikke er aktionær/anpartshaver, og som heller ikke har sin dispositionsret over stemmerne i kraft af aftale med andre aktionærer/anpartshavere, ikke ville kunne opfylde kriteriet i nr. 4.

I nogle tilfælde kan det få en reel betydning, efter hvilken bestemmelse i § 2 et koncernforhold består. Således består medarbejdernes ret til koncernrepræsentation i moderselskabet kun i tilfælde af, at koncernforholdet baserer sig på, at moderselskabet »besidder flertallet af stemmerettighederne«, jf. § 49, stk. 3, 1. pkt. (som affattet med virkning fra den 1. april 1991), og her vil således alene et stemmmeflertal på grundlag af nr. 1 tælle.

1.5. Bestemmende indflydelse samt aktie/anpartsbesiddelse (§ 2, stk. 2, nr. 5)

Det er ikke som efter § 2, stk. 2, nr. 2 (bestyrelsesflertal + aktionærstatus), nr. 3 (bestemmende indflydelse + aktionærstatus) og nr. 4 (stemmeflertal de facto + aktionærstatus) en betingelse, at moderselskabet er aktionær/anpartshaver i datterselskabet. Det er nok, at aktierne/anparterne i datterselskabet »besiddes«, og dette kan således omfatte enhver form for rådighed, herunder panteret, brugsret mv. Klart er det dog, at langt det mest almindelige vil være ejendomsret til aktierne, og når moderselskabet således er aktionær/anpartshaver som i nr. 2-4, bliver det forhold, der adskiller nr. 5-kriteriet fra nr. 3-kriteriet, derfor noget andet, nemlig den bestemmende indflydelses beskaffenhed.

Efter nr. 3 skal moderselskabet have »ret« til at udøve en bestemmende indflydelse (altså et *de jure* kriterium), mens der efter nr. 5 alene skal være tale om, at en sådan faktisk udøves (altså et *de facto* kriterium). Hvis man definerer en bestemmende indflydelse som en stemmekraft, der normalt vil sætte moderselskabet i stand til at udøve et stemmeflertal på datterselskabets generalforsamling – hvis man med andre ord sætter lighedstegn mellem »bestemmende indflydelse« og »praktisk majoritet« – kan forskellen mellem nr. 3 og nr. 5 (bortset fra forskellen mellem

ejendoms- og rådighedsret over aktierne/anparterne) fastlægges således, at moderselskabet i nr. 3 permanent skal have ret til de stemmer, der udgør en praktisk majoritet, mens det i nr. 5 blot faktisk skal beherske stemmer, der udgør en praktisk majoritet. Skønsproblemet ophæves herved i virkeligheden til anden potens (først et skøn over, hvor mange stemmer der beherskes, dernæst et skøn over, om de udgør en praktisk majoritet).

1.6. Definitionen af et datterselskab

Efter at § 2, stk. 2, således har fastlagt, hvornår der foreligger et moderselskab, bestemmer § 2, stk. 3, at det aktie- eller anpartsselskab, hvormed moderselskabet har én af de nævnte former for forbindelse, er et datterselskab. Tilsammen udgør moderselskabet og dets datterselskaber en koncern, jf. § 2, stk. 1. Datterselskabet skal ligesom moderselskabet være et dansk aktie- eller anpartsselskab, men i visse henseender kan eller skal et udenlandsk »datterselskab« tages i betragtning, fx i relation til moderselskabets og dets datterselskabers maksimale besiddelse af egne aktier i moderselskabet.

1.7. Både moderselskabets og andre datterselskabers indflydelse medregnes

De her behandlede spørgsmål har, som det fremgår af den citerede tekst, betydning både vedrørende både »stemmerettigheder« og vedrørende spørgsmålet om udpegningsretten til bestyrelsesflertallet. Herved henvises der til koncernkriterierne i nr. 1, 2 og 4 (stemmeflertal eller bestyrelsesflertal), men – i hvert fald efter ordlyden – ikke til kriterierne i nr. 3 eller 5 (bestemmende indflydelse). Også selskaber længere »nede« i hierarkiet – sådanne selskaber, som vi i daglig tale ville være tilbøjelige til at kalde »datter-datterselskab« etc. – er i selskabsretlig forstand »datterselskaber«. Med andre ord er ethvert selskab, hvorover et andet selskab alene eller sammen med sine øvrige datterselskaber har de beføjelser, som fremgår af § 2, stk. 2, nr. 1-5, et datterselskab af det pågældende selskab. Den flerhed af selskaber, der udgøres af ét selskab, som har den i nr. 1-5 nævnte indflydelse, og ét eller flere andre selskaber, hvori denne indflydelse haves, udgør en koncern i selskabsretlig forstand.

Derimod har vi i dansk ret ingen regulering af spørgsmålet om krydsejerskab, *cross-holding*, forstået som sådanne tilfælde, hvor selskab A ejer en (betydelig) aktiepost i selskab B, der omvendt ejer en (betydelig) aktiepost i A, uden at der i nogen af disse henseender består et koncernforhold. Krydsejerskab kan være et middel til at konservere magten for den siddende bestyrelse i begge selskaber, og meget kunne tale for en vis lovregulering af forholdet, således som det er tilfældet i Tyskland og Frankrig, men det er yderst vanskeligt at fastslå, præcist hvor grænsen mellem selskabernes frihed på den ene side og lovreguleringen på den anden side skal gå; hertil kommer, at selv en temmelig intens lovregulering synes at være reelt af begrænset virkning, jf. *Karsten Engsig Sørensen* i J 1993.347 ff.

2. Det skatteretlige koncernbegreb

Det første spørgsmål, der her melder sig, er, hvad der i selskabsskatteretlig forstand skal forstås ved en koncern. I regnskabs-, selskabs- og børsretlig forstand er begrebet entydigt fastlagt i årsregnskabsloven, aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven og værdipapirhandelsloven, og når sådanne love anvender udtrykket »koncern«, »moderselskab« eller »datterselskab«, er der derfor tale om fast definerede, gennemgående begreber.

Anderledes forholder det sig i skatteretten – ikke fordi definitionerne her er mere slørede, men fordi skatteretten har behov for forskellige koncernbegreber til forskellige formål. Der findes således ikke en enkelt lovbestemmelse, der med gennemgående virkning for hele selskabsskatteretten fastlægger, hvad der skal forstås ved en koncern. Koncernbegrebet er ad hoc defineret i hver enkelt sammenhæng. Dette er ikke en svaghed ved selskabsskatteretten, og det skyldes ikke, at man har forsøgt, men opgivet en samlet definition. Årsagen er, at koncernbegrebet skal tjene forskellige formål og derfor nødvendigvis må formuleres i overensstemmelse hermed. Se nærmere *Erik Werlauff* i S.U. 1996, 231 om dansk og international koncernbeskatningsret og nærmere om spørgsmålet om koncernenhed eller -flerhed i skatteretlig sammenhæng *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 73 ff. om etablering, s. 137 ff. om drift, s. 279 ff. om omstrukturering og s. 307 ff. om ophør. Se også *Bertil Wiman* i Gustaf Lindencrone, Sven-Olof Lodin & Bertil Wiman (ed.): International Studies in Taxation: Law and Economics – Liber amicorum Leif Mutén, s. 363 ff.: »Equalizing the income tax burden in a group of companies«.

Det giver derfor ingen skarp juridisk mening at tale generelt om »en koncern« i skatteretten, men ikke desto gør man det alligevel gerne i det praktiske liv, uden at der herved sker nogen skade.

I 2004 har man i en række skatteretlige henseender forsøgt at ensrette begrebet »bestemmende indflydelse« og at erstatte det tidligere anvendte begreb »kontrol« med »bestemmende indflydelse«. Dette udtryk er samtidig defineret som mere end 50% af stemmer og/eller kapital i det pågældende selskab. Se oversigten over de lovbestemmelser, hvor udtrykket er indført, i SR-Skat 2004 s. 198.

Rent skatteretligt kan man i øvrigt opdele koncernbegreberne således:

2.1. Ejendomsret til mindst 20% af datterselskabets kapital

Der er et formaliseret koncernbegreb, som skal fastlægge, hvornår et moderselskab kan modtage *skattefrit datterselskabsudbytte*. Dette koncernforhold, som fra 1999 er ens for både danske og udenlandske datterselskabers vedkommende, indtræder, når moderselskabet ejer mindst 20% (før 2002: 25%) af kapitalen i datterselskabet i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken udbytteudlodningstidspunktet skal ligge, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Fra 2002 nedsatte Danmark brøken fra 25% til 20% for at udvide området for skattefrit udbytte. Der er selvsagt intet i moder/datterselskabsdirektivet, 90/435, der forhindrer en sådan forbedring.

Moderselskabet skal her være én af de i lovbestemmelsen nærmere opregnede selskabstyper, ikke fx en fysisk person eller et interessentskab med 20% ejerskab, og datterselskabet skal også være én af de opregnede selskabstyper, aktie-, anparts- eller anden form for kapitalselskab. Moderselskabets faktiske indflydelse i datterselskabet, fx spørgsmålet om eventuelt stemmeflertal eller blot bestemmende indflydelse, er herved uden betydning.

2.2. Ejendomsret til 100% af datterselskabets kapital

Et lige så formaliseret koncernbegreb regulerer, hvornår et »moderselskab« kan lade sig frivilligt *sambeskatte* med ét eller flere datterselskaber i ind- eller udland. Denne rettighed opstår først ved 100% ejerskab (om end med visse undtagelser: generelle medarbejderaktier i datterselskabet eller en påtvunget udenlandsk medejer i dette), jf. SEL § 31. Også her opregnes bestemte moder- og bestemte datterselskabstyper, idet en fysisk person eller et interessentskab fx ikke kan lade sig sambeskatte

med et 100% ejet selskab og herved få fradrag på sin selvangivelse for selskabets underskud). Også her er moderselskabets faktiske indflydelse i datterselskabet underordnet, om end der i sagens natur oftest vil foreligge en bestemmende indflydelse.

2.3. Beherskelse af mere end 50% af stemmer eller kapital i datterselskabet

Et koncernkriterium, som, da det først var defineret, har kunnet genanvendes i en række sammenhænge, er det kriterium, der forudsætter en fælles beherskelse af mere end 50% af datterselskabets kapital eller stemmer, enten således at A på denne måde hersker over B, eller at C (eller C m.fl.) på denne måde hersker over både A og B. Ved efterprøvelsen af, om kriteriet er opfyldt, indgår alle typer juridiske samt fysiske personer.

Kriteriet opstilledes først i KGL 1985 § 6 B, nu KGL § 4, for at definere, hvilke koncerninterne fordringer der ikke giver tabsfradrag. Dernæst har det kunnet genanvendes i SEL § 32 til at definere, hvilke datterselskaber i lavskattelande, såkaldte *tax havens*, et dansk moderselskab skal undergives tvungen sambeskatning med. Videre har kriteriet kunnet bruges i SKL § 3 B til at fastlægge, hvilke grænseoverskridende koncernforhold der udløser særlig dokumentationspligt vedrørende koncerninterne transaktioner, såkaldte kontrollerede transaktioner, så det kan efterprøves, at disse sker på armslængdevilkår. I samklang hermed anvendes kriterier i LL § 2 til at definere, hvilke danske eller grænseoverskridende koncernforhold der kan give anledning til korrektion af vilkårene for koncerninterne transaktioner, kontrollerede transaktioner. Samme kriterium danner efter SEL § 11 grundlag for efterprøvelse af, hvilke danske selskaber og filialer af udenlandske moder- hhv. hovedselskaber der kan risikere nedkorrektion af deres renteudgifter og andre finansudgifter, hvis det danske selskab er tyndt kapitaliseret som følge af koncernintern gæld, såkaldt kontrolleret gæld.

2.4. Bestemmende indflydelse

Skattemyndighederne kan påbyde et selskab at *omlægge sit regnskabsår*, så det bliver sammenfaldende med den eller dem, der har en bestemmende indflydelse over selskabet, jf. SEL § 10, stk. 5. Bestemmelsens baggrund er at forebygge, at indtægter eller udgifter vilkårligt forskydes eller skubbes fra enhed til enhed fra år til år. Datterselskabet skal

her være et selskab, en forening eller en anden enhed omfattet af SEL, mens moderselskabet kan antage en hvilken som helst retsform, fx én eller flere fysiske og/eller juridiske personer.

Med dette eksempel er der allerede påvist tre forskellige koncernbegreber i selskabsskatteloven: Kriterierne for skattefrit datterselskabsudbytte, for frivillig sambeskatning og for tvungen omlægning af regnskabsår.

2.5. Interessefællesskab

Et mere udefineret interessefællesskab, som medfører, at der ikke nødvendig handles på arm's length vilkår som mellem ikke-inmteresseforbundne parter, kan give grundlag for en korrektion på mere klassisk skatteretligt grundlag af transaktioner mellem de således interesseforbundne parter, såfremt der ikke handles på arm's length vilkår. Ved fastlæggelse af, om dette ulovregulerede kriterium er opfyldt, indgår principielt alle kategorier af juridiske samt fysiske personer. A kan have særlig indflydelse på B, ligesom det omvendte kan være tilfældet, eller C har særlig indflydelse på dem begge. Der kræves ikke nødvendigvis bestemmende indflydelse, men blot en form for videregående interessefællesskab, som formodningsvis kan sætte markedsmekanismerne ud af kraft. Eksempelvis kan der i forholdet mellem et selskab og dets aktionærer statueres maskeret udlodning, jf. LL § 16 A, ikke blot i relation til hovedaktionærer, men også i relation til minoritetsaktionærer.

Dette kriterium: interessefællesskab, vil kunne benyttes til korrektion af samhandelsvilkår i medfør af SL § 4 om indtægtssiden, SL § 6 om udgiftssiden og/eller LL § 16 A om deklareret eller maskeret udbytte. Også hvis der internationalt skal ske korrektion, idet én stat vil opkorrigere den indkomst, som et selskab skal beskattes af pga. sin samhandel med et selskab i en anden stat, er det nok, at virksomhederne er associeret, uanset om der foreligger et koncernforhold eller ej, jf. OECD-modelkonventionens art. 9.

Man kan således ikke sige, at de foran beskrevne interessefællesskabssituationer, der reguleres af 50%-kriteriet, dvs. fx LL § 2, er udtømmende i deres angivelse af, hvornår der kan ske korrektion. Men 50%-kriteriet er udtømmende for netop de retsfølger, der beskrives i de pågældende lovbestemmelser, fx i relation til tynd kapitalisering, tvungen sambeskatning mv. I disse nøje specificerede situationer må der derfor sluttes modsætningsvis fra bestemmelserne.

3. Det børs- og kapitalmarkedsretlige koncernbegreb

Det børs- og kapitalmarkedsretlige koncernbegreb kommer til syne, når der på nærmere angiven måde skiftes kontrol over et børsnoteret selskab, idet det overgår fra at være under A's kontrol til at komme under B's kontrol. Det viser sig i denne forbindelse, at børs- og kapitalmarkedsretten har opstillet et koncernbegreb, som i sit udspring bygger på det selskabsretlige, men som på en række punkter fjerner sig fra dette.

Indtil VHL var den børsretlige regulering af overtagelsestilbud fastlagt i de af Københavns Fondsbørs udstedte børsetiske regler. VHL overførte de overordnede regler til loven, jf. dennes §§ 31 og 32. Lovens regler er suppleret med en bekendtgørelse udstedt af Fondsrådet, tilbudsbkg. (= overtagelsesbkg., takeoverbkg.).

Det er udtryk for nyskabelser, (1) at der etableredes en udtrykkeligt lovfæstet tilbudspligt, hvorved retslitteraturens diskussioner om den retlige beskaffenhed af de hidtidige forskrifter dermed afklares, jf. *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff* i J 1996 s. 176 ff., og (2) at VHL i sin endelige udformning definerer de tilfælde af overtagelse, der udløser lovpligtigt tilbud, lidt snævrere end efter Regel 7 (idet Regel 7 udløste tilbuds-»pligt« ved enhver overtagelse af »kontrol«, mens VHL §§ 31-32 i deres endelige udformning kræver egentligt stemmeflertal eller bestyrelsesflertal, altså ikke blot en »praktisk majoritet« af stemmerne). Dog blev anvendelsesområdet udvidet noget i 1999, jf. nedenfor.

For at der udløses tilbudspligt efter VHL §§ 31-31, skal der efter lovens endelige udformning ikke som under de børsetiske forskrifter være tale om »dispositioner, der direkte eller indirekte resulterer i overdragelsen af en aktiepost, som retligt eller faktisk giver kontrol over et selskab«, således som tilfældet var efter Regel 7. Der skal være tale om opnåelse af retten til (a) et absolut (altså ikke blot et relativt eller »praktisk« stemmeflertal) eller – lidt mindre praktisk her i landet – (b) ret til at udnævne eller afsætte bestyrelsesflertallet eller (c) en bestemmende indflydelse samt besiddelse af mere end 1/3 af stemmerettighederne. Denne sidste bestemmelse indførtes med virkning fra 1. maj 1999 og er et resultat af, at man har lyttet til kritikken i relation til *Ameritech's* overtagelse i 1997 af *Tele Danmark*, som kunne finde sted uden at udløse tilbudspligt, jf. *Fondsrådets årsberetning 1999*, pkt. 2.3., *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff* i UfR 1998 B s. 1 ff. samt *Jørgen Ravn Elkjær, Dan Buxbom & Kim Sparre* i R&R 1998 nr. 2 s. 33 ff., så tilbudspligt nu også udløses, hvor erhververen »kommer til at

kunne udøve en bestemmende indflydelse over selskabet og kommer til at besidde mere end en tredjedel af stemmerettighederne«, jf. nu VHL § 31, stk. 1, nr. 5. Dvs. at den »5. pind« i § 31, som på en ikke helt gennemskuelig måde gled ud af lovforslaget inden dettes vedtagelse, er genindført, jf. nærmere om den genindførte 5. »pind« *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff* i UfR 1999 B s. 315 ff.

Ved fastlæggelsen af, om erhververen kommer til at kunne udøve bestemmende indflydelse over målselskabet, indgår der en række elementer, herunder erhververens mulighed for indflydelse på sammensætningen af bestyrelsen eller dens flertal, ligesom også hele aktionærsammensætningen i selskabet må tages i betragtning. Jo mere spredt de øvrige dele af aktiekapitalen er, jo mindre del af kapitalen fordres der til en bestemmende indflydelse. Derimod gælder det, at den, der allerede har en bestemmende indflydelse som nævnt i ét af leddene i § 31, ikke på ny skal afgive tilbud, blot fordi den pågældende forøger sin besiddelse, jf. *Afgørelser & udtalelser,* november 2001, afgørelse 1, hvor storaktionæren, der allerede besad 32% af kapitalen og 64% af stemmerne, nu erhvervede yderligere 2% af kapitalen. Ikke overraskende udtalte Fondsbørsen, at da aktionæren allerede før købet havde kontrol over det børsnoterede selskab, ville en yderligere erhvervelse ikke udløse tilbudspligt efter § 31. Det kan tilføjes, at der ikke herved skal sondres, om aktionærens erhvervelse i sin tid udløste tilbudspligt eller ej.

Også option (køberet) mv. til andre aktier kan spille ind, når det skal afgøres, om der opnås kontrol. Se hertil *UfR 1999.727 H, Progress*, hvor kombinationen af (a) en aktionærs (Seaway's) køb af 35% af aktiekapitalen fra en anden aktionær, (b) option til aktiesælgerens resterende 40% af aktiekapitalen og (c) aktiesælgerens afståelse fra at stemme ved bestyrelsesvalget, efter en samlet betragtning medførte, at tre af fem højesteretsdommere fandt det »ubetænkeligt at lægge til grund, at aktiehandelen indebar, at Seaway kunne vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i Progress, og dermed gav Seaway faktisk kontrol over selskabet«, hvorfor identisk tilbud udløstes efter dagældende Regel 7. Sø- og Handelsretten (hvis første dom i sagen ophævedes, fordi én af de handelskyndige dommere havde deltaget som bestyrelsesmedlem i Københavns Fondsbørs under dennes behandling af sagen) ville ligesom de dissentierende to højesteretsdommere have givet Fondsbørsen medhold i, at der ikke var ført bevis for nogen aftale, hvorved Seaway på tidspunktet for Fondsbørsens afgørelse havde fået den faktiske kontrol over Progress. De dissentierende højesteretsdommere tilføjede, at

den fortolkning af betingelserne for tilbudspligten, som Fondsbørsen anvendte i sagen, var i overensstemmelse med den dengang udviklede praksis. Sagen var alene anlagt mod Fondsbørsen, ikke mod erhververen, og dommen var derfor ikke udtryk for et krav om naturalopfyldelse for så vidt angår tilbudspligten, men alene for en dom, der kendte Fondsbørsens afgørelse urigtig.

Udtrykket »1/3 af stemmerettighederne« er ikke nærmere defineret i den nye lovbestemmelse. Såfremt selskabet har en helt proportional stemmeret uden vedtægtsmæssige stemmeretsbegrænsninger (stemmeloft), volder forståelsen ingen vanskelighed. Men hvis vedtægterne indeholder en stemmeretsbegrænsning, kan formuleringen give anledning til fortolkningstvivl. Nærmere bestemt kan der være tvivl, hvorvidt der ved beregningen (1) skal tages højde for et vedtægtsmæssigt stemmeloft (både ved beregningen af brøkens tæller og ved beregningen af dens nævner), eller om der (2) helt matematisk skal regnes med samtlige stemmerettigheder, der er knyttet til alle aktier i selskabet, uanset hvordan disse konkret er fordelt, og uanset om stemmeretsbegrænsningen rammer andres aktier og/eller erhververens aktier i selskabet.

Når henses til, at brøken på 1/3 i VHL § 31 ifølge lovmotiverne udtrykkeligt er valgt med henvisning til majoritetsberegningen i AL § 78, og til, at der ved beregningen af afgivne stemmer efter AL § 78 i sagens natur kun kalkuleres med stemmer, der faktisk kan udøves, dvs. uden at være ramt af et stemmeloft, taler ganske meget for førstnævnte fortolkningsmulighed: Der skal tages hensyn til den faktiske aktiefordeling i selskabet på erhvervelsestidspunktet og dermed også til de faktiske virkninger af et vedtægtsmæssigt stemmeloft.

Samme resultat synes at måtte nås, hvis man sammenholder med VHL § 31, stk. 1, nr. 1, der udgør »den første pind« i det børsretlige koncernkriterium: »Flertallet af stemmerettighederne i selskabet«. Der kan næppe være tvivl om, at denne »første pind« må tages bogstaveligt, således at der skal kalkuleres med de stemmer, der faktisk kan afgives, dvs. med fuld respekt af vedtægtsmæssige stemmeretsbegrænsninger. Også heraf må det derfor følge, da nu den »femte pind« genanvender udtrykket »stemmerettighederne i selskabet«, at en tilsvarende fortolkning må anvendes på den »femte pind«.

Det må følge heraf, at der ved afgørelsen af, om den femte pind er opfyldt eller ej, skal tages hensyn til, hvordan aktierne på det givne tidspunkt faktisk er fordelt. Begrebet »mere end 1/3 af stemmerettighederne« skal derfor retteligt forstås som »mere end 1/3 af samtlige de stemmer, der ville kunne afgives, såfremt samtlige aktionærer mødte

frem og afgav de stemmer, som deres aktiebesiddelse sammenholdt med selskabets vedtægter, herunder med eventuelle stemmeretsbegrænsninger, tillader dem at afgive«.

Såfremt denne fortolkning kan lægges til grund, indebærer den for det første, at der i den enkelte erhvervelsessituation skal foretages noget mere indgående beregninger, end brøkreglen umiddelbart kunne synes at lade formode. Den indebærer endvidere, at der vil kunne forekomme tilfælde, hvor en vedtægtsmæssig stemmeretsbegrænsning er sat så lavt, at erhververen vel erholder bestemmende indflydelse over selskabet som følge af stemmefuldmagter, spredning i øvrige aktier mv., men hvor erhververen ikke på nogen måde kan komme op på 1/3 af alle de stemmer, der i givet fald ville kunne afgives på generalforsamlingen, henset til den faktiske aktiefordeling. I alle disse tilfælde er den femte pind derfor reelt betydningsløs. En erhverver vil kunne overtage den faktiske kontrol over et selskab, uden at der herved udløses tilbudspligt, uanset at erhververen både har bestemmende indflydelse og besidder mere end 1/3 af den nominelle aktiekapital.

Er der derimod tale om, at selskabets kapital er opdelt i aktieklasser med forskellig stemmevægt, volder beregningen ikke vanskeligheder. Vanskelighederne forekommer kun, hvor muligheden for at udøve stemmer er differentieret efter, hvor mange aktier der er forenet på én ejer, det vil sige i tilfælde af en vedtægtsmæssig stemmeretsbegrænsning. Vanskelighederne består således ikke, hvor stemmeretten varierer pr. aktie, men hvor den varierer pr. aktionær.

Erhververen i henhold til VHL § 31 kan være (a) en fysisk person, (b) en juridisk person eller (c) flere af disse, der *samarbejder om at opnå bestemmende indflydelse* over et børsnoteret selskab (målselskabet), jf. § 1, stk. 5, i tilbudsbkg., bkg. nr. 827 af 10. november 1999, der med virkning fra 22. november 1999 har afløst bkg. nr. 333 af 23. april 1996.

Et samarbejde som nævnt under (c) – eller med terminologisk forbillede i kommentarerne til den britiske City Code on takeovers and mergers: *a concert party* – er blandt andet anset at foreligge i en situation, hvor to selskaber samarbejdede om at opnå stemmeflertallet i målselskabet, og hvor det ene selskab var ejet ligeligt af det andet selskabs bestyrelsesformand og administrerende direktør. De to selskaber var derfor at betragte som »en erhverver« i relation til tilbudspligten, jf. *Månedsrapport* nr. 302, juni 1997, s. 18.

Hvis flere tilsyneladende uafhængigt af hinanden erhverver aktieposter i selskabet, kan de således i relation til tilbudsreglerne blive anset for én aktionær, enten fordi der foreligger en reel identitet mel-

lem dem i tilbudsreglernes forstand, eller fordi de handler koordineret efter aftale, jf. *Erik Werlauff* i UfR 2000 B s. 601 ff. (»Samarbejde om kontrollen over et børsnoteret selskab – et udvidet, ufærdigt børsretligt koncernbegreb«). Se hertil *Månedsrapport* maj 2000, afgørelse 1.1., hvor der samme dag kom meddelelse fra to forskellige erhververe om køb af hhv. 20 og 16,5% af aktierne i et selskab. Fondsbørsen bad dem begge om at redegøre for den reelle identitet bag hver af de to aktionærer, både for så vidt angik ejerskab og indflydelse, ligesom de blev anmodet om at oplyse, om der var nogen relation mellem de to aktionærer. Da Fondsbørsen fik en tilfredsstillende besvarelse af disse spørgsmål, fandtes de to ikke at skulle anses som én aktionær i § 31's forstand.

Uanset at bemyndigelsesbestemmelserne i §§ 31, stk. 2, og 32, stk. 3, ikke udtrykkeligt giver Fondsrådet kompetence til at fastlægge, endsige udvide, lovens begrebsbestemmelser, er det formentlig velbegrundet, at Fondsrådet således har benyttet sin bkg. til at definere »erhverver«-begrebet i den her angivne henseende. Herved sikres der i rimeligt omfang mod forsøg på omgåelse af tilbudsreglerne, hvilket ellers kunne blive følgen, såfremt flere personer eller selskaber, der handlede koordineret, kunne slippe for tilbudspligten, når blot de hver for sig ikke opnåede stemmerflertal eller bestemmende indflydelse samt 1/3 af stemmerne i målselskabet. Som reglerne er fastlagt gennem kombinationen af loven og bekendtgørelsen, skal deres aktieerhvervelse sammentælles, når de »samarbejder om at opnå en bestemmende indflydelse«.

Når rimeligheden heri er fastslået, skal det imidlertid tilføjes, at udvidelsen af »erhverver«-begrebet giver anledning til meget betydelige praktiske vanskeligheder. Disse består særligt i at fastslå, hvor længe og i hvilke henseender flere personers aktiebesiddelse skal betragtes under ét. At de skal betragtes under ét i selve erhvervelsessituationen, når de samarbejder om at opnå en bestemmende indflydelse, fremgår direkte af tilbudsbkg. § 1, stk. 5.

Men skal de også betragtes under ét, hvis de efterfølgende handler aktier indbyrdes, så den bestemmende indflydelse derved koncentreres på færre af dem? Og skal denne »identifikation« mellem dem i så fald gælde, uanset om de ved deres fælles erhvervelse udløste tilbudspligt og har iagttaget denne, eller om de har erhvervet deres aktier på en sådan måde, at tilbudspligt aldrig er udløst (fx fordi de erhvervede deres aktier uafhængigt af hinanden og først derefter indgik en aftale, eller fordi de erhvervede deres aktier i fællesskab på et tidspunkt, hvor selskabet endnu ikke var børsnoteret)?

Disse spørgsmål tager bekendtgørelsen ikke stilling til, og Københavns Fondsbørs har derfor i sin praksis måttet »lappe« på denne tavshed for at nå frem til rimelige resultater. Fondsbørsen har således i sin praksis – utvivlsomt for at undgå, at der flere gange udløses tilbudspligt, når aftalebundne parter efterfølgende handler aktier indbyrdes – lagt til grund, at hvis aftalens parter både indadtil over for selskabet og udadtil over for omverdenen agerer som én aktionær med fælles stemmeafgivning mv., vil indbyrdes aktiehandel *ikke* udløse (ny) tilbudspligt – selv om der herved strengt taget opstår en situation, der efter loven og bekendtgørelsen udløser tilbudspligt, *enten* fordi en aktionær gennem aftale med andre aktionærer herved opnår stemmeflertal, jf. lovens § 31, stk. 1, nr. 4, *eller* fordi en delmængde af de aftalebundne aktionærer nu samarbejder om, at netop disse aktionærer opnår en bestemmende indflydelse.

Hverken loven eller bekendtgørelsen gør nogen undtagelse fra tilbudspligten i disse tilfælde. Eller for at illustrere forholdet gennem et samarbejde i form af en aktionæroverenskomst mellem to familiegrupper, der hver har halvdelen af fx den unoterede A-kapital i et selskab, og hvor hver gruppe fx består af tre aktionærer, idet det med fed skrift markeres, hvem der (alene eller sammen) besidder en bestemmende indflydelse: Det foreskrives *ikke*, at hvis fx **ABC**-**DEF** bliver til **A**BC-DE, så skal **A** være fri for at iagttage tilbudspligten under henvisning til, at han gennem en aftale med andre aktionærer allerede har bundet udøvelsen af sin bestemmende indflydelse i nærmere bestemt omfang. Eftersom han har erhvervet den bestemmende indflydelse (alene eller i et samarbejde med andre), udløses tilbudspligten.

Her er det, at Københavns Fondsbørs gennem sin praksis har »lappet« på de åbenlyst urimelige følger, denne retstilstand kunne få i flere tilfælde gennem udløsning af successiv tilbudspligt ved ændring af de indbyrdes aktiekonstellationer. Fondsbørsen har – strengt taget uden hjemmel i loven eller bekendtgørelsen – »fritaget« for tilbudspligten ved indbyrdes handler, *forudsat* samarbejdet mellem aktionærerne havde en sådan fasthed, at de agerede som én aktionær, både internt og eksternt. »Fritaget« anføres her i citationstegn, fordi der ikke er tillagt Fondsbørsen nogen dispensationsbeføjelse i loven. Kun Fonds*rådet* kan dispensere fra tilbudspligten, og kun i særlige tilfælde, jf. *Fondsrådets årsberetning 1998* pkt. 2.3, hvoraf fremgår, at dispensationsbeføjelsen kun yderst sjældent anvendes, og kun hvor overdragelsen har medført ubetydelige ændringer for minoritetsaktionærerne med hensyn til forudsætningerne for selskabets videre drift. Fonds*børsen* »administrerer« blot reglerne.

Teoretisk kan en minoritetsaktionær anfægte en afgørelse fra Fondsbørsen om, at tilbudspligt ikke udløses, og hvis da en præcis fortolkning af loven og bekendtgørelsen fører til, at tilbudspligt alligevel udløses, kan Fondsbørsen og erhververne dømmes til at iagttage tilbudspligt. Denne mulighed vil dog ofte være temmelig teoretisk, men i praksis er det faktisk set, at Fondsbørsens afgørelse anfægtes ved domstolene og underkendes af disse, jf. den allerede nævnte *UfR 1999.727 H*, Progress. I langt de fleste tilfælde vil Fondsbørsens afgørelse i sagen dog i praksis blive den endelige – men den, der vil vide sig helt sikker på ikke at skulle iagttage tilbudspligten, må sørge for at indhente Fonds*rådets* afgørelse, eftersom alene dette organ har en egentlig dispensationsbeføjelse.

Man kan anskue Fondsbørsens praksis på dette område fra den kritiske vinkel og sige, at denne praksis savner klar hjemmel i loven og bekendtgørelsen. Men man kan også vælge den mere positive indfaldsvinkel og fastslå, at den nævnte praksis er velbegrundet for at afparere urimelige virkninger af »samarbejdsreglen« i bkg. § 1, stk. 5. Man kan endog sige, at Fondsbørsen herved gør det arbejde færdigt, som Fondsrådet meget vel kunne have påtaget sig – nemlig at fastlægge *alle* konsekvenserne af, at flere, der samarbejder om at opnå en bestemmende indflydelse, skal betragtes som én erhverver.

Uanset hvor rimelig og praktisk velbegrundet Fondsbørsens praksis er, giver den anledning til en række yderligere problemer (når man først er begyndt at lappe på lovens tekst, er der næsten ingen grænser for de lapperier, der er nødvendige). Ét problem er allerede nævnt: Fondsbørsen har det ikke i sin magt at dispensere fra tilbudspligten, såfremt denne faktisk er indtrådt efter loven og bekendtgørelsen. Et andet problem er følgende, som allerede er antydet: Skal den i praksis antagne »identifikation« gælde, uanset om aftalens parter ved deres fælles erhvervelse udløste tilbudspligt og har iagttaget denne, eller om de har erhvervet deres aktier på en sådan måde, at tilbudspligt aldrig er udløst (fx fordi de erhvervede deres aktier uafhængigt af hinanden og først derefter indgik en aftale, eller fordi de erhvervede deres aktier i fællesskab på et tidspunkt, hvor selskabet endnu ikke var børsnoteret)? Hvor længe skal de være fritaget ud fra en identifikationsbetragtning? Skal en opløsning af deres indbyrdes aftale udløse tilbudspligt, selv om der ikke i forbindelse med opløsningen sker nogen erhvervelse af aktier?

Der er næppe noget entydigt svar på disse spørgsmål, og når man først har lappet på loven gennem bkg. § 1, stk. 5, og derefter lappet på konsekvenserne af § 1, stk. 5, gennem den nævnte »mildnende« praksis, er man ude i en sådan grad af retsusikkerhed – man kan sige: retsusik-

kerhed i tredje potens – at det kan være meget vanskeligt at rådgive i konkrete sager.

Eksempler på den nævnte praksis er følgende sager:

Hvis flere aktionærer, fx en gruppe familiemedlemmer, retligt bindende erklærer at ville optræde som én aktionær i alle forhold vedrørende selskabet, antages det, at de i relation til tilbudsreglerne også må opfattes som én aktionær med den følge, at indbyrdes aktiehandel mellem dem ikke udløser tilbudspligt, jf. *Månedsrapport* marts 2000, afgørelse 1.1., der til gengæld påtaler, at indholdet af familiemedlemmernes aktionæroverenskomst ikke var blevet offentliggjort, og at der var handlet aktier mellem familiemedlemmerne uden for den 6 ugers frist (nu: 4 uger)) med åbne handelsvinduer, der fremgik af selskabets interne regler.

Se også *Månedsrapport* juni 2000, afgørelse 1.1., hvor tre aktionærer, der hver havde ca. 23% af stemmerne, indbyrdes havde en aktionæroverenskomst, hvorefter de agerede som én aktionær. De ansås i relation til § 31 som én aktionær, og indbyrdes overdragelse mellem dem udløste derfor ikke tilbudspligt. Afgørelsen er unægtelig interessant. En aktionær fik her af Fondsbørsen »tilladelse« til at udvide sin aktiebesiddelse fra ca. 23% til ca. 45%, dvs. til en bestemmende indflydelse, uden at tilbudspligt efter Fondsbørsens opfattelse blev udløst. Fondsbørsen »gik ud fra«, at aktionæroverenskomsten ville blive opretholdt, men det er ikke klart, hvad konsekvenserne skulle være, hvis dette ikke blev tilfældet, eventuelt på et senere tidspunkt. Skulle der da udløses tilbudspligt på dette senere tidspunkt? Afgørelsen er et rendyrket eksempel på den praksis, Fondsbørsen er slået ind på – ja, antagelig har været nødsaget til at slå ind på – for at reparere på bekendtgørelsens mangler, men erkendes må det, *at* betingelserne: optræde som én aktionær, er hjemmestrikkede og uhjemlede, og *at* de fulde konsekvenser i relation til aftalen og dens fortsatte bestående er uafklarede.

Praksis er fastholdt og uddybet gennem afgørelse nr. 1.2. fra *Månedsrapport* september 2000, hvor en aktionær »fik lov« til at udvide sin stemmeandel fra 32 til 59% uden at udløse tilbudspligt. Det udtaltes, at Fondsbørsen ved afgørelsen af, om der foreligger én aktionær i § 31's forstand lægger vægt på, om aktionærerne »i praksis har stemt, handlet og i øvrigt udadtil optrådt som værende én aktionær«. Dette ansås opfyldt i den konkrete sag, blandt andet fordi den erhvervende aktionær gennem en stemmeretsaftale havde forpligtet sig til at stemme, sådan som overdrageren (en fond) ønskede det, ligesom erhververen i kraft af sin tilknytning til fonden reelt måtte anses at have den afgørende indflydelse på denne (!) og dermed på dens stemmeafgivning – hvilket dog i

det hele stemmer mindre godt med fondslovgivningens grundsætninger om fondes uafhængighed.

Skal man udtrykke noget sammenfattende om de foreliggende afgørelser, må det blive, at det aftalekompleks, der efter Fondsbørsens praksis skal kunne begrunde, at aftalens parter betragtes som én aktionær og dermed efter Fondsbørsens opfattelse kunne *fritages* fra tilbudspligten, skal have en ganske særlig fasthed og udstrækning. De pågældende skal have optrådt som én aktionær både i deres stemmeafgivning, øvrige handlinger og optræden udadtil. Forholdet skal være tilkendegivet gennem prospekt og/eller børsmeddelelser. Deres stemmeret i selskabet skal udøves i fællesskab, som om de var én aktionær, og dette må derfor nødvendigvis ske efter forudgående indbyrdes rådslagning.

Resultatet af disse overvejelser vil i en række tilfælde efter en konkret bedømmelse af aftalekomplekset mellem et selskabs (A-)aktionærer blive, at indbyrdes erhvervelser kun kan »reddes« fra at udløse tilbudspligt, hvis der kan opnås fritagelse efter den praksis, Fondsbørsen anvender. Herved bliver følgerne af bkg. § 1, stk. 5, ganske særligt tydelige, og det bliver også herved tydeligt, at Fondsbørsen simpelthen har følt sig nødsaget til at slå ind på en praksis som den nævnte for at afparere urimelige følger af § 1, stk. 5. Det bliver herved også særlig tydeligt, at det for en kreds af aftalebundne aktionærer er ubekvemt at have en aftale eller et samarbejde, der på den ene side har en fasthed som nævnt i § 1, stk. 5 (med den følge, at indbyrdes erhvervelser normalt vil udløse tilbudspligt), men som på den anden side ikke har en fasthed som krævet til fritagelse efter Fondsbørsens praksis (med den følge, at de ikke kan fritages fra tilbudspligten). En sådan kreds af aktionærer har gennem deres aftalekompleks børsretligt sat sig eftertrykkeligt mellem to stole. Endelig bliver det tydeligt, at det i længden er uheldigt, at det skal lappes på den udvidende bestemmelse i bkg. § 1, stk. 5, gennem en indskrænkende praksis fra et organ (Fondsbørsen), der ikke har kompetence til at undtage fra reglerne.

Der synes at være to løsningsmuligheder: *Enten* må man opgive det udvidede erhververbegreb og indskrænke sig til at opfange egentlige omgåelsessituationer (hvor A styrer B's koordinerede erhvervelse). Dette behøver ikke, men kan dog om ønsket reguleres i bekendtgørelsen, som herved blot vil have karakter af en helt rimelig fortolkning af lovens erhververbegreb. *Eller* man må vælge det erhververbegreb, som bekendtgørelsen nu opererer med. Dette vil i så fald kræve lovindgreb, fordi lovens erhververbegreb herved udvides. Ydermere må man samtidig regulere samhandel mellem flere, der sammen har bestemmende

indflydelse: Hvor fast skal deres aftale være, for at de kan betragtes som én? Kan dette kun ske, hvis deres samlede erhvervelse har udløst tilbudspligt? Hvor længe må der i så fald gå fra tilbudspligten til deres indbyrdes handel, der fritages for tilbudspligt? etc.

4. Det kartelretlige koncernbegreb

Senere i bogen vender vi tilbage til *mergers & acquisitions* og dermed også til fusionskontrolforordningen, nr. 4064/1989 med senere ændringer. I nærværende sammenhæng skal forordningens – og dermed også dansk kartelrets – særlige koncernbegreb behandles.

Forordningen er baseret på fire grundlæggende principper: (1) Kun meget store virksomhedssammenslutninger af fællesskabsdimension omfattes af forordningen, (2) sammenslutningen må ikke gennemføres, før den på forhånd er godkendt af Kommissionen, (3) sammenslutninger, der resulterer i en markedsdominerende stilling, er principielt uforenelige med det fælles marked, men der kan gøres undtagelser, og (4) godkendelsesproceduren bør foregå meget hurtigt og med meget korte frister, også for Kommissionens vedkommende.

Forordningen gælder for sammenslutninger af fællesskabs-dimension (sammenslutninger »på EU-niveau«), jf. art. 1(1). Med mellemrum skal de tærskelværdier, som er afgørende for, om sammenslutningen er »af fællesskabsdimension«, revideres, og dette havde man egentlig tænkt sig ved den revision, der fandt sted ved forordning nr. 1310/97 af 30. juni 1997, men det har der ikke været tilslutning til i Rådet, og det gælder derfor fortsat, at en fusion har fællesskabsdimension, når (a) alle de deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan overstiger 5 mia. euro, og (b) mindst 2 af de deltagende virksomheders samlede omsætning i EU hver især overstiger 250 mio. euro, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over 2/3 af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i en og samme medlemsstat. Om ændringsforordningen se nærmere *Jytte Boesgaard & Carina Hilt Jørgensen* i UfR 1997 B s. 338 ff.

Når global- og EU-omsætningen beregnes, medregnes begribeligvis både vare- og tjenesteydelser, jf. art. 5(1), og der sker fradrag af rabatter, merværdiafgift og andre afgifter direkte på omsætningen. Omsætning hos andre virksomheder, som beherskes af den pågældende virksomhed, medregnes også, jf. art. 5(4), ligesom også omsætningen hos herskende virksomheder medregnes. For kredit- og finansinstitutters vedkom-

mende beregnes »omsætningen« standardmæssigt som 10% af balancen, jf. art. 5(3)a For forsikringsselskaber regnes der med bruttopræmierne, jf. art. 5(3)b.

Retten i 1. instans tog ved dom af 24. marts 1994 i sagen T-3/93 *Air France mod Kommissionen*, stilling til tærskelværdierne i forordningen. Retten var enig med Kommissionen i, at ved bedømmelsen af en planlagt fusions omfang skal der kun tages hensyn til *omsætningen opgjort i det sidste regnskabsår vedrørende de faktisk overtagne dele af virksomheden*. I den konkrete sag var retten derfor enig med Kommissionen i, at fusionen, hvorved British Airways overtog Dan Air Ltd. fra en anden koncern, ikke havde fællesskabsdimension. Det følger heraf, at en sammenslutnings parter i nogen grad selv kan bestemme sammenslutningens omfang – og dermed til syvende og sidst, hvorvidt den kommer over tærskelværdierne eller ej.

Det vil i det hele ses, at fusionskontrolforordningens koncernbegreb er væsentligt mere omfattende end fx regnskabs- og selskabsrettens koncernbegreber.

Et lille – fx dansk – selskab kan være koncernforbundet med en stor (amerikansk) koncern, og hvis et sådant dansk selskab indgår i en fusion eller anden sammenlægning, er det hele koncernen, der tæller med ved beregningen af tærskelværdierne. Lidt firkantet sagt kan man derfor komme ud for, at selv en beskeden virksomheds- og aktivitetsoverdragelse, der tilsyneladende ikke har karakter af en »fusion« med »fællesskabsdimension«, alligevel omfattes af forordningen.

Det er ikke afgørende, hvor virksomhedernes registrerede hjemsteder eller deres faktiske hovedsæder er beliggende, når blot betingelsen om, at mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning *på fællesskabsplan* overstiger 250 mio. euro, er opfyldt. Således kan også virksomheder med hjemsted uden for EU blive omfattet, jf. flere af de nedenfor givne eksempler.

Allerede længe har det været Domstolens praksis, at selve eksistensen af et datterselskab, en filial mv. inden for EU kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for, at Domstolen kunne henvise til fællesskabsretlige tilknytningsmomenter, også hvor virksomheden havde hjemsted uden for EU, således eksempelvis sagen *Continental Can*, sag 6/72, Saml. 1873, s. 215. Se ligeledes sagen *Hugin*, hvor den svenske kasseapparatproducent Hugin og dens datterselskab i Storbritannien blev indbragt for Domstolen for overtrædelse af Traktatens daværende art. 86 som følge af leveringsnægtelse, jf. sag 22/78, Saml. 1979 s. 1869. Se endvidere Kommissionens beslutning i 1991 vedr. *Tetra-Pak* koncernen (med

hjemsted i Lausanne, Schweiz, og med aktiviteter i 109 lande), som ønskede at overtage den svenske *Alfa-Laval* koncern for en købesum på modværdien af lidt over 2 mia. euro. Kommissionen havde tidligere haft »betydelige forbehold« med hensyn til sagen, eftersom Tetra-Pak ville få en dominerende stilling på markedet for maskiner til mejeri- og fødevareindustrien og vedrørende emballage til flydende fødevareprodukter (en koncern »fra ko til karton«, som en embedsmand fra Kommissionen udtrykte det). Da ca. halvdelen af den forventede omsætning på over 6 mia. euro ville hidrøre fra EU, krævedes Kommissionens godkendelse (den svenske regering havde for sit vedkommende for længst godkendt sammenslutningen). Tetra-Pak dominerede 46% af markedet for mælkeemballage i Europa.

Hvis fx en fusion mellem amerikanske virksomheder får virkninger i EU, så den skal godkendes ikke blot af amerikanske kartelmyndigheder, men også af Kommissionen, arbejdes der oftest tæt sammen mellem amerikanske og europæiske kartelmyndigheder. Ofte vil de komme til samme konklusion med hensyn til, om fusionen skal godkendes eller ej, fx i 1997, hvor *Boing* ønskede at overtage *McDonnnell Douglas*. Men da *General Electric* (GE) i 2001 ønskede at overtage *Honeywell* (flymotorer, flyelektronik mv.), stillede Kommissionen skrappe betingelser for at anerkende fusionen. Der krævedes salg til GE's konkurrenter af en væsentlig del af GE's leasingselskab for flymotorer mv. GE ville alene gå med til at sælge 20% af leasingselskabet, og kun til en finansiel investor, ikke til konkurrenter. Herefter afslog Kommissionen i juli 2001 at godkende fusionen, modsat de amerikanske kartelmyndigheder, Federal Trade Commission, og sag om Kommissionens vilkår og afslag er derfor af de to virksomheder indbragt for Retten.

Også forordningen fusionsbegreb er, som det ses, langt mere omfattende end det selskabsretlige fusionsbegreb. Forordningen omfatter enhver varig ændring (overførsel) af kontrollen over økonomiske aktiviteter. Dette kan være en aktiemajoritet, men efter omstændighederne blot 10-15% af kapitalen i et selskab, hvis kapitalen i dette i øvrigt er meget spredt. Fusionsbegrebet kan være overtagelse af en enkelt aktivitet, efter omstændighederne endog fx overtagelse af varemærker.

En sammenslutning i forordningens forstand foreligger ikke blot, hvor to eller flere, af hinanden hidtil uafhængige virksomheder fusionerer, dvs. sammensmeltes, i egentlig selskabsretlig forstand, men også hvor en eller flere virksomheder (eller en eller flere personer, der allerede kontrollerer mindst en virksomhed) direkte eller indirekte overtager kontrollen (en bestemmende indflydelse) over en eller flere andre virk-

somheder eller dele af disse, jf. art. 3(1). Faktisk vil egentlige fusioner (sammensmeltninger) kun sjældent forekomme, idet transaktionen ofte vil have et grænseoverskridende element, således at egentlig fusion slet ikke kan finde sted, eftersom udkastet til 10. selskabsdirektiv endnu ikke er vedtaget. Sammenslutningsbegrebet omfatter derfor også overtagelse i form af majoritetsovertagelse mv. Begreberne er i 1997 blevet nærmere defineret i forordningen, og det omfatter nu alle foranstaltninger, som bevirker en varig ændring af de deltagende virksomheders struktur. Hermed skulle der være fundet en løsning også på fx problemet med selvstændigt fungerende *joint ventures* oprettet i samarbejdsøjemed. De skal fremover behandles på grundlag af forordningen på samme måde som joint ventures i fusionsøjemed. Herefter vil alle selvstændigt fungerende joint ventures blive behandlet efter forordningens procedurer og frister. Der vil blive truffet én endelig beslutning ud fra en samlet vurdering af alle sagens aspekter. Den komplicerede hidtidige sondring mellem joint ventures i henholdsvis samarbejds- og fusionsøjemed bortfalder derfor.

Kredit- og finansinstitutters forbigående erhvervelse af ejer- eller låneandele i virksomheder med henblik på videresalg omfattes ikke, jf. art. 3(5)a. Dette kan fx være tilfældet i forbindelse med en *merchant banks* bistand med strukturændring eller ved et pengeinstituts overtagelse af en virksomhed i forbindelse med afvikling af nødlidende engagementer.

Ej heller omfattes sådanne tilfælde, hvor kontrollen med en virksomhed som følge af insolvensretlige foranstaltninger overgår til nogen, som har et offentligt mandat dertil, jf. art. 3(5)b.

Det er ikke i sig selvafgørende, om det er en enkelt virksomhed, der udgør resultatet af sammenslutningen, eller om der fx bliver tale om et oligopol, dvs. en kollektiv dominans (»fælles kontrol«) udøvet af flere virksomheder. Kommissionens afgørelse fra juli 1992 i sagen *Nestlé/ Perrier* er den første, hvori Kommissionen har anvendt teorien om »kollektiv dominans« i relation til forordningen. Kommissionen fastslog, at forordningens art. 2(3) gør det muligt at erklære en koncentration uforenelig med det fælles marked, såfremt en kollektiv dominans etableres eller styrkes og effektiv konkurrence herved ville blive indskrænket i betydelig grad. Herved forlod Kommissionen en tidligere praksis under forordningen, hvorefter der ikke kunne antages at foreligge beherskelse i forordningens forstand, såfremt andre virksomheder på et snævert oligopolistisk marked udøvede modsatrettet indflydelse. Kommissionen afvist endog tidligere nogle henvendelser fra de tyske kartelmyndigheder om spørgsmålet, og Nestlé/Perrier-afgørelsen blev herefter truffet på basis af nye juridiske teorier uden noget forvarsel om praksisæn-

dringen, jf. kritisk hertil *Antoine Winckler & Marc Hansen* i CMLRev 1993 s. 787 ff. Se tilsvarende *Marc Hansen, Karen Dyekjær-Hansen & Lars Henneberg* i SvJT 1994 s. 478 ff.

Teorierne om kollektiv dominans er i det væsentlige godkendt af Domstolen, jf. fx dom af 31. marts 1998 i sagen C-68/94, *Frankrig mod Kommissionen*, og C-30/95, *SCPA og EMC mod Kommissionen*. Sagen drejede sig om en kommissionsbeslutning, der erklærede en stor fusion inden for den kemiske industri for at være forenelig med fællesmarkedet. Domstolen var enig med Kommissionen i, at kollektiv dominans omfattes af forordningen, men konkret bedømte den markedet anderledes end Kommissionen. Begrebet kollektiv dominans vil ofte indebære, at de deltagende virksomheder er nået til en stiltiende samordning, jf. *Helmut Köhler* i EuZW 1992 s. 634 ff. og *Mikkel Vittrup* i UfR 2003 B s. 55 ff. med oversigt over praksis.

Kommissionens afslag på anmodningen om at måtte sammenlægge de to britiske rejsegiganter *Airtours* og First Choice Holidays blev annulleret af Retten i Første Instans ved dom af 6. juni 2002, sag T-342/99. Kommissionens afslag måtte forudsætte, at koncentrationen havde den »direkte og omgående virkning« (»direct and immediate effect«) at skabe eller styrke en kollektiv dominans, som markant og varigt hindrer effektiv konkurrence på markedet (»a collective dominant position significantly and lastingly impeding effective competition in the market«), bemærker Retten. Der var af Kommissionen begået en række fejl, og det var ikke godtgjort, at de nævnte kriterier var opfyldt. Dommen betyder ikke, at begrebet kollektiv dominans er bortfaldet, jf. *Marie Nygren & Mats Nilsson* i ERT 2002 s. 539 ff.

Tilsvarende er et fælles holdingselskab mellem forsikringsselskaber blevet anset for omfattet af forordningen. Kommissionen godkendte således i januar 1992, at et fransk forsikringsselskab, *Société Centrale Union des Assurances de Paris*, og et sydafrikansk livsforsikringsselskab, *Liberty Life*, stiftede et fælles holdingselskab, hvori de hver indskød deres respektive 27,7% i det britiske livsforsikringsselskab *Sun Life*. Der var tale om en transaktion, som omfattes af forordningen, men Kommissionen godkendte den, idet den ikke påvirkede det fælles marked. Kun hvad angår livsforsikring og genforsikring overlapper de tre selskabers aktiviteter hinanden, og på livsforsikringsområdet er deres markeder geografisk adskilt, mens de hvad angår genforsikring kun har ubetydelige markedsandele.

April 1992 godkendte Kommissionen oprettelsen af et fælles datterselskab mellem *Dansk Supermarked A/S* og det tyske *Spar-Handels AG*.

Den nye virksomhed skulle drive discountsupermarked i de dengang nye tyske forbundsstater Brandenburg og Mecklenburg-Vorpommern. Dansk Supermarked A/S havde allerede 28 filialer i disse lande og indskød dem i det fælles datterselskab mod at modtage 50% af det nye joint venture. Bortset herfra var Dansk Supermarked A/S ikke aktiv på det tyske marked. Derimod havde Spar allerede en stærk position inden for detailhandelen i de nye forbundslande. Alligevel fandt Kommissionen ikke, at det nye joint venture skadede den frie konkurrence, eftersom flere andre discountsupermarkedskæder allerede opererede på de nye markeder.

5. Det regnskabsretlige koncernbegreb

Det regnskabsretlige koncernbegreb følger temmelig detaljeret af EU's 7. selskabsdirektiv om koncernregnskaber. Definitionen herfra er gengivet i bilagene til RL, hvor der gives følgende definition, af en modervirksomhed: En virksomhed, som 1) besidder flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed, 2) er virksomhedsdeltager og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i den anden virksomheds øverste ledelsesorgan, 3) er virksomhedsdeltager og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over en anden virksomheds driftsmæssige og finansielle ledelse på grundlag af vedtægter eller aftale med denne, 4) er virksomhedsdeltager og på grundlag af aftale med andre deltagere råder over flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed eller 5) besidder kapitalandele i en anden virksomhed og udøver en bestemmende indflydelse over denne.

Inden man fortvivler over, at der nu skal læres endnu et koncernbegreb, skal det indskydes, at når man først har gjort sig fortrolig med det *selskabs*retlige koncernbegreb, har man samtidig også lært kernen i det regnskabsretlige koncernbegreb, idet Danmark – uden at være fællesskabsretligt forpligtet dertil – har valgt at udforme det selskabsretlige koncernbegreb i AL § 2 og ApL § 3, så det på alle væsentlige punkter er identisk med det regnskabsretlige koncernbegreb, som vi fællesskabsretligt er forpligtet til at have. Der kan derfor i det hele henvises til fremstillingen foran for så vidt angår koncernbegrebet, og det dér skrevne gælder tilsvarende her, jf. om koncernbegrebet *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret s. 329 ff.

Der er dog nuancer i forhold til den selskabsretlige koncerndefinition. Også retten til at udnævne eller afsætte direktionsflertallet medfører,

at der foreligger en regnskabsretlig koncern, og mens selskabsretten omhandler datter*selskaber,* dvs. aktie- eller anpartsselskaber, behandler regnskabsretten datter*virksomheder,* dvs. uanset retsformen. Som følge heraf tales der ikke om selskabsdeltagere, men om virksomhedsdeltagere, og en virksomhedsdeltager er enten en aktionær eller en anpartshaver eller andre, der ejer kapitalandele i en virksomhed.

Tænker man sig to selskaber, M-1 og M-2, der sammen ejer et tredje selskab (D, ofte lidt ukorrekt betegnet som »et fælles datterselskab« eller joint-venture), idet de hver ejer 50% af kapitalen og har 50% af stemmerne, og har M-1 ret til at udpege bestyrelsesflertallet, mens M-2 har ret til at udpege direktionsflertallet, vil D i *selskabs*retlig forstand kun være et datterselskab af M-1, mens D i *regnskabs*retlig forstand vil være et datterselskab af både M-1 og M-2.

6. Det fællesskabsretlige koncernbegreb på Traktatniveau

Europas koncernretlige udvikling står reelt i stampe, og det ville derfor blive hilst velkomment mange steder, hvis 9. direktiv, eventuelt i en endnu engang forenklet form, kunne gennemføres. Indtil da udvikler koncernretten sig meget tilfældigt.

Hidtil har fællesskabsretten ikke reguleret koncernforhold, men alene de regnskabsmæssige forhold for en flerhed af virksomheder/selskaber, der indgår i en sådan nærmere defineret forbindelse med hinanden, at de ifølge koncernregnskabsdirektivet skal aflægge et såkaldt konsolideret regnskab. Derimod har fællesskabsretten været yderst tilbageholdende med at regulere selve det materielle, selskabsretlige koncernforhold, og dette har derfor hidtil været overladt til medlemsstaternes lovgivning. Af disse har som nævnt hidtil kun Tyskland og Portugal udviklet en konsekvent og sammenhængende koncernlovgivning, mens de øvrige medlemsstater kun mere sporadisk har omtalt koncernspørgsmål i deres lovgivning.

At spørgsmålet om koncernlovgivningen er kontroversielt, fremgår blot eksempelvis af, at heller ikke SE-forordningen søger at udvikle en konsistent koncernret. I 1989-udkastet til forordningen henvistes der til, at beskyttelsen af minoritetsaktionærer og kreditorer i et SE-selskab, der beherskes af en anden virksomhed, skulle reguleres af lovgivningen i den stat, hvor det beherskede SE-selskab (dvs. datterselskabet) har sit hjemsted, jf. 1989-udkastets art. 114(1). Bestemmelsen udgik

i 1991-versionen og er heller ikke med i forordningens endelige version. Ikke desto mindre er formuleringen udtryk for det internationale lovvalg, der under alle omstændigheder vil være gældende. Spørgsmål om minoritetsbeskyttelse mv. i et selskab og om retsfølgerne af, at ét selskab gennem koncernforhold behersker et andet, retter sig efter de forskrifter, der gælder i det beherskede selskabs stat. Dette finder for SE-forordningens vedkommende udtryk i præamblens betragtning nr. 17: »Det bør præciseres, hvilken ordning der finder anvendelse, hvis SE-selskabet kontrolleres af en anden virksomhed, og der bør med henblik herpå henvises til aktieselskabslovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted.«

Endog når det drejer sig om at finde en fællesnævner blandt medlemsstaterne for selve definitionen af, hvornår der foreligger en koncern, indeholder fællesskabsretten (endnu) ingen bindende forskrifter. Direktivet om koncernregnskaber indeholder ganske vist detaljerede definitioner af, hvornår der i regnskabsretlig forstand skal anses at foreligge en koncern med den følge, at konsolideret regnskab skal udarbejdes, men direktivets definitioner binder ikke medlemsstaterne til på andre områder at anvende samme koncerndefinition.

Alligevel er den hidtil opståede fællesskabsret ikke tavs om koncernspørgsmål, nemlig når disse har en grænseoverskridende beskaffenhed. Af selve Traktaten følger det, at en virksomhed, der vil etablere sig i en anden medlemsstat, selv bestemmer den juridiske form for etableringen, idet denne eksempelvis kan ske gennem agentur, filial – eller datterselskab, jf. art. 43(1) (tidligere art. 52(1)). Ligeledes fastslås det, at etableringsfriheden i Traktaten indebærer adgang til at oprette og lede virksomheder – herunder navnlig selskaber i den i art. 48(2) anførte betydning – på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, jf. art. 43(2). Hertil kommer endelig, at enhver medlemsstat er forpligtet til at give de øvrige medlemsstaters statsborgere national behandling for så vidt angår kapitalanbringelser i erhvervsdrivende selskaber, jf. Traktatens art. 294 (tidligere art. 221). Hertil henvistes blandt andet i en procesretlig afgørelse fra Domstolen, afgørelse af 2. oktober 1997 i sag C-122/96, *Stephen Austin Saldanha og MTS Securities Corporation mod Hiross Holding AG, Østrig*. Sagen drejede sig om fritagelse for sagsomkostninger i forbindelse med en minoritetsaktionærs grænseoverskridende søgsmål.

Af disse bemærkninger følger det, at den stat, hvis lovgivning finder anvendelse på et behersket selskab, skal give modervirksomheden de samme rettigheder, uanset om modervirksomheden er reguleret af denne

stats eller af en anden stats lovgivning. Eller forenklet udtrykt: Et moderselskab fra en anden EU- eller EØS-stat skal have samme rettigheder som et moderselskab fra datterselskabets egen stat. Det er fortsat op til datterselskabets egen stat, om denne stats selskabsretlige lovgivning vil betragte det udenlandske selskab som et egentligt *moderselskab i selskabsretlig forstand*, men uanset om dette er tilfældet eller ej, må det udenlandske selskab ikke stilles ringere end et tilsvarende indenlandsk selskab, hvilket ville være i strid med Traktatens art. 43(2).

Der kan herved opstå en haltende retstilstand, såfremt datterselskabets lovgivning ikke pålægger det udenlandske »moderselskab« samme pligter, som påhviler et indenlandsk moderselskab, men en sådan skæv retstilstand må genoprettes af nationale retsforskrifter, ikke af fællesskabsretten, bortset fra eventuelle ganske særlige tilfælde, der som følge af den grænseoverskridende beskaffenhed eventuelt måtte falde ind under det vanskelige og endnu ikke klart definerede begreb: en EU-stats diskrimination mod egne borgere i visse grænseoverskridende anliggender (»indlændingediskrimination«).

Det følger af disse bemærkninger, at fællesskabsretten tvinger medlemsstaterne til at anvende visse koncernregler også på en herskende virksomhed (en »modervirksomhed«) fra en anden EU-stat. Hvis et indenlandsk moderselskab ifølge datterselskabets lovgivning har ret til at låne penge fra datterselskabet, skønt andre aktionærer måske er afskåret fra at låne fra »deres« selskab, skal et »moderselskab« fra en anden EU-stat have en tilsvarende låneret. I Danmark blev det ved Erhvervsankenævnets kendelse af 13. oktober 1999, *Årsberetningen 1999* s. 166, under dissens antaget, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde ret i, at et udenlandsk moderselskab ikke omfattes af låne- og garantimuligheden efter den danske aktieselskabslovs § 115 a, som tillader aktionærlån i form af koncernlån til selskabets moderselskab, men afgørelsen blev prøvet ved domstolene, og styrelsen tog herunder bekræftende til genmæle over for en påstand om, at et koncernlån fra et dansk selskab til dets britiske moderselskab er retmæssigt efter § 115 a, jf. *Eigil Lego Andersen & Erik Werlauff* i UfR 2001 B s. 342 ff. På dette grundlag udsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 6. juni 2001 en udtalelse, der blandt andet indeholder følgende bemærkninger: »Efter den nye fortolkning vil visse udenlandske moderselskaber opnå de samme rettigheder over for et dansk datterselskab som et dansk moderselskab. Praksis er således ændret med henblik på at sikre en ens behandling af moderselskaber i Danmark, EU og EØS-området.«

Når det må erkendes, at koncernlån til moderselskaber fra andre EU- eller EØS-lande skal behandles på lige fod med koncernlån til et dansk moderselskab, opstår der behov for andre former for beskyttelse af selskabets kapital, fx gennem forskrifter om, at koncernlånet skal være betryggende, og at der skal stilles sikkerhed for det, hvis det låntagende moderselskabs egenkapital er mindre end en vis procentdel af lånebeløbet, jf. *Karsten Engsig Sørensen* i UfR 2000 B s. 103 ff. med kritik af ankenævnskendelsen og med en generel opfordring til at nytænke selskabsreglerne under inddragelse af hensyn til udenlandske selskaber.

Hvis et indenlandsk moderselskab under visse betingelser har ret til at tvangsindløse minoritetsaktionærer i datterselskabet, må et »moderselskab« fra en anden EU-stat også have denne ret (men i mangel af udtrykkelig forskrift herom vil det næppe have en modsvarende indløsnings*pligt*). Hvis et indenlandsk moderselskab under visse betingelser har ret til at indordne sit datterselskab under en overordnet koncerninteresse, må man meget muligt antage, at et udenlandsk moderselskab må have en tilsvarende ret, men her bliver den meget tætte sammenvævning af ret og pligt ganske problematisk, fordi modstykket til en sådan ret for et moderselskab til at indordne dets datterselskab under en overordnet koncerninteresse, og herved i yderste konsekvens måske skade datterselskabet, er en modsvarende pligt for moderselskabet til i nærmere bestemt omfang at holde datterselskabets kreditorer og øvrige aktionærer skadesløse; her synes ret og pligt at være så uløseligt sammenknyttet, at det ikke giver mening at adskille dem, og løsningen må derfor – så længe den savnede fællesskabsretlige regulering af koncernretten ikke foreligger – være, at man (A) enten antager, at en så vidtgående moderselskabsrettighed som her omtalt kun står åben for indenlandske moderselskaber, hvilket imidlertid rimer dårligt med Traktatens art. 43(2), eller (B) at det udenlandske moderselskab kun vil kunne påberåbe sig den nævnte ret, *såfremt* det påtager sig de hertil svarende pligter, som også et indenlandsk moderselskab ville skulle påtage sig som betingelse for rettighedens udøvelse. Meget taler for at antage, at løsning (B) er den rette, indtil det længe ventede koncerndirektiv er blevet gennemført.

Kapitel 1

EU- og EØS-traktatforskrifter: Ligebehandling af koncernselskaber på tværs af landegrænserne

1. Etableringsfrihedens betydning for den grænseoverskridende koncernstruktur

Etableringsfriheden er én af de helt centrale grundrettigheder efter EF-traktaten og EØS-aftalen, og den har meget stor – og også konkret – betydning for en koncern, der vil etablere sig i et andet land. Etableringsfriheden er udtryk for retten til at etablere sig i en anden EU- eller EØS-stat gennem datterselskab, filial eller agentur og herved drive virksomhed på samme vilkår, som gælder for etableringsstatens egne borgere og virksomheder, jf. art. 43 EF (ex 52).

Det vil ses af sammenhængen mellem art. 43 EF (ex 52): den almindelige etableringsret, og art. 48 EF (ex 58): kravet om samme rettigheder for erhvervsdrivende juridiske personer som for fysiske personer, at et selskab, der vil etablere sig i en anden stat, i denne forbindelse skal have samme rettigheder, som tilkommer selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende stat, jf. nærmere *Uwe Eyles*: Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der EG og *Dominic Schnichels*: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, anmeldt af *Erik Werlauff* i UfR 1995 B s. 334.

2. En 4-dobbelt etableringsfrihed (Werlauffs tese, anerkendt ved Centros)

De rettigheder, som Traktaten (den primære fællesskabsret) giver selskaberne og dermed koncernerne, kan nærmere udmøntes i et udsagn om en 4-dobbelt selskabsfrihed, jf. *Erik Werlauff* i EBLR 1998 s. 169 ff., 210 ff. og 274 ff.:

1) Retten for selskabet til at etablere sig hvor som helst i EU/EØS.
2) Retten til for selskabets ejere at drive virksomhed i en hvilken som helst EU- eller EØS-stat gennem et selskab fra en hvilken som helst (anden) EU- eller EØS-stat.
3) Retten til ved grænseoverskridende etablering at vælge etableringsformen, herunder at vælge mellem fx datterselskab og filial.
4) Retten til efter etableringen at nyde samme rettigheder, som filialstatens egne selskaber mv. har.

Den her opregnede 4-dobbelte selskabsfrihed blev lanceret som begreb i 1.-udgaven af »EC Company Law« (1993) kapitel 1, og den blev citeret og anerkendt af generaladvokaten i dennes forslag til afgørelse i *Centros*.

3. Retten til at etablere sig hvor som helst i EU og EØS

Det enkelte selskabs ret til frit at etablere sig hvor som helst i EU og EØS, selskabet ønsker. Denne ret grunder sig på art. 48 EF, der giver erhvervsdrivende selskaber samme etableringsfrihed, som fysiske personer har efter art. 48 ff. Kort sagt: Hvad en person må, er også tilladt for et selskab, jf. art. 48: »Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en Medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for fællesskabet, ligestilles for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel med personer, der er statsborgere i Medlemsstaterne. – Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje«.

4. Ejernes, og dermed moderselskabets, ret til at vælge nationaliteten af det (datter)selskab, gennem hvilket der ønskes drevet virksomhed

Selskabs*ejernes* ret til at drive virksomhed i en medlemsstat gennem et selskab fra denne eller en anden medlemsstat.

I sagen *Segers*, dom af 10. juli 1986, sag 79/85, havde hollænderen hr. Segers valgt at drive sin virksomhed i Holland i form af et britisk anpartsselskab (private limited company, plc) uden reel aktivitet i Storbritannien og med et hollandsk selskab som datterselskab (fransk: *filiale* – hvilket har givet anledning til misforståelse af faktum hos enkelte læsere af dommen), i stedet for blot at bruge et hollandsk aktie- eller anpartsselskab til sin virksomhed. Da han nu blev syg og bad om sygedagpenge i sin egenskab af direktør i sit selskab, blev dette nægtet ham, fordi hans selskab ikke var hollandsk. Domstolen fastslog, at dette var i strid med ikke-diskriminerings- og etableringsreglerne.

I *Factortame II*, dom af 25. juli 1991, sag C-221/89, fastslog Domstolen, at fællesskabsretten var til hinder for britiske regler, der til forebyggelse af quota hopping (spansk udnyttelse af britiske fiskekvoter) foreskrev, at skibets ejere, befragtere og bestyrere samt 75% af bestyrelsen skulle være britisk bosiddende, og at 75% af aktiekapitalen skulle ejes af britisk hjemmehørende personer eller selskaber. Fællesskabsretten var derimod ikke til hinder for, at en stat som betingelse for at optage et fiskerfartøj i sit nationale register kræver, at fartøjet bestyres og dets drift ledes og kontrolleres fra medlemsstatens område (men i præmisserne tilføjede Domstolen til dette punkt, at der ikke må være tale om, at staten udelukker registrering i tilfælde af en sekundær etablering (filial mv.), hvor det sted i registreringsstaten, hvorfra fartøjets drift ledes, handler efter instrukser fra et sted, hvor beslutningerne træffes (»hovedselskabet«), og som ligger i den medlemsstat, hvor den primære etablering har fundet sted.

I den noget omdiskuterede dom af 6. november 1984, sag 182/83, *Fearon*, tog Domstolen stilling til en situation, hvor en irsk ekspropriationslov undtog fra ekspropriationsbestemmelserne sådanne ejere eller forpagtere, som boede på ejendommen eller i umiddelbar nærhed af denne. Hvad angår ejendomme, som var ejet af juridiske personer, skulle bopælskravet finde anvendelse på de personer, som havde den egentlig erhvervsmæssige interesse (*beneficial interest*) i selskabets virksomhed. Domstolen fandt ikke art. 43 og 48 EF (ex 52 og 58) til hinder for en sådan forskrift, eftersom det drejede sig om et irsk selskab, som i for-

hold til Irland ikke kunne påberåbe sig den etableringsret, som gælder for selskaber fra andre medlemsstater. Således kunne selskabets aktionærer ikke påberåbe sig art. 43, eftersom bopælskravet gjaldt ensartet for indenlandske og udenlandske aktionærer. – Det er ikke indlysende, at Domstolen i dag ville afgøre en tilsvarende sag på samme måde, jf. *Ulla Neergaard* i UfR 2002 B s. 213 ff.

I *Centros*, dom af 9. marts 1999 i sagen C-212/97, fik det danske ægtepar Marianne og Tonny Bryde medhold i, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i sin egenskab af dansk registreringsmyndighed blandt andet for danske filialer af udenlandske selskaber ikke kan nægte at registrere en filial af ægtefællernes britisk hjemmehørende anpartsselskab Centros under henvisning til, at Centros ikke driver virksomhed i sit hjemland Storbritannien, men driver hele sin virksomhed i Danmark, og at der er valgt et britisk selskab for at omgå de danske kapitalkrav til anpartsselskaber. Der er end ikke formildende omstændigheder i form af muligheden for at anvende fx de danske kapitalregler på selskabet. Kun »svigagtige forhold« gøres der reservation for i dommen, således at der kan kræves »de nødvendige garantier« over for offentlige kreditorer, ligesom der kan pålægges sanktioner i anledning af svigagtige forhold, enten over for selskabet selv eller over for selskabsdeltagerne, hvis det godtgøres, at de »gennem stiftelse af et selskab reelt søger at unddrage sig deres forpligtelser over for private eller offentlige kreditorer« i Danmark, jf. *Erik Werlauff* i UfR 1999 B s. 163 ff., TfS 1999, 324 og ZIP 1999 s. 867 ff., *Günther H. Roth* i ZIP 1999 s. 861 ff., *Karsten Engsig Sørensen* i NTS 1999 s. 92 ff., *Søren Friis Hansen* i Julebog 1999 fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, s. 143 ff. (»Nekrolog over hovedsædeteorien«) og *Anders Kjellgren* i ERT 1999 s. 535 ff. (der som nævnt bekymret betragter reelt »nationalitetsløse« selskaber som Centros som erhvervsrettens »flyvende hollændere«).

Om selve registreringsnægtelsen hedder det i Centros: »EF-traktatens art. 52 og 58 er til hinder for, at en medlemsstat nægter registrering af en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor det har sit hjemsted, men ikke driver erhvervsmæssig virksomhed, når filialen ønskes oprettet, for at selskabet kan drive hele sin virksomhed i den stat, hvor filialen oprettes, således at det undgås at stifte et selskab i den sidstnævnte stat og derigennem, at de i denne stat gældende regler om stiftelse af selskaber, som er strengere med hensyn til indbetaling af en mindste selskabskapital, finder anvendelse ...«

Der gøres alene følgende reservation: »... Denne fortolkning udelukker dog ikke, at den pågældende medlemsstats myndigheder kan træffe

enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre svigagtige forhold, eller som består i, at der kan pålægges sanktioner i anledning af sådanne forhold, enten over for selskabet selv, i givet fald i samarbejde med den medlemsstat, hvori selskabet er stiftet, eller over for selskabsdeltagerne i tilfælde, hvor det godtgøres, at de gennem stiftelse af et selskab reelt søger at unddrage sig deres forpligtelser over for private eller offentlige kreditorer på den pågældende medlemsstats område«.

Det vil ses, at selve hensigten: ønsket om at »omgå« det reelle hjemlands strengere mindstekapitalkrav, ikke rokker ved etableringsretten. Det vil endvidere ses, at dommen ikke kun er et spørgsmål om proportionalitet: Der anvises ikke mindre indgribende foranstaltninger i form af opstilling af kapitalkrav, der kan søges opfyldt, før det skrides til registreringsnægtelse. Retten til etablering, og i sammenhæng hermed retten til registrering af filialen, er absolut. Alene »svigagtige forhold« kan der skrides ind over for, og i præmisserne (præmis 37) nævnes herved udtrykkeligt muligheden af, at offentlige kreditorer kræver »de nødvendige garantier«. Disses beskaffenhed uddybes ikke nærmere. Det siger sig selv, at de i givet fald skal anvendes ensartet over for uden- og indenlandske selskaber.

Både generaladvokaten, Kommissionen og dommerne har været sig bevidst, at der i sagen stod andet end blot omgåelse af danske kapitalkravsregler på spil. Således står også hele spørgsmålet om anerkendelse af nogle medlemsstaters hovedsædekriterium på spil, dvs. visse staters anvendelse af egne præceptive selskabsregler i tilfælde, hvor et udenlandsk selskab reelt har sit hovedsæde i den pågældende stat. Kommissionen havde i denne anledning foreslået en accept af, at filialstaten bringer sine egne mindstekapitalkrav i anvendelse, men generaladvokaten afviste denne mulighed (forslagets punkt 10, 20 og 22). Hermed er dommen ikke blot et spørgsmål om proportionalitet, dvs. om at bringe mindre indgribende foranstaltninger end registreringsnægtelse i anvendelse. Den er absolut i sit ubetingede krav om retten til etablering og om anerkendelse af det udenlandske selskab, uanset at det har hele sin aktivitet i filialstaten.

I direkte forlængelse af Centros fastslår *Überseering*, dom af 5. november 2002, sag C-208/00, at hovedsædekriteriet er fællesskabsstridigt, idet det medfører underkendelse af et i udlandet lovligt bestående selskabs retsevne og partsevne og dermed fører til en nægtelse af det udenlandske selskabs etableringsret efter art. 43 og 48 EF.

5. Retten til at vælge eller fravælge en egentlig koncernstruktur, dvs. valgretten mellem datterselskab og filial

Selskabets ret til at vælge frit mellem datterselskab og filial. I koncernretlig sammenhæng kunne man nærmere udtrykke dette element som retten til at vælge – eller at fravælge – en egentlig koncerndannelse. Vælger man den, dannes der datterselskab i det andet land. Fravælger man den, dannes der kun en filial.

Den fysiske person, som vil etablere sig i en anden EU-stat, kan gøre det (a) primært ved at flytte sin virksomhed eller (b) sekundært ved at bevare sin hovedvirksomhed, men oprette datterselskab, filial eller agentur i den anden EU-stat. Også det selskab, der vil etablere sig *sekundært* i en anden EU-stat, skal frit kunne vælge mellem disse under (b) nævnte etableringsformer. Valgfriheden fremgår af art. 43, stk. 1, 2. led, hvorefter statsborgere i en medlemsstat, der er bosat på en medlemsstats område, skal have fri adgang til at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber. Friheden uddybes i art. 43, stk. 2, hvorefter etableringsfriheden indebærer adgang til »... at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i art. 48, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere«. Det følger heraf, at modtagerstaten ikke kan tvinge – hverken direkte eller indirekte – et selskab fra et andet EU-land til at etablere en juridisk person som instrument til etableringen i modtagerstaten; det er det udenlandske selskab, der *selv vælger mellem etableringsformerne*.

I sagen *Kommissionen mod Frankrig*, dom af 28. januar 1986, sag 270/83, havde Frankrig opretholdt skatteregler, som gav ret til en vis skattegodtgørelse, når man var aktionær i et fransk selskab (til delvis afparering af dobbeltbeskatningen af selskabsindkomst). Der blev imidlertid gjort forskel på, om aktionæren var et udenlandsk selskab eller et fransk selskab, idet et udenlandsk selskab med fransk filial ikke kunne få skattegodtgørelsen. Domstolen godtog ikke Frankrigs argument om, at det udenlandske selskab blot kunne oprette fransk datterselskab, eller om, at når skattesystemet ikke er harmoniseret, kan Domstolen ikke gribe ind.

I sagen *Commerzbank*, dom af 13. juli 1993, sag C-330/91, havde den tyske Commerzbank AG indbetalt aconto-skat for sin filial i Storbritannien, men da filialens indtægter (renter fra USA) var skattefri i

Storbritannien, skulle bankfilialen nu have aconto-skatten tilbagebetalt. Ved tilbagebetaling af aconto-skat blev der givet et rentetillæg til selskaber, der havde hjemsted i Storbritannien, mens et tilsvarende tillæg blev nægtet selskaber, der havde hjemsted i en anden stat. Dette var, fastslog Domstolen uden vaklen, i strid med (dengang) art. 6, 52 og 58, og den omstændighed, at de udenlandsk hjemmehørende selskaber ikke ville have været fritaget for den skat, som det hele drejede sig om, såfremt de havde haft hjemsted i Storbritannien, var herved uden betydning. De britiske skattemyndigheder måtte efter dommen foretage efterbetalinger for en årrække til tusinder af udenlandske selskaber, der således var blevet diskrimineret gennem skattereglerne.

En regel om acontoskat, der efter alt at dømme var fællesskabsstridig, var den med virkning fra 1. april 1999 af Tyskland indførte forskrift i *Einkommenstuergesetz (EstG)* § 50 a, stk. 7, hvorefter der ved udbetaling af vederlag til en ikke-tysk virksomhed fra en tysk ordregiver for fremstilling af produktion mv. i Tyskland (*Herstellung eines Werks*) som hovedregel skulle ske indeholdelse af en kildeskat på 25% med tillæg af 5,5% »solidaritetsbidrag« (genforeningsskatten), alt til afregning inden 8 dage over for skattemyndighederne, og således at hel eller delvis tilbagebetaling først kunne ske til den ikke-tyske virksomhed efter indkomstårets udløb. Lovreglens nærmere indhold er beskrevet af *Benedicte Wiberg* i S.U. 1999, 145, som også beskriver undtagelsesregler, administration mv. Se hertil *Erik Werlauff* i S.U. 1999.174 med analyse af reglens materielle fællesskabsstridighed og af de hasteprocedurer, der kan bringes i anvendelse for at undgå, at udenlandske tjenesteydere rammes af reglen, jf. jf. *Erik Werlauff* i Festskrift til Aage Michelsen (2000) s. 365 ff. (»Retsmidler mod diskriminerende nationale skatteforskrifter – materielt, processuelt og erstatningsretligt«) og *samme* i European Taxation 1999 s. 475 ff. (»Remedies available to individuals under EC law against discriminatory national laws«). Ultimo juli 1999 meddelte Tyskland, at kildeskatten ophævedes med tilbagevirkende kraft fra dens ikrafttrædelse 1. april 1999, uden at Tyskland herved erkendte, at afgiften havde været i strid med fællesskabsretten. Kommissionen fandt imidlertid retsbruddet så groft, at den bebudede traktatbrudssag mod Tyskland blev fortsat trods afgiftens ophævelse. I 2002 indførte Tyskland på ny en kildeskat på entreprisesummer, men nu på 15% og gældende for enhver entreprise, også udført af tysk hjemmehørende entreprenører, og således at udenlandske entreprenører, der beskyttes af en DBO mod beskatning i Tyskland på grundlag af entreprisen, gennem fritagelseserklæring kan slippe for indeholdelsen,

jf. omtale i S.U. 2002, 31 samt *Benedicte Wiberg & Søren Erenbjerg* i S.U. 2002, 369.

Ved dom af 29. april 1999 i sag C-311/97, *Royal Bank of Scotland mod de græske skattemyndigheder*, fastslog Domstolen, at art. 43 og 48 EF (ex 52 og 58) var til hinder for græske skatteregler, hvorefter udenlandske bankers filialer i Grækenland beskattes med en højere sats af udbytteindtægter, end den skattesats, der påhviler græske banker af tilsvarende indtægter. Metoden for beregning af det skattepligtige beløb var den samme, men skattesatsen var hhv. 40% og 35%. Domstolen lader principielt muligheden stå åben for, at en (skattemæssig) forskelsbehandling kan være sagligt begrundet, jf. opregningen i art. 46 (ex 56), men Grækenland havde ikke gjort forsøg på at påvise sådanne saglige grunde. Det hedder derfor i domskonklusionen, at situationen for de to kategorier af selskaber (de inden- og de udenlandske) »ikke adskiller sig objektivt på en måde, der berettiger en sådan forskelsbehandling«.

Ved dom af 6. juni 1996 i sagen C-101/94, *Kommissionen mod Italien*, blev Italien dømt for overtrædelse af art. 43 EF (ex 52), idet italiensk lovgivning bestemte, at børsmæglervirksomhed – ud over af banker – kun kunne udøves af selskaber, som har hjemsted i Italien. Det er væsentligt at bemærke, at dommen støtter sig direkte på Traktaten, ikke på investeringsservicedirektivet, som dengang endnu ikke var vedtaget. Der er således tale om resultater, der udledes direkte af Traktatens etableringsregler. Italien forsvarede sig navnlig med, at der ikke effektivt ville kunne føres tilsyn med og iværksættes sanktioner over for børsmæglerne, hvis de ikke var primært etablerede i Italien. Domstolen forkastede denne argumentation: Selv om forpligtelsen til at have hjemsted i Italien ville lette tilsynet og kontrollen med de erhvervsdrivende på markedet, var en sådan forpligtelse dog ikke den eneste måde, hvorpå man kunne sikre reglernes overholdelse.

Domstolen anviste i overensstemmelse med Kommissionens procedure blandt andet følgende kontrolmuligheder: (1) Virksomheden kunne acceptere at underkaste sig kontrol eller give de italienske myndigheder de dokumenter og oplysninger, som er nødvendige, for at myndighederne kan sikre sig, at selskaberne opfylder italiensk lovgivning. (2) Navnlig kunne man forestille sig et krav om, at selskaberne giver oplysninger og stiller dokumenter til rådighed, som specifikt vedrører den virksomhed, der udøves af deres sekundære etableringer i Italien. (3) Med hensyn til solvensen kunne udøvelsen af virksomhed i Italien gøres betinget af, at der stilles finansielle garantier i Italien til dækning af de forretninger, der udføres dér. (4) Endvidere kan man forestille sig,

at de italienske myndigheder indgår samarbejdsaftaler med hensyn til tilsynet med markederne og med mæglerne, som det er tilfældet med tredjelande. Endelig bemærkede Domstolen, at også (dengang) art. 59 om udveksling af tjenesteydelser var overtrådt.

I Danmark har denne dom givet anledning til diskussion om, hvorvidt vor i 1996 indførte børsreform er fællesskabsstridig på et punkt, jf. *Jesper Lau Hansen* i UfR 1996 B s. 96 ff. og 341 ff., når de nye regler nemlig kræver, at blandt andet virksomhed som fondsbørs skal drives i form af et aktieselskab, og at dette skal være dansk. Hvorfor skulle en udenlandsk fondsbørs ikke lovligt kunne oprette børs i Danmark og drive virksomhed som fondsbørs herfra? Den italienske dom peger stærkt på, at dette synspunkt er rigtigt.

En tilsvarende afgørelse, som afviser nationale krav om etableringspligt (domiciltvang), er dom af 29. oktober 1998, sag C-114/97, *Kommissionen mod Spanien*, hvor Domstolen fastslog, at det var i strid med fællesskabsretten, når Spanien som betingelse for at give et selskab autorisation til at udøve vagttjeneste krævede, at bestyrelses- og direktionsmedlemmer samt vagtpersonale var spansk bosiddende, og at selskabet havde spansk hjemsted, jf. om de børsretlige konsekvenser heraf *Jesper Lau Hansen* i UfR 1999 B s. 108 f. I samme retning går Domstolens dom af 9. marts 2000, sag C-355/98, *Kommissionen mod Belgien*, hvorefter det strider mod art. 43 og 49 EF (ex 52 og 59) om hhv. etableringsret og tjenesteydelse, at belgisk lovgivning som betingelse for udøvelse af aktivitet som vagtselskab i Belgien blandt andet krævede fast driftssted i Belgien samt udstedelse af et særligt belgisk identitetskort for virksomheden.

I en ganske vidtgående dom af 21. september 1999 i sagen *Saint-Gobain*, C-307/97, fastslog Domstolen, at et udenlandsk selskabs filial (faste driftssted) generelt skal nyde de samme skattemæssige fordele i filialstaten, som et dér etableret selskab ville have, også selv om filialstatens dobbeltbeskatningsoverenskomster (DBO'er) med andre lande alene hjemler rettigheder for selskaber og således ikke nævner en filial som DBO-rettighedssubjekt. Konkret var der tale om, at et fransk selskabs filial i Tyskland var nægtet tre skattemæssige fordele for sine aktiebesiddelser i tredjelande, nemlig (1-2) exemption- og creditlempelse for udbytte i henhold til DBO'er (3) fritagelse for tysk formueskat for sine aktier i selskaber i tredjelande. Det følger af dommen meget konsekvent, at de rettigheder, der tilkommer et indenlandsk hjemmehørende selskab, også skal gives til et udenlandsk hjemmehørende, uanset at rettighederne normalt vil blive opfattet som rettigheder, der tilkom-

mer »et selskab« som sådant, enten efter intern skatteret eller efter en DBO. Det følger endvidere, at et »datterselskab« begrebsmæssigt ikke nødvendigvis behøver at være datterselskab direkte under sit hovedselskab, men også kan være datterselskab – med hertil knyttede rettigheder – af selskabets filial i et andet EU- eller EØS-land.

6. Retten til, at datterselskabet eller filialen ligebehandles med indenlandske selskaber mv.

Fysiske samt erhvervsdrivende juridiske personers ret til at nyde de samme rettigheder i relation til et selskab i en anden EU-stat, som denne stats egne borgere og selskaber har. Denne ret til national ligebehandling i relation til investering i et selskab i en anden EU-stat følger af to regelsæt: (A) For den, der foretager en egentlig etablering i et andet land, følger retten af art. 43 EF (ex 52). (B) Den, der ikke gennem (majoritets)besiddelse i et udenlandsk selskab kan siges at »drive virksomhed« gennem selskabet, men som blot *ønsker at indtræde som selskabsdeltager*, har ligeledes krav på at opnå ganske samme rettigheder i selskabet (herunder naturligvis selve retten til at indtræde som selskabsdeltager), som gælder for selskabsdeltagere fra selskabets egen stat. Dette følger af art. 294 EF (ex 221): »Med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne Traktat indrømmer Medlemsstaterne senest tre år efter denne Traktats ikrafttræden de øvrige Medlemsstaters statsborgere national behandling for så vidt angår kapitalanbringelser i de i art. 48 nævnte selskaber«.

I sagen *Halliburton Services NV*, dom af 12. april 1994, sag C-1/93, blev indenlandske selskaber i Holland behandlet mildere i henseende til betaling af stempelafgift ved overdragelse af fast ejendom i forbindelse med koncerninterne strukturændringer, end det var tilfældet i relation til et udenlandsk selskab. Holland argumenterede, at der under alle omstændigheder var tale om afgiftsbelæggelse af et hollandsk selskab, og at der derfor ikke kunne være tale om diskriminering i strid med fællesskabsretten, men Domstolen lagde vægt på, at udenlandske selskaber indirekte diskrimineredes, når der kunne indrømmes det hollandske selskab stempelfrihed ved en ejendomshandel med et hollandsk, men ikke ved handel med fx et tysk selskab.

I sagen *Singer*, dom af 15. maj 1997, sag C-250/95, var der tale om, at udenlandsk selskab med filial i Luxembourg beskattedes efter den indirekte metode (dvs. skattepligt i Luxembourg af en pro rata del af globalresultatet), men når resultatet udviste underskud, som ønskedes

fremført til fradrag i senere år, skulle der fremlægges fuldstændigt filialregnskab. Domstolen fastslog, at dette var for vidtgående; Luxembourg kunne kun kræve, at det med »klarhed og præcision« blev bevist af selskabet, at underskuddet havde relation til virksomheden i Luxembourg.

Ved dom af 16. juli 1998 i sagen C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, fastslog Domstolen, at det var i strid med etableringsretten, når de britiske regler om et selskabs fradrag for underskud i et »fælles datterselskab« (konsortialbeskatning, konsortialfradrag) gjorde fradragsretten afhængig af, om det pågældende fælles datterselskab i sin egenskab af holdingselskab overvejende ejede selskaber med hjemsted i Storbritannien, eller om det overvejende ejede selskaber med hjemsted uden for Storbritannien. Skattefradraget (konsortialfradraget) kunne kun opnås, såfremt holdingselskabets virksomhed udelukkende eller hovedsageligt bestod i at eje aktier i datterselskaber med hjemsted i Storbritannien, og dette var i strid med art. 43 (dengang art. 52). Hensynet til beskyttelse mod tab af skatteindtægter var ikke et tvingende hensyn af almen interesse, der i medfør af art. 46 (dengang art. 56) kunne påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling. Ganske vist har Domstolen i andre sager om skat fastslået, at nødvendigheden af at sikre sammenhængen i en beskatningsordning under visse omstændigheder kan begrunde regler, der begrænser grundrettighederne, men i de nævnte sager har der været en direkte sammenhæng mellem på den ene side fradragsretten for præmier og på den anden side beskatningen af forsikringsselskabernes ydelser, og denne sammenhæng måtte beskyttes for at sikre sammenhængen i den omhandlede beskatningsordning. I ICI-sagen var der i modsætning hertil ingen direkte sammenhæng mellem fradragsretten for et i et konsortium deltagende selskab for et tab, som et af selskabets datterselskaber med hjemsted i Storbritannien har haft på den ene side, og på den anden side beskatningen af overskuddet i datterselskabet med hjemsted uden for Storbritannien. Den forelæggende domstol – *House of Lords* – ville også vide, om loyalitetsprincippet i Traktaten rækker så vidt, at forskelsbehandling er forbudt, når der er tale om et holdingselskab med datterselskaber i tredjelande, det vil sige uden for EU og EØS. Hertil svarede Domstolen, ikke overraskende, at loyalitetsprincippet i Traktaten ikke pålægger den nationale ret at fortolke den nationale lovgivning i overensstemmelse med fællesskabsretten i relation til en situation, der ligger uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde.

Ved dom af 8. juli 1999 i sag C-254/97, *Baxter m.fl.*, fastslog Domstolen, at fransk afgiftslovgivning var i strid med art. 43 og 48 EF (ex 53 og 58), når lovgivningen i forbindelse med en særlig afgift på fransk

etablerede medicinalfirmaers omsætning kun tillod fradrag for udgifter til forskning udført i Frankrig. Herved blev udenlandsk hjemmehørende selskaber, der kun havde oprettet filial i Frankrig, indirekte diskrimineret i forhold til selskaber med hjemsted i Frankrig, eftersom tyngden i et medicinalfirmas forskning oftest ligger i det land, hvor selskabet har sit hjemsted.

Der må ikke gennem afgifter eller på anden måde lægges hindringer i vejen for kapitalens frie bevægelighed over grænserne, jf. art. 56 ff. EF (ex 73 B ff.). Dette får også betydning i koncerninterne forhold, eksempelvis hvor der mellem koncernforbundne selskaber sker overførsel af midler. Typisk betragter koncernen sig i finansieringsmæssig henseende som en helhed, der ofte anvender et bestemt selskab i koncernen som fælles finans- og managementselskab.

Se hertil EF-domstolens dom af 14. oktober 1999, C-439/97, *Sandoz*, hvor Sandoz i Østrig havde optaget et koncerninternt lån på 220 mio. ATS hos koncernens managementselskab i Belgien. Der oprettedes ikke lånedokument, idet lånet blot posteredes regnskabsmæssigt som mellemregning mellem de to koncernselskaber. Sådanne dokumentløse låneaftaler blev i østrigsk afgiftslovgivning belagt med 0,8% stempelafgift, når lånet blev optaget hos en udenlandsk kreditor, men ikke hvis det blev optaget hos en østrigsk. Dette var i strid med forskrifterne om frie kapitalbevægelser i art. 56 og 58 EF (dengang art. 73 B og 73 D). Derimod var det ikke i strid med disse forskrifter, at der på egentlige lånedokumenter med udenlandske kreditorer opkrævedes en sådan afgift, når dette skete som følge af, at tilsvarende indenlandske lånetransaktioner blev tilsvarende afgiftsbelagt.

7. Sammenfattende om koncernens fællesskabsretligt funderede valgfrihed i etableringsfasen

Sammenfattende vil det ses, at etableringsfriheden fremstår som temmelig kompromisløs, nemlig på tværs af en række traditionelt håndhævede nationale hensyn, fx ønsket om at undgå omgåelse af nationalt relaterede kvotaregler (Factortame), særlige skatte- eller afgiftsmæssige ordninger (Kommissionen mod Frankrig, Commerzbank, Halliburton, Imperial Chemical Industries, Singer), særlige kapitalkrav mv. (Centros) og særlige tilsynsmæssige hensyn for kvalificerede virksomhedstyper (Kommissionen mod Italien: børsmæglerselskaberne, samt Kommissionen mod Spanien og Kommissionen mod Belgien: vagtselskaberne).

Særligt dommen i Centros med dennes respekt af det udenlandske »discountselskab« nødvendiggør overvejelser om blandt andet mulighed for hæftelsesgennembrud over for selskabsdeltagere. Lande, der tillader selskabsdrift med en yderst begrænset kapitalindsats, har udviklet grundsætninger om *hæftelsesgennembrud*, britisk *lifting the veil*, amerikansk *piercing the veil* (at løfte/gennembore sløret, i.e.: foran selskabsdeltagerne). I »Selskabsmasken« (1991) har *Erik Werlauff* nærmere analyseret retstilstanden, som imidlertid udvikler sig på usikker og yderst kasuistisk grund. Også danske domstole har nu imidlertid accepteret hæftelsesgennembrud som en retlig realitet, jf. *TfS 1997.780 H, Midtfyns Festivalen*. Her var sket en sådan sammenblanding af to selskabers økonomi, at profitmulighederne lå hos det ene selskab, mens risiciene lå hos det andet, og på dette grundlag statueredes der hæftelse hos det favoriserede selskab for det således skadede selskabs gæld, »i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor«. Derimod var hovedaktionærens personlige økonomi ikke sammenblandet med selskabernes, og en tidligere standsning af driften var ikke indiceret, og derfor gik personen, nu hans enke, fri af både hæftelse og ansvar. Dommen er *ikke* kun et udtryk for formuesammenblanding, men et reelt udtryk for hæftelse. Eftersom spørgsmål om forudgående kapitalbeskyttelse og efterfølgende hæftelse eller ansvar er forbundne kar, vil behovet for udvikling af grundsætninger om hæftelsesgennembrud stige, når *Centros* og dens konsekvenser slår fuldt igennem. En lovregulering af spørgsmålet kan eventuelt overvejes. Se hertil *Ulrich Forsthoff* i Europarecht 2000 s. 167 ff., der som nævnt peger på et udvidet behov for hæftelsesgennembrud efter Centros og på, at nationale beskyttelsesforskrifter ikke må være »abstraktpræventive«, men skal tilpasses det konkrete behov ud fra et proportionalitetsprincip.

Et selskab, der i sin hjemstat virker under et bestemt navn, kan imidlertid ikke nødvendigvis være sikker på at kunne *anvende dette navn i alle andre medlemsstater*, idet både etableringsretten i art. 42 (ex 52) og retten til fri vareudveksling i art. 28 (ex 30) må vige for sådanne nationale bestemmelser (markedsførings- og navneregler mv.), der beskytter firmabetegnelser mod risikoen for forveksling, idet disse restriktioner er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, der vedrører beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret, jf. EF-domstolens dom af 11. maj 1999 i sag C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel GmbH mod Löwa Warenhandel GmbH*, om retten til at bruge firmanavnet »Plus« i Østrig.

Kapitel 2

EU's supranationale selskabstyper

I det følgende behandles de tilbud, fællesskabsretten i dag har til en koncern, der ønsker at virke grænseoverskridende, om anvendelse af fællesskabsretlige, »supranationale« selskabstyper til alle eller nogle af koncernens selskaber. På området for personselskaber drejer det sig om firmagruppen (EØFG), mens det på området for kapitalselskaber drejer sig om det europæiske aktieselskab (SE-selskabet). Europæiske andelsselskaber omtales kun sporadisk, eftersom deres egentlige koncernretlige betydning må antages at være begrænset.

1. Europæiske økonomiske firmagrupper, EØFG

Siden 1989 står det erhvervsdrivende fysiske og juridiske personer i hele EU og EØS åbent at danne en særegen grænseoverskridende interessentskabstype med henblik på udførelse af visse fælles opgaver, men principielt ikke med henblik på kapitalakkumulation. Muligheden består i form af etablering af en europæisk økonomisk firmagruppe, EØFG, med betydelige træk fra interessentskabet, herunder dettes ubegrænsede og solidariske hæftelse (jf. nedenfor om hæftelsens formentlig tillige principale beskaffenhed).

I det følgende behandles firmagrupperne temmelig udførligt, dels fordi en firmagruppe er et nyttigt instrument til grænseoverskridende erhvervsmæssigt samarbejde, dels fordi forordningen herom bygger på en række fælles principper fra medlemsstaternes regler om interessentskaber og joint ventures, så at kendskab til forordningen samtidig giver et vist kendskab til en række grundlæggende fælles principper,

jf. komparative oversigter hos *Karl-Eduard von der Heydt & Wolff-Georg Frhr. von Rechenberg (red.)*: Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung.

Firmagruppebegrebet er etableret efter fransk forbillede, men står nu uden videre til disposition i hele EU og EØS, eftersom forordningsformen er anvendt, forordning 2137/85.

Firmagruppeforordningen udelukker ikke, men tager på den anden side heller ikke højde for, at deltagernes interne forhold uddybes i en ikke offentligt tilgængeligt aftale af samme beskaffenhed som aktionæroverenskomster i kapitalselskaberne.

Dette rejser nogle spørgsmål om det internationale lovvalg. I selskabsrelaterede henseender, fx i spørgsmål om stiftelse, tegningsret, organisation og tegningsret, skal hjemstedslandets lovgivning anvendes, jf. forordningens art. 2(1), men i aftaleretlige spørgsmål, fx om konkurrenceklausuler, omkostningsfordeling, forsikring, ansvarsfordeling mv., er der aftalefrihed til at pege på et andet lands lovgivning i den interne aftale mellem deltagerne, jf. *Annette Pedersen & Anni V. Frandsen* i J 1995 s. 121 ff.

1.1. Betegnelse, navn

Da firmagrupperne kan betegne sig ved den af forordningen autoriserede forkortelse, er det nyttigt at kende i hvert fald nogle af staternes tilsvarende betegnelser: *Belgien*: europees economisch samenwirkingsverband, EESV (eller den franske betegnelse). – *Danmark*: europæisk økonomisk firmagruppe (ofte dog i stedet betegnet: interessegruppe), EØFG. – *Frankrig* (hvorfra begrebet som nævnt hidrører): groupement d'intéret économique, GIE. – *Tyskland*: europäische wirtschaftliche Interessevereinigung, EWIV. – *Irland*: enten som Storbritannien eller således: grupail eorpach um leas eacnamaioch, GELE. – *Italien*: gruppo europeo di interesse economico, GEIE. – *Holland*: som den første af de belgiske betegnelser. – *Portugal*: agrupamento europeu de interesse económico, AEIE. – *Spanien*: agrupación europea de interés económoci, AEIE. – *Storbritannien*: European Economic Interest Grouping, EEIG.

Der er ret og pligt til at benytte én af de her nævnte betegnelser, men dette udelukker ikke anvendelsen af national ret om selskabs- og firmanavne, jf. Domstolens afgørelse af 18. december 1997 i sagen C-402/96, *EITO*, som fastslår, at national ret, der finder anvendelse på en firmagruppe, godt kan opstille videregående krav, end hvad der følger af forordningens art. 5, litra a, hvorefter betegnelsen »europæisk

økonomisk firmagruppe« eller forkortelsen »EØFG« skal indgå i firmagruppens registrerede navn. Konkret sondrer tysk ret mellem kunstnavne (*Sachfirma)* og personnavne (*Personenfirma*), og da tysk ret betragter en europæisk firmagruppe som et personselskab svarende til et *OHG* (*Offene Handelsgesellschaft*), tillader tysk ret ikke, at firmagruppen bærer et rent kunstnavn; der skal indgå personnavne deri. Dommen fastslår, at forordningen ikke er til hinder for sådanne videregående krav i den lovgivning, der gælder for firmagruppens hjemsted. Forud for dommen var der i tysk ret usikkerhed, om en firmagruppe kunne have et kunstnavn, eller om den skulle overholde de regler, der efter *Handelsgesetzbuch* § 19 gælder for interessentskaber, nemlig at firmanavnet på mindst én af deltagerne skal indeholdes i firmagruppens navn. OLG Frankfurt havde stillet krav om optagelse af mindst én deltagers navn, jf. *EuZW 1993.488*, men i en afgørelse fra LG Bonn i *EuZW 1993.550* blev det tilladt firmagruppen at få et rent kunstnavn registreret. Fra firmagruppens side blev der argumenteret, at forordningens art. 5(a) tillader et kunstnavn, og dette er altså også Domstolens retsopfattelse.

1.2. Joint venture, almindeligt interessentskab

Flere stater, som ikke tidligere har haft en tilsvarende selskabsform, har benyttet lejligheden til at indføre en sådan i national ret. I modsat fald ville der opstå den paradoksale situation, at selskabsmuligheden stod åben for samarbejde med udenlandske, men ikke med indenlandske samhandelspartnere.

Eksistensen af forordningen om firmagrupper udelukker ikke, at der oprettes grænseoverskridende interessentskaber eller joint ventures, uden at der hertil anvendes en firmagruppe. Måske ønsker deltagerne ikke at iagttage de offentlighedsforskrifter omkring deres samarbejde, som firmagruppeforordningen kræver. På den anden side er firmagruppens alment kendte beskaffenhed en betydelig fordel, når der skal disponeres i firmagruppens navn. Om internationale joint ventures se nærmere *Karsten Engsig Sørensen* i TfR 2001 s. 406 ff. og *samme* i Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (ed.): »The internalisation of companies and company law«, s. 155 ff. Endnu et alternativ er en aftale af den type, der i stigende grad vinder frem, og som ofte betegnes *partnering*. Dette begreb dækker oftest over en aftale, hvor hver parts ydelse og modydelse ikke er så klart defineret som i en traditionel aftale, men hvor der særligt fokuseres på et fælles mål, jf. *Christina D. Tvarnø* i Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002 s. 74 ff. (www.rettid.dk) og *samme*

i Julebog 2002 fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, s. 137 ff.

Formålet med oprettelse af et joint venture, det være sig med eller uden anvendelse af en firmagruppe, kan fx være at søge EU-støtte under det særlige JEV-program om Joint European Ventures. Under dette støtteprogram kan små og mellemstore virksomheder (SME) inden for industri, håndværk, handel og service modtage støtte på op til 100.000 euro til et projekt, hvorved det undersøges, om der er grundlag for et grænseoverskridende samarbejde mellem mindst to SME'er i forskellige lande. Hvis projektet ikke er realiserbart, skal støtten enten tilbagebetales, eller rettighederne til projektet skal overdrages til EU til eventuel udnyttelse til anden side.

1.3. Hvornår bruges en firmagruppe?

Firmagruppen er et internationalt samarbejdsinstrument, som skal gøre det lettere for virksomheder i EU og EØS at udøve visse aktiviteter, hvorom de med fordel kan samarbejde, fx oparbejdelse af fælles teknisk viden i form af know-how netværk (hvilket kan blive af største betydning for mindre og mellemstore produktionsvirksomheder til sikring af, at de har al tilgængelig viden om eventuelle skadelige egenskaber ved deres produkter), fælles forskning, indkøb, afsætning, produktion, koordineret tilbudsgivning på – og efterfølgende koordinering af gennemførelsen af – offentlige anlægsarbejder, jf. fx sagsforløbet i *UfR 2002.1180 H*, fælles administration af højt specialiserede tjenesteydelser, materialekontrol, databehandling mv. En af de første firmagrupper, der blev oprettet, var en firmagruppe, der skal varetage fælles indkøb for over 1.700 fotoforretninger i store dele af Nordeuropa. Blot eksempelvis er der tillige oprettet firmagrupper vedrørende forskning i high-definition tv-apparatur og fælles tjenesteydelser inden for advokatsektoren, jf. *Rudiger Zuck* i NJW 1990 s. 954 ff., der fremhæver, at firmagruppernes understøttende »hjælpefunktion« (i modsætning til den selvstændige erhvervsfunktion, som netop ikke er meningen med firmagrupperne) forekommer specielt velegnet til grænseoverskridende advokatsamarbejde. – Det samme kan med styrke anføres om revisor- og rådgivningssamarbejde i øvrigt.

Mens et rent nationalt eller et internationalt interessentskab eller kapitalselskab som regel vil blive anvendt, hvor det drejer sig om at oparbejde fortjeneste, vil det være mere nærliggende at anvende en firmagruppe, hvor det drejer sig om fælles udgiftskrævende foranstaltninger. Skønt firmagruppens øjemed ikke er at optjene overskud til sig

selv, jf. forordningens art. 3(1), er det ikke forbudt firmagruppen at opnå overskud ved sine aktiviteter. Derimod må firmagruppen ikke overtage deltagernes egne aktiviteter. På den anden side må den heller ikke udøve virksomhed, som er helt uafhængig af deltagernes aktiviteter, eftersom firmagruppens virksomhed skal være knyttet accessorisk til deltagernes aktiviteter, jf. art. 3(1). Vil deltagerne påbegynde helt nye aktiviteter, må de være henvist til at etablere et fælles interessentskab, joint venture eller datterselskab, hvori nye aktiviteter kan påbegyndes.

At firmagruppen ikke må overtage deltagernes egne aktiviteter, betyder ikke, at den ikke må koordinere dem eller endog udstede instrukser til dem om den nærmere gennemførelse af aftaler, som indgås med andre.

Firmagruppen er den selskabsretlige ramme omkring deltagernes samarbejde. Den giver dem ingen garanti for, at deres samarbejde er retmæssigt efter EU's konkurrenceretlige forskrifter. Den koordinering af deltagernes bestræbelser, som firmagruppen er udtryk for, kan efter omstændighederne udgøre en konkurrencebegrænsende foranstaltning som nævnt i art. 81 EF (ex art. 85). Selve valget af en retsform, der er »velsignet« af EU, udgør således ikke noget frikendelsesbrev i relation til kartelreglerne. Deltagerne bør derfor inden etableringen af samarbejdet nøje overveje, om dette kan stride mod art. 81, og i givet fald må det undersøges, om samarbejdet er omfattet af en gruppefritagelse.

1.4. Juridisk personlighed, hæftelse

Mens et interessentskab efter flere staters retsorden opnår rets-, handle-, parts- og procesevne fra stiftelsestidspunktet, opnår firmagruppen først dette fra registreringstidspunktet, jf. forordningens art. 1(2). Indtil registreringen hæfter de, der har foretaget handlingerne (eksempelvis forretningsførerne), for disse, jf. art. 9(2), der svarer til hæftelsen for uregistrerede selskaber efter publicitetsdirektivets art. 7.

Den enkelte stat afgør, om firmagruppen opnår status som juridisk person, jf. art. 1(3), men selv om dette er tilfældet, gør det ingen forskel i henseende til hæftelsen for firmagruppens forpligtelser. For disse hæfter alle firmagruppens medlemmer ubegrænset og solidarisk, jf. art. 24(1), der dog overlader til den enkelte stat at afgøre »følgerne af dette ansvar«.

Til disse forhold, der således afgøres efter national ret, hører dels (a) hvor lang frist der rimeligvis skal gives firmagruppen, før betaling kan kræves fra det enkelte medlem, jf. art. 24(2), som omtales nedenfor, dels (b) hvordan regressen mellem firmagruppens medlemmer skal forløbe.

Om regressen kan der være truffet aftaler mellem parterne i stiftelsesoverenskomsten, jf. art. 21(2). I mangel af aftale bidrager medlemmerne med lige store beløb. Medmindre andet er aftalt, må regressen antages at være proratarisk, så at den deltager, der har betalt mere, end han endeligt skal bære, alene kan afkræve hver af firmagruppens øvrige deltagere den forholdsmæssige del, som skal bæres af den pågældende, jf. for Danmarks vedkommende princippet i gældsbrevslovens § 2, stk. 2.

Så længe firmagruppen ikke er endeligt opløst ved likvidation, kan krav fra en kreditor mod det enkelte medlem af firmagruppen først rejses, når kreditor forinden har anmodet firmagruppen om at betale, og »betaling ikke har fundet sted inden for en rimelig frist«, jf. art. 24(2). Selv om der heri ligger en vis subsidiaritet, har kreditor altså ikke pligt til at afvente nogen dokumentation for, at firmagruppen ikke kan betale; han kan blot efter udløbet af den »den rimelige frist« gøre det ubegrænsede og solidariske ansvar gældende mod hvert enkelt medlem af firmagruppen. Dette ansvar har så stærke lighedstræk med selvskyldnerkaution og tillige med interessenters hæftelse i et interessentskab, at det er berettiget at beskrive hæftelsen som en principal hæftelse. Eftersom kravet endvidere kan rettes direkte mod gruppens medlemmer, er det berettiget at beskrive medlemmernes hæftelse som ubegrænset, *solidarisk*, *direkte* og *principal*.

På denne baggrund må det antages, at de aktiviteter, der kan forventes drevet i firmagrupper, er af mindre risikobetonet karakter. Virksomheder, der ønsker at påbegynde en mere risikobetonet aktivitet, vil snarere vælge et kapitalselskab hertil, frem for at komme til at hæfte ubegrænset og solidarisk sammen med udenlandske virksomheder.

Eftersom firmagruppen ifølge art. 1(2) kan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser i eget navn – uanset om den enkelte stat udstyrer den med juridisk personlighed eller ej – kan firmagruppen indgå kontrakter, erhverve adkomst til fast ejendom, indkøbe driftsmidler og inventar, ansætte personale mv., dog ikke over 500 lønmodtagere, jf. art. 3(2)c.

Stiftelsesoverenskomsten skal indeholde visse mindsteoplysninger, som opregnes i art. 5. Dens fortolkning følger lovgivningen i det land, hvor hjemstedet er ifølge overenskomsten selv, jf. art. 2(1). Dette er dog ikke til hinder for, at deltagerne aftaler, at visse underliggende retsforhold mellem dem skal afgøres efter et andet lands lovgivning. I aftaleretlige spørgsmål, fx om konkurrenceklausuler, omkostningsfordeling, forsikring, ansvarsfordeling mv., er der som nævnt aftalefrihed til at pege på et andet lands lovgivning i den interne aftale mellem deltagerne, jf. *Annette Pedersen & Anni V. Frandsen* i J 1995 s. 121 ff.

Hvis firmagruppen flytter sit registrerede hjemsted til en anden stat, bliver det ved stiftelsesoverenskomsten underkastet loven i den nye hjemstedsstat.

Henvisningen i art. 2(1) gælder selve hjemstedsstatens materielle lov, ikke dens henvisningsregler (*renvoi*-regler) i dens internationale privatret. Hvis hjemstedet eksempelvis er i Tyskland, og tysk international privatret pga. firmagruppens øvrige tilknytning viser hen til belgisk ret, er det alligevel tysk ret, der skal finde anvendelse.

1.5. Begrænsninger i firmagruppens aktivitetsområder

Firmagruppen må ikke lede eller kontrollere medlemmers eller andres virksomheder, jf. art. 3(2)a, ej heller eje selskabsandele i en medlemsvirksomhed, jf. art. 3(2)b, men gerne i andre virksomheder, formentlig endog i en medlemsvirksomheds dattervirksomhed, blot en medlemsvirksomhed ikke herved kan ledes eller kontrolleres.

Flere medlemsstater forbyder selskaber at yde lån til medlemmer af deres ledelses- og/eller tilsynsorganer; i det omfang sådanne lån er forbudt efter national lovgivning, må firmagruppen ikke bruges til at yde sådanne lån, jf. art. 3(2)d.

Firmagruppen må ikke selv være medlem af en firmagruppe, jf. art. 3(2)e.

Firmagruppen må heller ikke offentligt opfordre til investering (i firmagruppen eller i andre objekter), jf. art. 23. Den kan altså ikke bruges af fx et bankkonsortium til at gennemføre et til offentligheden udbudt investeringsprojekt, men den kan godt bruges af en gruppe banker eller andre kreditinstitutter til at fremskaffe syndikerede lån til erhvervsvirksomheder og offentlige organer, når blot der ikke rettes investeringsopfordring til offentligheden.

1.6. Medlemmer

Medlemmer af en firmagruppe kan dels være (a) erhvervsdrivende juridiske personer med hjemsted og hovedkontor i EU eller EØS, dels (b) fysiske personer, der driver erhvervsvirksomhed i EF, jf. art. 4(1). Et selskab, der ikke har sit hovedkontor i EU eller EØS, kan således ikke være deltager i firmagruppen, men der er intet til hinder for at operere med associerede medlemmer, eventuelt gennem underliggende aftale, jf. *Hans-Jürgen Zahorka* i EuZW 1994 s. 201 ff., der også peger på muligheden for, at firmagruppen indgår i et større samarbejde, fx i et

interessentskab eller joint venture, med deltagere uden for EU og EØS, hvorved disse reelt kan komme med ind i firmagruppen. En fysisk person, der har hjemsted uden for EU og EØS, kan være medlem i firmagruppen, hvis han driver erhverv i EU eller EØS, jf. formuleringen af art. 4(2).

Hver stat kan begrænse deltagerantallet i en firmagruppe til 20, jf. art. 4(3).

Da firmagrupper skal anvendes til grænseoverskridende samarbejde, skal mindst to af deltagerne have deres virksomhed i forskellige medlemsstater, jf. art. 4(2). For fysiske personers vedkommende er det i denne forbindelse afgørende, hvor de som hovedbeskæftigelse udøver deres virksomhed. For juridiske personer er det faktiske hovedkontor (siège réel) afgørende – også selv om selskabet er stiftet og registreret i én af de EU-stater, der bekender sig til inkorporations- eller stiftelseskriteriet. To danske aktie- eller anpartsselskaber kan således stifte en firmagruppe, hvis det ene selskab har sit faktiske hovedkontor i København og det andet i fx Berlin.

1.7. Registrering, offentlighed

Hver stat udpeger det eller de centrale eller lokale registre, hvori firmagrupper, som har hjemsted i denne stat, skal registreres, jf. art. 6 og art. 39. Art. 7 indeholder nærmere forskrifter om de dokumenter, der skal indsendes til registeret, og som således er offentligt tilgængelige, jf. art. 39(1). I Danmark er registeret Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i København.

Endvidere offentliggøres nærmere opregnede fakta i statens officielle registreringstidende, jf. art. 8 og 39(1), ligesom visse summariske oplysninger registreres i EF-tidende, jf. art. 11 og 39(2). Den, der gennemgår EF-tidende, kan således for de registrerede firmagrupper se disses navn, registreringsdato, registreringssted, medlemsstat, adresse og registreringsnummer tillige med rent praktiske oplysninger, der sætter læseren i stand til at skaffe sig den mere detaljerede offentliggørelse, nemlig i form af registreringstidendets navn, udgiver og udgivelsesdato.

På breve, bestillingssedler og lignende skal angives en række oplysninger, som for så vidt er endnu videregående end kravene til aktie- og anpartsselskaber efter publicitetsdirektivets art. 4, idet der nemlig kræves angivelse af (a) betegnelsen firmagruppe eller EØFG (jf. de andre staters tilsvarende betegnelser, gengivet foran), (b) registernummer og stedet for det register, hvori gruppen er optaget, (c) adressen for dens

hjemsted, (d) i givet fald bemærkning om, at forretningsførerne kun kan disponere flere i forening (en oplysning, som end ikke skal angives på aktie- eller anpartsselskabers brevpapir), og (e) i givet fald oplysning derom, hvis firmagruppen er trådt i likvidation, jf. art. 25.

Firmagruppen kan som nævnt frit flytte sit hjemsted til et andet sted i EU eller EØS, jf. art. 1(1). Hvis firmagruppen herved bliver underkastet en anden stats lovgivning (det nye hjemsteds lov, jf. art. 2), er flytningen undergivet visse formalitets- og offentliggørelseskrav, jf. art. 14. Et lovvalg i en sådan intern aftale vil kunne bevares uanset firmagruppens nye nationalitet. Firmagruppen kan ikke flytte – eller fra stiftelsen antage – hjemsted uden for EU eller EØS, men der er intet hinder for oprettelse af filial uden for EU og EØS, jf. *Hans-Jürgen Zahorka* i EuZW 1994 s. 201 ff.

1.8. Gruppens medlems- og ledelsesorganer

Firmagruppens organer er (1) medlemsforsamlingen, bestående af alle dens medlemmer, som dog i stedet kan træffe deres beslutninger gennem høring iværksat af en forretningsfører eller et medlem, jf. art. 17(4), (2) én eller flere forretningsførere samt (3) eventuelle andre organer, der oprettes ved stiftelsesoverenskomsten, fx et tilsynsråd eller repræsentantskab, jf. art. 16.

I medlemsforsamlingen skal hvert medlem som udgangspunkt have én stemme uanset sin andel af firmagruppens resultater, men stiftelsesoverenskomsten kan tildele visse medlemmer flere stemmer, når blot intet medlem herved opnår stemmeflertal, jf. art. 17(1). Netop fordi firmagruppen er et person-, ikke et kapitalselskab, er stemmeflertal uacceptabelt; således vil det også være i et interessentskab af national beskaffenhed.

Visse vidtrækkende beslutningstyper kræver énstemmighed, jf. art. 17(2). Trods formuleringen må dette som følge af firmagruppens interessentskabslignende beskaffenhed med heraf følgende ubegrænset hæftelse skulle forstås som et krav om *alle* firmagruppens deltageres tiltrædelse, altså ikke blot tiltrædelse fra de fremmødte. Sådan tiltrædelse kræves til formålsændring, forlængelse af firmagruppens varighed, forrykkelse af de indbyrdes økonomiske forpligtelser, forøgelse af andre forpligtelser eller ændring af stiftelsesoverenskomsten.

Bortset fra disse vidtrækkende beslutninger, hvorom stiftelsesoverenskomsten ganske enkelt ikke kan fravige enstemmighedskravet i art. 17(2), kan der for andre beslutningstyper foreskrives lavere majoritets-

eller quorum-krav i stiftelsesoverenskomsten, men er denne tavs herom, kræver også andre beslutninger énstemmighed (i.e.: alles tilslutning), jf. art. 17(3).

Mens selskabsdeltagernes beføjelser i hvert fald i større kapitalselskaber normalt kun kan udøves på generalforsamlingen, gælder det efter de fleste landes retsorden om interessentskaber, at disses deltagere har direkte acces til forretningsbøger og -dokumenter og til at stille spørgsmål til forretningsførerne. Dette princip er regelfæstet for firmagruppers vedkommende i art. 18.

Der skal være én eller flere forretningsførere. De udpeges gennem stiftelsesoverenskomsten, men senere nyvalg kan foretages af medlemmerne, jf. art. 19(1). Også for et sådant nyvalg vil som udgangspunkt énstemmighedsprincippet gælde, hvis ikke stiftelsesdokumentet har foreskrevet lavere majoritets- og/eller quorumkrav, jf. art. 19(3). Forretningsførere skal være fysiske personer, men staternes lovgivning kan tillade, at juridiske personer optræder som forretningsførere, forudsat der udpeges mindst én fysisk person, der har samme ansvar som en fysisk person som forretningsfører, jf. art. 19(2).

Der gælder tegningsbeføjelser mv. svarende til forskrifterne i publicitetsdirektivets art. 9, jf. forordningens art. 20. Som udgangspunkt har hver enkelt forretningsfører tegningsbeføjelse, men det kan i stiftelsesoverenskomsten være bestemt, at de kun kan handle to eller flere i forening, jf. art. 20(2). I sidstnævnte tilfælde skal forholdet som nævnt fremgå af firmagruppens brevpapir, jf. art. 25. Kravet herom er så fundamentalt, at det i konsekvens heraf må antages, at tredjemand, der – uanset hvad der er registreret og offentliggjort om tegningsbeføjelsen – indgår aftale med en enkelt forretningsfører i tillid til, at denne må være ene-tegningsbeføjet, når brevpapiret er tavst derom, må kunne støtte ret herpå over for firmagruppen.

1.9. Regnskab, beskatning mv.

Når det drejer sig om den civil-, regnskabs- og skatteretlige behandling af firmagruppens resultater, er det væsentligt at betragte sammenhængen mellem følgende tre bestemmelser i forordningen: »Det er ikke firmagruppens formål at opnå økonomisk gevinst for sig selv«, jf. art. 3(2), sidste led. »Den økonomiske gevinst, der følger af firmagruppens virksomhed, betragtes som medlemmernes egen økonomiske gevinst ...«, jf. art. 21(1). »Kun de enkelte medlemmer skal svare skat af resultatet af firmagruppens virksomhed«, jf. art. 40.

Firmagruppen er således både civil-, regnskabs- og skatteretligt transparent. Den har *ex definitione* ikke egne driftsresultater koblet ind som et mellemled med egen rets- og handleevne, uanset om den enkelte stat i sin lovgivning vælger at betragte firmagruppen som en juridisk person eller ej i medfør af art. 1(3).

Det er yderst sandsynligt, at firmagruppens medlemmer bliver nødsaget til at udarbejde og godkende et regnskab for firmagruppens drift til deres eget interne brug, men indsendelses- og offentliggørelseskrav ad modum regnskabs- eller koncernregnskabsdirektiverne findes der ikke.

Ej heller må der pålægges firmagruppen selskabsskat. Den må således ikke i nogen medlemsstat betragtes som et selvstændigt skatteretssubjekt, uanset om staten efter sit eget skattesystem betragter andre interessentskaber som selvstændige skatteretssubjekter eller ej. Flere stater betragter interessentskaber og kommanditselskaber som selvstændige skatteretssubjekter. Firmagruppens positive eller negative driftsresultat (ofte er de negative som følge af dens accessoriske og understøttende beskaffenhed) skal indgå direkte i den enkelte deltagers indkomstopgørelse, men der er ikke herved sagt noget om, i hvilken stat beskatningen af et eventuelt overskud skal ske, eller hvorvidt den enkelte deltagers beskatningsstat i tilfælde af driftsunderskud skal tillade deltageren at opnå fradrag for en andel af firmagruppens eventuelle underskud.

Hvad spørgsmålet om beskatning af overskud angår, må dette afhænge af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der med OECD-modelkonventionen som forbillede er indgået mellem medlemsstaterne. Udøves der virksomhed fra fast driftssted i en anden stat, tilkommer beskatningsretten driftsstedets stat, jf. OECD-modelkonventionens art. 5 (driftsstedsdefinitionen) og art. 7 (beskatningsretten). Enkelte stater synes at ville antage, at der tilkommer dem beskatningsret af firmagruppens deltagere, når blot firmagruppen har registreret hjemsted i det pågældende land. Denne opfattelse synes imidlertid at stemme dårligt med dobbeltbeskatningstraktaterne, der ikke lægger vægt på det formelle hjemsted mv., men på det reelle driftssted for en filial. For liberale erhverv tilkommer beskatningsretten den stat, hvor den erhvervsdrivende har et fast sted (noget begrebsmæssigt »mindre« end et »fast driftssted«), som til stadighed er til rådighed for virksomhedens udøvelse, jf. OECD-modelkonventionens art. 14. Beskatningsretten til indtægt af fast ejendom tilkommer beliggenhedsstaten, jf. OECD-modelkonventionens art. 6.

Hvad spørgsmålet om fradragsret for underskud af firmagruppens virksomhed angår, må det vel for det første antages, at deltagerne ofte

vil indrette sig aftalemæssigt således, at det forventede underskud, som firmagruppens budgetter udviser, vil blive opkrævet som et løbende medlemsbidrag fra deltagerne, således at selve firmagruppens regnskab balancerer (»går i 0«). Når bidraget har karakter af en erhvervsmæssig udgift til foranstaltninger, som deltagerne ellers selv individuelt skulle afholde, må staterne forventes at indrømme fradragsret for sådanne bidrag. Kommer firmagruppens medlemmer til at bære deres andel af et underskud, som firmagruppen oparbejder fra et fast driftssted i en anden EU-stat, vil det i hvert fald indtil videre skulle afgøres efter den enkelte stats retsorden, om der indrømmes deltagerne fradrag herfor; ikke alle medlemsstater indrømmer på nuværende tidspunkt fradrag for underskud ved udenlandsk filial. Men et udkast af 24. januar 1991 til direktiv om fradrag for underskud hos udenlandske filialer og datterselskaber vil tvingende foreskrive, at staterne skal indrømme sådanne fradrag.

Hvis stiftelsesoverenskomsten er tavs om fordelingen af over- og underskud, deles dette lige mellem medlemmerne, jf. forordningens art. 21(1) og (2).

1.10. Ind- og udtræden af medlemmer

Overdragelse af et medlems andel i firmagruppen til et andet medlem eller til udenforstående kræver énstemmighed blandt medlemmerne, jf. art. 22(1). Selv om det ikke udtrykkeligt udtales i forordningen, må det antages, at stiftelsesoverenskomsten kan gøre afvigelse herfra. En sådan afvigelse kan være naturlig, hvor et medlem forudser behov for at kunne overdrage sin andel til et med medlemmet koncernforbundet selskab eller for at kunne overdrage den sammen med sin virksomhed.

Medlemsandele kan kun pantsættes, hvis der foreligger tilladelse fra de øvrige medlemmer, medmindre stiftelsesoverenskomsten tillader pantsætning, jf. art. 22(1). Det kan ikke på forhånd udelukkes, at der – trods firmagruppers accessoriske beskaffenhed – kan blive oparbejdet værdier i en firmagruppe, blot eksempelvis hvis en til firmagruppens virksomhed anskaffet fast ejendom stiger i værdi, eller et fælles patent eller en fælles oparbejdet know-how viser sig særlig værdifuld. Hvor pantsætning undtagelsesvis er tilladt i stiftelsesoverenskomsten, må det bestemt antages, at kun deltagernes *netto*andel i firmagruppen, ikke deres forholdsmæssige *brutto*anpart af firmagruppens aktiver, kan være genstand for pantsætningen. Dette nettoprincip, som også kendes fra interessentskaber i national ret, må følge af forordningens art. 33,

hvorefter udtrædelsesopgørelsen med et medlem skal tage hensyn til firmagruppens forhold, herunder naturligvis dens gæld. Nettoprincippet må endvidere følge af, at firmagruppen – uanset om den i national ret tillægges juridisk personlighed eller ej – har egen rets- og handleevne og således selv er rets- og pligtbærer. Firmagruppens kreditorer må derfor have forrang til fyldestgørelse ud af dens formue, og også heraf følger med logisk nødvendighed det antagne nettoprincip.

Hvis pantsætningstilladelse ikke findes i stiftelsesoverenskomsten, men de øvrige medlemmer efter anmodning fra et medlem konkret er villige til at give medlemmet tilladelse til at pantsætte sin nettoandel af firmagruppen, må det antages, at denne tilladelse skal gives i form af en egentlig ændring af stiftelsesoverenskomsten med heraf følgende offentlighed omkring pantsætningsmuligheden. Selv hvis pantsætning tillades, giver den ikke panthaveren nogen ret til i tilfælde af pantsætters misligholdelse at indtræde som medlem af firmagruppen, medmindre de øvrige deltagere konkret samtykker deri, jf. art. 22(2) in fine. Man kan udtrykke dette således, at pantsætning kun kan gælde en deltagers økonomiske, aldrig hans forvaltningsmæssige beføjelser i firmagruppen.

Når der i kontrakter om nationale interessentskaber ofte gøres bemærkning om, at den enkelte deltager aldrig, eller dog eventuelt med alle de øvrige deltageres tilslutning, kan pantsætte sin nettoandel af interessentskabet, tilføjes det hyppigt i aftalen, at hverken bruttoanparten eller nettoandelen kan gøres til genstand for individual- eller universalforfølgning fra nogen deltagers kreditorer. Den »selvbåndlæggelse«, som en sådan aftale tilsigter, respekteres langtfra af alle staters retsorden. Undtagelsesvis respekteres den for så vidt angår individualforfølgning, hvis der er tale om et samarbejde, (1) hvori der ikke oparbejdes synderligt store værdier, og (2) som er af vital betydning for deltagernes personlige eller erhvervsmæssige behov, og som tillige (3) på passende måde er unddraget medlemmernes egen rådighed med hensyn til overdragelse mv. Det vil ses, at disse betingelser opstiller yderst snævre rammer for muligheden for at unddrage nettoandelen fra individualforfølgende kreditorer, men ligesom for pantsætningens vedkommende må det gælde, at kreditorerne alene kan tilegne sig andelens økonomiske værdi, og kun under respekt af de for medlemmet selv gældende vilkår, hvorimod de ikke kan tilegne sig andelens forvaltningsmæssige beføjelser.

Hvad universalforfølgning angår, vil det i staternes retsorden normalt være bestemt i medfør af forordningens art. 28(1), at et medlems betalingsstandsning eller konkurs medfører ophør af medlemskabet af

firmagruppen, og allerede derfor vil der i så fald finde en udtrædelsesopgørelse sted. Når medlemmets erhvervsmæssige samvirke med firmagruppen ophører, bortfalder samtidig enhver begrundelse for at beskytte medlemmets nettoandel i firmagruppen mod kreditorforfølgning.

Optagelse af nye medlemmer af firmagruppen kræver énstemmighed, jf. art. 26(1). I modsætning til, hvad der gælder efter flere staters retsorden om nationale interessentskaber, hæfter et nyt medlem også for gæld, som er stiftet før medlemmets indtræden, jf. art. 26(2), men stiftelsesoverenskomsten kan indeholde forskrifter – som skal offentliggøres for at have virkning over for tredjemand – om, at der alene hæftes for gæld stiftet efter det nye medlems indtræden. Eftersom »gæld« begribeligvis ikke blot er et spørgsmål om aktuelle forpligtelser, men også om eventualforpligtelser hidrørende fra patentkrænkelser, produktansvar, medarbejderkrav og fra mange andre retsstiftende kendsgerninger i relation til både aftale- og retsbrudskreditorer, må det stærkt tilrådes enhver, der vil indtræde i en firmagruppe, at forlange, at der forinden aftales og offentliggøres en tilføjelse af den nævnte art til stiftelsesoverenskomsten, hvis denne ikke allerede tager højde derfor.

Et medlems udtræden af firmagruppen efter eget ønske må enten have hjemmel i (1) stiftelsesoverenskomsten, (2) énstemmig tilslutning fra de øvrige medlemmer eller (3) tilstedeværelsen af »vægtige grunde« (tungtvejende grunde) hertil. Til sidstnævnte er det næppe tilstrækkeligt, at visse forudsætninger for medlemmets deltagelse i firmagruppen er bristet. Det må antages, at der skal være indtrådt så fundamentale ændringer i medlemmernes og firmagruppens forhold, uden at dette kan lægges medlemmet til last, at det ikke med rimelighed kan forlanges, at medlemmet skal fortsætte som deltager i firmagruppen. Foreligger der sådanne »vægtige grunde«, kan det efter omstændighederne – for at få konstateret eventuelle latente merværdier – være en fordel for det medlem, der mod de andres protest vil påberåbe sig forholdet, i stedet at (true med at) forlange firmagruppen opløst af retten, hvilket ifølge art. 32(2) ligeledes kræver, at der »foreligger vægtige grunde hertil« – selv om der jævnligt må antages at skulle tungerevejende årsager til et krav om opløsning end til en udtræden. Begrebet »vægtige grunde« er til dels inspireret fra tysk retsorden: »*aus wichtigem Grund*«. Det er ikke identisk, men dog beslægtet med den danske forudsætningslære.

Et medlem kan, jf. art. 27(2), ekskluderes fra firmagruppen, såfremt (A) et flertal af de øvrige medlemmer går ind for eksklusionen, (B) denne er hjemlet i (1) stiftelsesoverenskomsten, (2) grov misligholdelse fra medlemmets side eller (3) alvorlige vanskeligheder for gruppens

virke (et stærkere krav end de førnævnte »vægtige grunde«), og (C) en domstol efter anmodning fra flertallet af de øvrige træffer beslutning om eksklusionen. Sidstnævnte betingelse (C) indebærer, at gruppens øvrige medlemmer ikke ensidigt kan afgive en eksklusionserklæring med virkning fra fremkomsttidspunktet, men at de må afvente domstolens afgørelse virkende fra det tidspunkt, hvor denne afgørelse opnår retskraft. Til sidstnævnte betingelse (C) tilføjer art. 27(2) in fine: »... medmindre andet er fastsat i stiftelsesoverenskomsten«. Heri må både ligge en mulighed for at foreskrive, at (a) en eksklusionserklæring virker fra fremkomsttidspunktet, og/eller (b) at der aftales voldgiftsprocedure i stedet for domstolsbehandling, og/eller (c) at der til eksklusionen kræves tilslutning fra flere medlemmer end fra flertallet af de øvrige, fx fra dem alle.

Medlemskab af firmagruppen ophører ved en fysisk deltagers død, eller hvis betingelserne i art. 4(1) om deltagernes erhvervsdrift i EU eller EØS ikke længere opfyldes, eller hvis nationale forskrifter om insolvens, likvidation mv. foreskriver deltagerens udtræden, jf. art. 28(1). Som det normalt er tilfældet med interessentskaber efter national ret i tilfælde af en deltagers død, kan kun deltagerens økonomiske beføjelser, ikke de forvaltningsmæssige beføjelser og selve medlemskabet, falde i arv, men stiftelsesoverenskomsten kan eventuelt indeholde vilkår, der på forhånd tillader en fysisk deltagers arvinger eller visse af disse at indtræde på bestemt angivne betingelser, jf. art. 28(2).

Ved et medlems udtræden foretages der, ligesom det er tilfældet i interessentskaber efter national ret, en udtrædelsesopgørelse, jf. art. 33, medmindre et medlem med hjemmel i stiftelsesoverenskomsten eller med tilladelse fra de øvrige har overdraget sit medlemskab til andre (i hvilket tilfælde den udtrædendes vederlag naturligvis betales af den indtrædende). Udtrædelsesopgørelsen tager hensyn til aktiver og gæld samt til firmagruppens formueforhold på tidspunktet for medlemsskabets ophør, jf. art. 33. Det må følge heraf, at der skal tages hensyn til den virkelige værdi af firmagruppens aktiver samt til dennes gæld, og at den forholdsmæssige del af nettoværdien skal udbetales den udtrædende, medmindre andet aftales konkret.

Værdien af den udtrædendes rettigheder og forpligtelser kan ikke på forhånd fastsættes skønsmæssigt, jf. art. 33, in fine. Det må ligeledes følge heraf, at det ikke på forhånd bindende kan aftales, at et udtrædende medlem ikke skal have udbetalt nogen del af firmagruppens nettoformue. En sådan aftale forekommer jævnligt i kooperative organisationsformer, når der i sådanne lægges særlig vægt på organisationens

uændrede videreførelse trods medlemmers udtræden; det bestemmes i sådanne tilfælde, at den udtrædende alene skal have udbetalt sit tilgodehavende på sin løbende mellemregningskonto hidrørende fra de til kooperativet leverede varer og tjenesteydelser mv., men at den udtrædende ikke kan gøre krav på nogen andel af organisationens nettoformue. En sådan aftale må det således anses udelukket at indgå vedrørende en firmagruppe, og også denne omstændighed understreger firmagruppens karakter af et interessentskabslignende selskab med uindskrænket ejendomsret for selskabets (relativt fåtallige) deltagere, i modsætning til det typiske kooperativ med dettes større medlemskreds. Der kan endvidere herved henvises til den enkelte stats ret til at begrænse deltagerantallet i en firmagruppe, som er registreret hos denne stat, til maksimalt 20, jf. art. 4(3).

Et medlems udtræden skal offentliggøres i den nationale registreringstidende, ikke i EF-tidende, jf. art. 8 med tilbagevisning til blandt andet art. 5d.

Et udtrædende medlem hæfter trods udtrædelsen fortsat ubegrænset og solidarisk for »gæld, der er stiftet i forbindelse med gruppens virksomhed forud for medlemskabets ophør«, jf. art. 34. Denne regel skal imidlertid sammenholdes med art. 9, hvorefter dokumenter og oplysninger, der skal offentliggøres, først kan gøres gældende over for tredjemand, når betingelserne herfor efter publicitetsdirektivets art. 3(5) og (7) er opfyldt. Det følger heraf, at (1) udtrædelsen først kan gøres gældende over for tredjemand, når den er offentliggjort i den nationale registreringstidende, og at (2) der endog i de første 15 dage efter offentliggørelsesdagen er adgang for tredjemand til at føre bevis for, at tredjemand endnu ikke kendte det offentliggjorte, hvorfor det ikke kan gøres gældende mod ham. Art. 34 må antages at skulle læses i overensstemmelse med disse modifikationer, således at den udtrædende ubetinget hæfter for gæld, der stiftes inden offentliggørelsestidspunktet, og således at han tillige hæfter for gæld, der stiftes inden for de første 15 dage efter offentliggørelsesdagen, såfremt den kreditor, der vil rette kravet imod ham, beviser, at kreditor inden gældsstiftelsen ikke havde mulighed for at komme til kundskab om udtrædelsen.

Det vil være fremgået af disse bemærkninger, at et udtrædende medlem har en betydelig interesse i, at udtrædelsen snarest offentliggøres, så at hæftelsen for løbende gældsstiftelse kan blive bragt til ophør. Offentliggørelsen påhviler principielt forretningsførerne, jf. art. 29, 1. led, men det følger af art. 29, in fine, at »enhver interesseret« kan lade offentliggørelsen iværksætte. Dette indebærer, at et udtrædende

medlem selv kan sende meddelelsen til offentliggørelse i den nationale registreringstidende, såfremt forretningsførerne forhaler sagen.

Når der udarbejdes udtrædelsesopgørelse med et udtrædende medlem, vil opgørelsen ofte være baseret på, at medlemmet får udbetalt sin andel af firmagruppens nettoværdi efter fradrag af dens gæld, og at de fortsættende medlemmer således overtager eller indfrier firmagruppens gæld. Det er derfor af interesse for den udtrædende, hvor længe han hæfter for den gæld, der stiftedes inden offentliggørelsen af hans udtrædelse. Her skal to regelsæt kombineres: (a) Den internationale privatret udpeger det lands lov, som finder anvendelse på spørgsmålet om en fordrings forældelse. Som følge af det almindelige princip om en kontrakts ensartede international-privatretlige behandling vil forældelsesspørgsmålet ofte følge det lands lov, som også i andre henseender regulerer aftaleforholdet. Fører denne lov til en kortere forældelsesfrist end 5 år fra offentliggørelsen af medlemmets udtrædelse, gælder denne kortere frist. (b) Fører den pågældende forældelsesregel imidlertid til en længere frist end 5 år fra offentliggørelsen af medlemmets udtrædelse, gælder der i stedet en sådan fællesskabsretlig 5-års forældelse, jf. forordningens art. 37(1). Dette kan fx få betydning, hvor firmagruppen har optaget banklån eller udstedt andre gældsbreve, som efter de fleste landes lovgivning vil bringe forældelsen ind under en betydeligt længere frist end 5 år fra et medlems udtrædelse. Den reale baggrund for disse – for medlemmer, der udtræder, relativt favorable – forskrifter er, at det i en række henseender skal være »attraktivt« og ikke alt for byrdefuldt at deltage i en firmagruppe, netop for at dette fællesskabsretlige instrument kan fremstå som et for erhvervsvirksomhederne attraktivt alternativ til samarbejdsformer i de nationale retsordeners regi.

Efter et medlems udtræden videreføres firmagruppen af de øvrige medlemmer »på de betingelser, der er fastsat i stiftelsesoverenskomsten eller ved énstemmig beslutning truffet af de pågældende medlemmer«, jf. art. 30. Bestemmelsen må forstås således, at (1) hvert af de tilbageværende medlemmer har et retskrav på, at firmagruppen fortsætter, og at (2) ændrede regler for samarbejdet enten må have hjemmel i stiftelsesoverenskomsten eller må besluttes énstemmigt.

1.11. Opløsning

Firmagruppen opløses ved likvidation, jf. art. 35(1), og selve likvidationens gennemførelse reguleres af national ret, jf. art. 35(2). Firmagruppens rets- og handleevne består, indtil likvidationen er afsluttet, jf. art. 35(3), men firmagruppen skal på breve, bestillingssedler og lignende dokumenter angive, at den er under likvidation, jf. art. 25e. Firmagrupper er omfattet af nationale lovbestemmelser om insolvens og betalingsstandsning, jf. art. 36, 1. led, og det følger heraf, at der i stedet for likvidation (styret af en likvidator, jf. art. 35(4), eventuelt af retten, jf. art. 32(2)) kan blive tale om en konkurs (styret af en kurator eller af retten efter national insolvenslovgivning).

Hvis en kreditor ikke har fået sit tilgodehavende betalt fra firmagruppen – og ej heller fra dennes ubegrænset og solidarisk hæftende medlemmer, jf. art. 24(1) – kan der blive tale om at påbegynde individual- eller universalforfølgning mod firmagruppen. Sådanne insolvensretlige retsskridt følger den nationale lovgivning på det sted, hvor kreditorforfølgningen foregår (idet domstolene processuelt anvender deres egen lovgivning, lex fori). Det følger af art. 36, 1. led, at national lovgivning finder anvendelse på disse spørgsmål. Herefter hedder det i art. 36, 2. led: »Indledning af retsskridt mod en firmagruppe som følge af dennes insolvens eller betalingsstandsning medfører ikke i sig selv, at der foretages retsskridt mod firmagruppens medlemmer«. Rækkevidden af denne forskrift er ikke ganske klar. Den kan enten forstås alene som et i og for sig selvfølgeligt udsagn om, at udlægs- eller konkursbegæring mod firmagruppen ikke automatisk indebærer udlægs- eller konkursbegæring mod dens medlemmer. Eller den kan tillige forstås som et noget videregående udsagn om, at firmagruppen kan insolvensbehandles uafhængigt af sine medlemmer; i så fald måtte denne forskrift fortrænge eventuelle nationale forskrifter eller praksis om, at et interessentskabs formuemasse kun kan tages under konkursbehandling, såfremt også alle dets interessenter er erklæret konkurs. Når man tager forskriftens formål i betragtning – nemlig at sikre lighed mellem firmagruppens medlemmer, så at ingen kan erklæres konkurs uden at opfylde betingelserne herfor i sit eget lands insolvenslovgivning – må det antages, at forskriften i art. 36, 2. led, alene har den førstnævnte, mere begrænsede udstrækning. Følgelig må det fortsat være overladt til national ret at afgøre, om det skal være en betingelse for at afsige konkursdekret over en firmagruppe, at alle dens medlemmer er under konkurs. At dette overlades til national ret, stemmer tillige med den omstændighed, at det er overladt til

national ret at afgøre, om en firmagruppe skal udstyres med juridisk personlighed eller ej, jf. art. 1(3). Selv nationale retssystemer, der som betingelse for at konkursbehandle selskaber af interessentskabstypen opstiller krav om, at alle deltagerne skal være erklæret konkurs, gør dog jævnligt en undtagelse for de tilfælde, hvor én eller flere deltagere er fysiske eller juridiske personer i en anden stat. I modsat fald kunne en konkursbehandling af interessentskabets formuemasse – og dermed den heraf følgende ligestilling af interessentskabets kreditorer – blive afgørende forsinket.

Likvidationsbeslutning træffes af firmagruppens medlemmer ved énstemmig beslutning, medmindre stiftelsesoverenskomsten stiller mindre vidtgående krav til majoritet og/eller quorum, jf. art. 31(1). Hvis (1) firmagruppen er oprettet tidsbegrænset, og dens varighed er udløbet, eller (2) andre betingelser for opløsning, som er angivet i stiftelsesoverenskomsten, er indtrådt, eller (3) firmagruppens målsætning er virkeliggjort, eller (4) dens målsætning ikke længere kan forfølges, kan ethvert medlem anmode retten om at opløse firmagruppen, såfremt der er gået 3 måneder efter, at betingelsen er indtrådt, og medlemmerne endnu ikke har truffet en formel opløsningsbeslutning, jf. art. 31(2). Endvidere kan ethvert medlem af gruppen forlange, at retten opløser gruppen, hvis der foreligger »vægtige grunde hertil«, jf. art. 32(2).

Enhver »interesseret«, hvilket må forstås som enhver, der efter national lov kan anses at have en konkret retlig interesse deri, kan forlange firmagruppen opløst af retten, hvis det påvises, at firmagruppens faktiske virksomhed strider mod reglen i art. 3(1) om, at firmagruppen kun må drive accessorisk virksomhed, jf. art. 32(1). Det kan vel ikke på forhånd helt afvises, at en konkurrerende virksomhed, som ikke mener at kunne ramme firmagruppens virke gennem konkurrenceretlige forskrifter, herunder art. 81 EF (ex art. 85), kan opnå resultater ved at påvise, at firmagruppens virkelige formål ikke kun er »at lette eller udvikle medlemmernes økonomiske aktiviteter samt at forbedre eller øge resultaterne af disse aktiviteter«.

Når et kapitalselskab, herunder særligt et aktie- eller anpartsselskab, er opløst, er der ikke længere nogen at rette et krav imod, eftersom alene selskabsformuen hæftede for selskabets gæld. Anderledes forholder det sig med et personselskab, herunder en firmagruppe. Opløsningen af denne bringer ikke det enkelte medlems ubegrænsede og solidariske hæftelse til ophør (og efter firmagruppens opløsning er diskussionen om medlemshæftelsens principale eller subsidiære beskaffenhed begribeligvis meningsløs; herefter er den definitivt blevet både principal og

direkte). Hvad angår forældelsen af medlemshæftelsen må der foretages samme sondring som sket ovenfor vedrørende et udtrædende medlems hæftelse: (a) kortere national forældelsesfrist end 5 år efter offentliggørelsen (her: af firmagruppens opløsning) gælder. (b) Længere nationale forældelsesfrister erstattes af en tvingende fællesskabsretlig forskrift om forældelse 5 år efter offentliggørelsen, jf. art. 37(2).

2. Det europæiske aktieselskab (SE-selskabet)

2.1. Behovet for et fælleseuropæisk selskab

Når det i SE-forordningens art. 1(1) hedder: »På Fællesskabets område kan der stiftes selskaber i form af europæiske aktieselskaber (Societas Europæa, i det følgende benævnt »SE-selskaber«) på de betingelser og efter de regler, der er fastsat i denne forordning«, er der indtrådt en helt enestående og historisk situation inden for den europæiske selskabsret, og der er herved tilbudt europæiske virksomheder helt nye muligheder for strukturændring og internationalisering.

Med virkning fra den 8. oktober 2004 har der således kunnet oprettes SE-selskaber i henhold til SE-forordningen, dvs. forordning nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE), og det parallelt hermed vedtagne direktiv 2001/86 af samme dato om supplerende bestemmelser for så vidt angår medarbejderindflydelse. Forordningen indgår også i EØS-landenes selskabsret, jf. afgørelse nr. 93/2002 af 25. juni 2002 fra Det blandede EØS-udvalg om ændring af bilag XXII (selskabsret) til EØS-aftalen. Se nærmere *Erik Werlauff:* SE-selskabet – det europæiske aktieselskab, *samme:* SE – the Law of the European Company og *samme* i EU-ret & Menneskeret 2002 s. 159 ff. (»SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004«).

Hvis man i én sætning skal udtrykke, hvorfor der er behov for en fælleseuropæisk aktieselskabstype – SE-selskabet – kunne man sige følgende: Der er behov for en selskabstype, som (A) er så ensartet som muligt fra land til land, så erhvervsvirksomheder begiver sig ud i kendt terræn, når de anvender et udenlandsk selskab af denne type, og som (B) har den ganske særlige egenskab i sig, at selskabet kan skifte nationalitet, dvs. flytte til et andet land, uden at det behøver opløses i fraflytningsstaten og nystiftes i tilflytningsstaten.

Det er en 50 år gammel tanke, at der burde skabes en sådan særlig selskabstype. Allerede i 1957 foreslog professor *Sanders* ved Rot-

terdam School of Economics, at der blev skabt en fælleseuropæisk selskabstype, som vil kunne medføre betydelige administrative lettelser for erhvervsvirksomhederne. På den franske regerings initiativ nedsatte Kommissionen derfor i 1965 en arbejdsgruppe, som fremkom med et forslag, og dette resulterede i Kommissionens udkast fra 1970 til en forordning, hvis grundtanke var en vidtgående frigørelse fra national selskabsret og skabelsen af en supranational selskabslovgivning.

Gennem 30 år – fra 1970 til 2000 – antog mange, at tankerne om en fælleseuropæisk selskabstype nærmest måtte betegnes som et luftkastel. Men på stats- og regeringschefernes møde i Nice december 2000 blev planerne taget frem, og det blev besluttet, at denne selskabstype skal være en realitet inden for relativt få år. Herefter fremkom med bemærkelsesværdig hurtighed et revideret forslag til forordning (»statut«) om SE-selskaber og et forslag til et parallelt direktiv om medarbejderindflydelse i sådanne selskaber.

Hjemlen til SE-forordningen er art. 308 EF (ex 235), dvs. »gummiparagraffen« om »den lille traktatændring«. Dette udtrykkes lakonisk således i betragtning nr. 28 i præamblen til SE-forordningen: »Traktaten indeholder ikke anden hjemmel for vedtagelsen af denne forordning end art. 308.« Med disse få ord sættes der stopper for den diskussion, der en overgang truede med at bremse forordningen, idet Parlamentet snarere mente, at art. 95 EF (ex 100 A), dvs. reglerne om det indre marked, burde danne grundlag for SE-forordningen, jf. Parlamentets udtalelse af 26. juni 2001, betænkning A5-0243/2001.

2.2. Hvad der (endnu) ikke er opnået

Når imidlertid den første begejstring over tilkomsten af de opregnede nye muligheder er veget for det mere gustne overlæg, melder der sig til eftertanke nogle forhold, som indebærer en erkendelse af, at der er ganske lang vej igen, før der virkelig er nået en europæisk selskabsretlig overensstemmelse, som for en grænseoverskridende virksomhed eller koncern muliggør en selskabsretligt ensartet planlægning på tværs af landegrænserne.

Nævnes kan for det første den renvoi-teknik, som SE-forordningen anvender. Den indebærer en vis uensartethed fra land til land, når det drejer sig om SE-selskabets kapitalforhold mv. Det er særligt dette forhold, der har ført til, at man kan sætte spørgsmålstegn ved, om SE-selskabet som selskabsform virkelig kan karakteriseres som »supranationalt«. Denne indvending er dog ikke helt så tungtvejende, som man kunne

antage. Forholdet er nemlig det, at der allerede er opnået ganske meget i henseende til ensartede kapitalbeskyttelseskrav, fusionsregler, spaltningsregler mv. i de enkelte lande på grundlag af EU-forskrifter i form af selskabsretlige direktiver. I SE-forordningen henvises der flere gange til, hvad der gælder i SE-selskabets hjemland (hhv. i fusionerende aktieselskabers hjemland) på grundlag af EU-selskabsdirektiverne. Ganske vist er det uheldigt, at det relevante direktiv herved kommer til at gælde for SE-selskabet i den form, hvori det er gennemført i den pågældende stat. Men i et vist omfang må man antage, at det relevante direktiv herved kan få direkte virkning. Når det nemlig foreskrives i SE-forordningen, at den lovgivning, der er vedtaget af medlemsstaterne specielt vedrørende SE-selskabet, skal være i overensstemmelse med de direktiver, der gælder for de aktieselskaber, der er nævnt i bilag I, jf. forordningens art. 9(2), taler ganske meget for at fortolke denne bestemmelse som andet og mere end et påbud til staten. Det er mere interessant at spørge, om forordningen – sammenholdt med det relevante selskabsdirektiv – kan opnå direkte virkning, dvs. kan påberåbes direkte for nationale domstole, og dette må formentlig besvares bekræftende. I det omfang dette kan lægges til grund, ligger der trods alt en ikke helt ubetydelig »supranationalitet« i SE-forordningen, også på de områder, som forordningen ikke direkte regulerer og harmoniserer.

Det er let at pege på andre forhold, man kunne have ønsket sig opfyldt gennem SE-forordningen. Fx kunne man – dvs. Europa-Parlamentet og andre integrationsvenlige instanser mv. – have ønsket sig en ensartet beskatning af SE-selskaber, både for så vidt angår skattegrundlaget (opgørelsen af den skattepligtige indkomst) og for så vidt angår skattesatsen. SE-forordningen var i Parlamentet tæt på at strande på dette grundlag, men i erkendelse af, at det bedste er det godes værste fjende, besindede man sig og affandt sig med, at forordningen på nuværende tidspunkt betegner det højst opnåelige på området. Men tænk, om man havde skabt ensartede forskrifter, hvorved hjemlandets skattemyndigheder opgjorde indkomsten for hele koncernen, også grænseoverskridende, og opkrævede den skat (eventuelt med afvigende satser fra land til land), som hele koncernen skulle betale, og herefter fordelte skatten til hvert enkelt land.

2.3. Hvad der yderligere vil kunne opnås pr. 8. oktober 2009

Til gengæld for Parlamentets accept af en SE-forordning uden skattebestemmelser og med krav om sammenfald mellem faktisk og vedtægtsmæssigt hjemsted mv. har Parlamentet i forordningen fået løfte om, at det inden 5 år efter forordningens ikrafttræden skal undersøges af Kommissionen, om der er grundlag for at gå videre på en række nærmere angivne punkter, jf. forordningens art. 69. Herefter har Kommissionen pligt til at forelægge Parlamentet og Rådet en rapport om anvendelsen af forordningen – underforstået: ud fra de da indvundne erfaringer – og i givet fald også at fremlægge forslag til ændringer.

Det skal undersøges, om det vil være hensigtsmæssigt at tillade, at et SE-selskabs faktiske hovedkontor og vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i forskellige medlemsstater, jf. art. 69(a). Det vil hermed kunne tages hensyn til den udvikling, der i øvrigt finder sted inden for EU, herunder på grundlag af dommerskabt ret direkte på grundlag af etableringsretten i art. 43 og 48 EF (ex 52 og 58). Hvis fx hovedsædekriteriet som grundlag for fastlæggelse af et selskabs nationalitet underkendes af Domstolen, må dette få betydning for den udvikling, der kan forventes i SE-forordningen.

Endvidere skal det undersøges, om det vil være hensigtsmæssigt at udvide begrebet fusion i forordningens art. 17(2) [den danske version af forordningen henviser her fejlagtigt til art. 7(2)] med henblik på at medtage også andre typer fusion end dem, der er omhandlet i fusionsdirektivets art. 3(1) og art. 4(1), dvs. hhv. fusion ved overtagelse (absorption) og fusion ved nystiftelse (kombination), jf. forordningens art. 69(b). Eftersom egentlig fusion – forstået som en sammensmeltning af selskaber med heraf følgende ophør af andre selskaber end det fortsættende – kun findes i de to nævnte varianter: absorption og kombination, må der med løfteparagraffen i forordningens art. 69(b) være tænkt på andre sammenslutningsmuligheder end egentlig fusion, jf. også fx terminologien i fusionsbeskatningsdirektivet, 90/434, samt almindelig talemåde om »fusion« som et relativt bredt begreb, der omfatter mere end blot sammensmeltning af selskaber.

Endelig skal det undersøges, om det vil være hensigtsmæssigt at tillade, at en medlemsstat i de retsforskrifter, den udsteder i medfør af forordningen, giver mulighed for, at der i SE-selskabets vedtægter kan indsættes bestemmelser, som fraviger eller supplerer de nævnte retsforskrifter, også selv om sådanne vedtægtsbestemmelser ikke ville være tilladt i vedtægterne for et almindeligt aktieselskab med hjemsted i den

pågældende medlemsstat, jf. SE-forordningens art. 69(d). Denne tilføjelse kan – ligesom muligheden for at opgive kravet om sammenfald mellem SE-selskabets faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted – få overordentlig stor betydning. På en række områder er SE-selskabet underlagt de samme bindinger, som i hjemlandet gælder for almindelige aktieselskaber – man kan blot nævne kapitalbevarelse, ledelsesstruktur mv. – men løfteparagraffen i art. 69(d) hjemler mulighed for at løsne disse bånd og tillade SE-selskabet gennem sine vedtægter at udfolde sig friere, end hvad der i hjemlandet gælder for almindelige aktieselskaber. Hvis de muligheder, der ligger heri, bliver udnyttet, vil SE-selskabet som retsform for alvor kunne få supranational karakter og dermed blive et yderst attraktivt alternativ til almindelige, nationale selskabsformer, jf. *Jon Stokholm* i NTS 2002 s. 235 ff., der finder SE-retsformen attraktiv for ethvert selskab, der vil drive aktivitet i et andet land.

2.4. Rangforholdet mellem retskilderne

Det er sjældent, man i et sæt lovregler mv. om selskabsretlige forhold ser en egentlig rangorden mellem forskellige kategorier af retskilder, men SE-forordningen anvender i art. 9 en sådan metode. Uanset at en sådan fremgangsmåde nok kan forekomme en smule »romerretlig«, giver den rimelig mening, når man tager den anvendte renvoi-teknik i betragtning.

SE-selskabet er omfattet af: (a) bestemmelserne i forordningen, (b) bestemmelserne i SE-selskabets vedtægter, når forordningen udtrykkeligt tillader det, eller (c) følgende bestemmelser for så vidt angår spørgsmål, som ikke er omfattet af forordningen, eller, når et spørgsmål kun delvis er omfattet, da følgende retskilder for så vidt angår de spørgsmål, som ikke er besvaret i forordningen: (i) den lovgivning, der er vedtaget af medlemsstaterne i medfør af fællesskabsforanstaltninger, der specifikt vedrører SE-selskabet, (ii) den lovgivning i medlemsstaterne, som ville finde anvendelse på et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, eller (iii) bestemmelserne i SE-selskabets vedtægter efter samme regler som dem, der gælder for et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, jf. forordningens art. 9(1).

Denne rangfølge lyder måske lidt kompleks, men kan opløses i nogle relativt simple og næppe særligt overraskende bestanddele: Alt, hvad forordningen tager stilling til, reguleres af denne. Hvis forordningen

udtrykkeligt giver selskabet valgmuligheder mv. i vedtægterne, gælder disse. Løser forordningen ikke på denne måde (alene eller sammen med vedtægterne) spørgsmålet, gælder statens lovgivning om SE-selskaber. Løser den det heller ikke, gælder statens almindelige aktieselskabslovgivning. Løser den det heller ikke, gælder vedtægterne.

Den dobbelte henvisning til SE-selskabets vedtægter kan synes at være en cirkelslutning, men er for så vidt logisk nok: Vedtægterne kan enten tage stilling til spørgsmålet, fordi forordningen udtrykkeligt siger, at de kan regulere spørgsmålet, eller de kan tage stilling, fordi hverken forordning eller national selskabslovgivning løser spørgsmålet. Vedtægterne får herved i førstnævnte situation en rolle som retskilde ifølge delegation af kompetence, mens de i sidstnævnte tilfælde får en rolle som udfyldende residualretskilde.

2.5. Juridisk personlighed, hæftelsesbegrænsning og kapitalkrav

At et SE-selskab har karakter af et aktieselskab, om end af særegen karakter, fremgår allerede af SE-forordningens art. 1(1), hvorefter der »... [kan] stiftes selskaber i form af europæiske aktieselskaber ...«. Ydermere ses selskabets karakter af aktieselskab af det forhold, at dets kapital er fordelt på aktier, jf. SE-forordningens art. 1(2), 1. led.

Der gælder hæftelsesbegrænsning, idet hver aktionær kun hæfter for et beløb svarende til den kapital, den pågældende har tegnet, jf. art. 1(2), 2. led.

SE-selskabet har status som juridisk person, jf. art. 1(3). Dette indebærer, at SE-selskabet har retsevne, handleevne, partsevne og procesevne.

SE-selskabet får status som juridisk person den dag, det optages i registeret i medfør af art. 12, jf. art. 16(1). Er handlinger foretaget i SE-selskabets navn, inden det er registreret, og overtager selskabet efter registreringen ikke de forpligtelser, der følger af disse handlinger, hæfter de fysiske personer, selskaber eller andre retlige enheder, som har foretaget handlingerne, solidarisk og ubegrænset for disse følger, medmindre andet er aftalt, jf. art. 16(2) om aktørhæftelsen (stifteransvaret).

SE-selskabets kapital udtrykkes i euro, jf. SE-forordningens art. 4(1). Den tegnede kapital skal være på mindst 120.000 EUR, jf. forordningens art. 4(2). En stat, der som fx Danmark endnu ikke indgår i ØMU'ens 3. fase, kan foreskrive, at kapitalen for et SE-selskab med hjemsted i denne stat angives i national valuta, men SE-selskabet har ikke desto mindre ret til at angive sin kapital i EUR, jf. art. 67(1).

Foreskriver en medlemsstats lovgivning en større tegnet kapital for selskaber, der udøver visse former for virksomhed, finder denne lovgivning anvendelse på SE-selskaber med vedtægtsmæssigt hjemsted i denne medlemsstat, jf. art. 4(3). Det er således speciallovgivningens krav til fx finansielle selskaber, forsikringsselskaber, fondsmæglerselskaber og andre »kvalificerede« selskabstyper, der herved har forrang frem for SE-forordningen, når speciallovgivningen fører til højere kapitalkrav end 120.000 EUR.

Det står i logisk sammenhæng hermed, når det i forordningen hedder, at hvis den type virksomhed, et SE-selskab udøver, er omfattet af særlige bestemmelser i den nationale lovgivning, gælder denne lovgivning fuldt ud for SE-selskabet, jf. forordningens art. 9(3). Der kunne fx herved være tale om forsikringsvirksomhed, finansiel virksomhed, advokatvirksomhed, revisorvirksomhed eller anden særligt lovreguleret form for virksomhed.

2.6. SE-selskabets ligestilling med almindelige aktieselskaber

De enkelte stater skal sørge for, at SE-selskaber ikke diskrimineres i forhold til traditionelle nationale selskaber, jf. præamblens betragtning nr. 5. Medlemsstaterne skal således påse, at de bestemmelser, der i medfør af SE-forordningen gælder for europæiske selskaber, hverken fører til (A) forskelsbehandling som følge af, at SE-selskaber behandles anderledes end aktieselskaber, eller til (B) uforholdsmæssige begrænsninger for et SE-selskabs stiftelse eller for flytning af dets vedtægtsmæssige hjemsted. Med andre ord skal de traditionelle EU-krav opfyldes i form af (A) ikke-diskriminationsprincippet og (B) effektivitetsprincippet.

Med forbehold af bestemmelserne i forordningen behandles et SE-selskab derfor i hver medlemsstat som et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, jf. forordningens art. 10.

2.7. Registrering, offentlighed, påbegyndelse af virksomhed samt stifteransvar

Ethvert SE-selskab skal i den medlemsstat, hvori det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, optages i det register, der er foreskrevet i denne medlemsstats lovgivning, jf. art. 3 i publicitetsdirektivet, 68/151, jf. SE-forordningens art. 12(1).

Visse betingelser skal være opfyldt, før registermyndigheden må registrere SE-selskabet:

Hvis registreringen er et resultat af SE-selskabets tilflytning, skal der forevises en attest fra fraflytningsstatens myndigheder efter forordningens art. 8(9), jf. art. 8(8).

Ved registrering af ethvert SE-selskab – uanset om det kommer frem til registermyndigheden via fusion, holdingdannelse, datterdannelse, omdannelse eller tilflytning – skal det dokumenteres, at medarbejderreglerne i direktiv 2001/86 er opfyldt. Ellers kan registrering ikke finde sted, jf. forordningens art. 12(2)-(4). Disse regler kan bedre beskrives nedenfor under omtalen af medarbejdernes retsstilling i SE-selskabet, hvortil der derfor henvises.

Der er ikke i forordningen taget stilling til, om SE-selskabet må påbegynde sin virksomhed før registreringen, dvs. før det i medfør af forordningens art. 16(1) opnår sin juridiske personlighed. Dette beror derfor på, hvad national lovgivning bestemmer herom, men disse bestemmelser skal være i overensstemmelse med forskrifterne i 1. og 2. selskabsdirektiv, dvs. med publicitets- og kapitaldirektivets forskrifter om dette spørgsmål.

Med registreringen bliver SE-selskabet undergivet den publicitet, der følger af kravene i publicitetsdirektivet. De dokumenter og oplysninger vedrørende SE-selskabet, der skal offentliggøres efter SE-forordningen, offentliggøres således efter reglerne i lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, jf. publicitetsdirektivet, 68/151.

Registrering af et SE-selskab – eller sletning af registreringen – skal imidlertid også bekendtgøres til orientering i De Europæiske Fællesskabers Tidende (EF-tidende), når offentliggørelse efter forordningens art. 13 har fundet sted, dvs. når de almindelige publicitetsregler er iagttaget, jf. forordningens art. 14. I bekendtgørelsen skal oplyses selskabets navn, registreringsnummer, registreringsdato, registreringssted, vedtægtsmæssige hjemsted og branche samt stedet og datoen for offentliggørelsen og titlen på offentliggørelsesmediet. Flytning af SE-selskabets hjemsted skal bekendtgøres i EF-tidende med angivelse af de i art. 14(1) nævnte oplysninger samt oplysninger om den nye registrering, jf. art. 14(2).

De i art. 14(1) nævnte oplysninger skal sendes til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer senest en måned efter offentliggørelsen efter art. 13, jf. art. 14(3).

2.8. De fire stiftelsesmetoder

Et SE-selskab kan ikke som et almindeligt aktie- eller anpartsselskab frit stiftes gennem indskud af kapital. Der skal eksistere mindst to aktieselskaber i forvejen, og disse skal som følge af deres forskellige nationalitet tilsammen have en grænseoverskridende karakter.

Med disse forskrifter, som således opstiller visse barrierer for stiftelse af SE-selskaber, har man villet undgå, at SE-selskaber kan anvendes til at omgå det enkelte lands lovgivning om medarbejderrepræsentation mv. Beskyttelsen mod omgåelse er dog beskeden, eftersom det grænseoverskridende element, forordningen kræver, er beskedent, trods den 2-års regel, der gælder på nogle områder, jf. nedenfor. Hertil kommer, at den metode, der indebærer stiftelse af et SE-datterselskab, jf. forordningens art. 2(3), kommer meget tæt på en almindelig selskabsstiftelse – her skal der blot som stiftere deltage mindst to selskaber fra forskellige EU-lande. Tilmed vil der sikkert blive udbudt færdigregistrerede skuffe-SE-selskaber.

Erkendes må det derfor, at den beskyttelse mod omgåelse af nationale regler, der ligger i de særlige stiftelsesregler for SE-selskaber, er beskeden, og senere vil SE-forordningen sikkert blive indrettet således, at et SE-selskab kan stiftes ganske som et almindeligt aktie- eller anpartsselskab.

Et SE-selskab kan stiftes enten

- ved at give selskaber fra forskellige medlemsstater adgang til at fusionere,
- ved at give selskaber fra forskellige medlemsstater adgang til at oprette et holdingselskab,
- ved at give selskaber eller andre juridiske personer, der udøver erhvervsmæssig virksomhed, og som hører under forskellige medlemsstater, adgang til at oprette et fælles datterselskab, eller
- ved at et bestående aktieselskab med vedtægtsmæssigt hjemsted *og* hovedkontor inden for EU omdannes til et SE-selskab, forudsat at selskabet har et datterselskab i en anden medlemsstat end den, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted.

Der er logik i disse stiftelsesmåder. SE-forordningen opererer med velkendte sammenlægnings- eller overtagelsesmetoder: (1) egentlig fusion, dvs. sammensmeltning af flere juridiske personer, (2) oprettelse af en fælles »overbygning« i form af et holdingselskab, hvortil selskabernes

ejere overdrager deres aktier i de deltagende selskaber, normalt mod vederlag i form af aktier udstedt af holdingselskabet, og (3) oprettelse af et fælles datterselskab, eventuelt – men ikke nødvendigvis – gennem indskud af de deltagende selskabers virksomheder til datterselskabet. Både fusion, holdingstiftelse (»ombytning af aktier«) og virksomhedsoverdragelse (»tilførsel af aktiver«) kendes som sammenlægnings- eller overtagelsesmetoder fra fusionsbeskatningsdirektivet, 90/434, dog at den 4. metode fra direktivet: spaltning, endnu ikke har sin plads i SE-forordningen.

Det er vigtigt at bemærke nuancerne med hensyn til de krav, der stilles til de deltagende selskaber i de forskellige situationer:

Det vil for hver enkelt metode ses, at det af hvert selskab, der deltager i stiftelsen, eller som skal omdannes fra almindeligt aktieselskab til SE-selskab, kræves, at selskabet opfylder to kumulative betingelser: (1) Det skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted i EU, og (2) det skal have sit (faktiske) hovedkontor i EU, men dog ikke nødvendigvis i samme stat som det vedtægtsmæssige hjemsted.

Dette krav om, at hvert enkelt selskab har både vedtægtsmæssigt hjemsted og faktisk hovedkontor i EU, kan ikke fraviges for et almindeligt aktieselskab, der vil omdanne sig til SE-selskab, jf. art. 2(5) modsætningsvis. Derimod kan det kumulative krav fraviges i de tre øvrige stiftelsessituationer, dvs. stiftelse ved fusion, ved holdingdannelse og ved datterdannelse.

Om fravigelse skal ske, beror på den enkelte stats lovgivning. Forholdet udtrykkes således i art. 2(5): »En medlemsstat kan fastsætte, at et selskab, som ikke har sit hovedkontor i Fællesskabet, kan deltage i stiftelsen af et SE-selskab, hvis det er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, har sit vedtægtsmæssige hjemsted i samme medlemsstat og har en faktisk og vedvarende tilknytning til erhvervslivet i en medlemsstat.«

Det er hermed op til den stat, hvor et deltagende selskab har sit vedtægtsmæssige hjemsted, at tage stilling til i sin lovgivning, om et sådant selskab kan deltage i stiftelsen af et SE-selskab, uanset at selskabet ikke har sit faktiske hovedsæde i EU. Men det er i så fald et krav, at selskabet »har en faktisk og vedvarende tilknytning til erhvervslivet i en medlemsstat.« Med udtrykket »en medlemsstat« markeres det, at den nævnte tilknytning ikke behøver være til den stat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Det må antages, at statens lovgivning ikke kan opstille et sådant krav, men at staten i givet fald må tage art. 2(5), som den er, dvs. enten anvende art. 2(5) eller undlade at gøre det.

Uanset hvilken stiftelsesmetode der anvendes, gælder det, at den nationale aktieselskabslovgivning i den stat, hvor SE-selskabet etablerer sit vedtægtsmæssige hjemsted, finder anvendelse på SE-selskabets stiftelse, jf. forordningens art. 15(1).

Det gælder også som et fælles træk, at SE-selskabet får status som juridisk person den dag, det optages i registeret i medfør af art. 12, jf. art. 16(1). Endvidere gælder det, at hvis handlinger er foretaget i SE-selskabets navn, inden det er registreret, og hvis SE-selskabet ikke efter registreringen overtager de forpligtelser, der følger af disse handlinger, hæfter de fysiske personer, selskaber eller andre retlige enheder, som har foretaget handlingerne, solidarisk og ubegrænset for disse følger, medmindre andet er aftalt, jf. art. 16(2) om aktørhæftelsen (stifteransvaret).

Man kan ikke på forhånd sige, at den ene stiftelsesmetode er »bedre« end de andre, men man kan måske påpege nogle elementer, der bør indgå i overvejelserne ved valg af metode. Det bør herved erindres, at der kan være ganske mange forskellige motiver til at stifte et SE-selskab. Det enkleste motiv kan være ønsket om overhovedet at opnå denne supranationale selskabsform, dels pga. dens image, dels måske pga. muligheden for senere flytning af hjemsted. Er dette hovedmotivet, drejer det sig om at finde den enkleste vej til målet, og denne vej vil formentlig ofte være at vælge den metode, der indebærer omdannelse af et almindeligt aktieselskab til SE-selskab.

Anderledes kan det være, hvis hovedmotivet er at benytte muligheden for at fusionere (dvs. virkelig sammensmelte) selskaber med hjemsted i forskellige lande. I så fald er stiftelse af et SE-selskab eneste reelle mulighed, så længe udkastet til 10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusion ikke er vedtaget. Herved giver stiftelsesmetoden i denne situation sig selv.

Der kan dernæst være tale om, at der afgives offentligt bud på aktiemajoriteten i ét eller flere selskaber, der er noteret på en fondsbørs eller andet organiseret marked. Man kan udmærket tænke sig, at en sådan budgivning vil kunne stå i forbindelse med, at der dannes et SE-selskab, og at tilbuddet til målselskabernes aktionærer lyder på, at de vil få vederlag i form af aktier i SE-selskabet. Herved kan metoden: stiftelse af et SE-holdingselskab, blive det rette instrument, hvor man ønsker at realisere visioner om at samle flere selskaber under ét holdingselskab.

Endelig kan der være tale om, at uafhængige selskaber i flere lande nærer et ønske om sammenlægning på tværs af grænserne. Dette er set inden for tele-, luftfarts-, forsikrings-, bank- og bilsektoren. Her kan

der enten være tale om en mindre vidtgående sammenlægning, hvor de deltagende selskaber bevarer deres selvstændighed, men sammenlægger centrale dele af deres virksomhed, og hvor valget derfor falder på stiftelse af et SE-datterselskab, hvortil de overdrager bestemte virksomheder. Eller der kan være tale om en mere vidtgående sammenlægning, hvor de deltagende selskaber enten indgår i en egentlig fusion, dvs. SE-stiftelse ved fusion, eller hvor de opfordrer deres aktionærer til at overdrage deres aktier i de nationale aktieselskaber til et fælles SE-holdingselskab. Uanset valget mellem disse metoder er der tale om en ganske vidtgående sammenlægning – om end det må erkendes, at der til syvende og sidst trods alt må træffes en beslutning om valg af hjemsted for SE-selskabet, idet dette jo ikke er ægte supranationalt. Hjemstedsvalget vil samtidig ofte vise, hvilken af fusionsparterne der ultimativt var den stærkeste.

Man kan i denne forbindelse nævne mange eksempler på, at SE-selskabet som selskabsretligt tilbud havde været relevant for de deltagende virksomheder. I mange af de grænseoverskridende selskabskonstruktioner, som beskrives hos *Karsten Engsig Sørensen:* Samarbejde mellem selskaber i EF, ville et SE-selskab have været en logisk løsning. Også fra nyere tid kan nævnes sammenslutninger, der med fordel kunne have betjent sig af SE-selskabet: Med virkning fra 2002 overgik FDB, dvs. de danske brugser, til aktieselskabsformen, samtidig med at der skete en sammenlægning af aktiviteterne i Danmark, Norge og Sverige. FDB's og tilknyttede selskabers butikker mv. overførtes herved til COOP Danmark A/S, som blev et 100% datterselskab af et fælles holdingselskab: COOP Norden AB (Sverige), som atter ejes af andelsforeningerne i Danmark (38%), Norge (20%) og Sverige (42%). Tilsvarende overførtes de svenske og norske foreningers butikker mv. til et 100% ejet svensk hhv. norsk datterselskab af COOP Norden AB. Det vil ses, at denne struktur betegner en mellemform mellem den rene andelsvirksomhed og aktieselskabet, idet de oprindelige andelsforeninger i hvert land fortsat består, men nu uden at eje og drive butikkerne. I hvert fald til det fælles holdingselskab – COOP Norden AB (Sverige) – kunne et SE-selskab have været en logisk løsning.

2.9. SE-selskabets organer

SE-selskabets organer er, jf. forordningens art. 38: (a) generalforsamlingen og (b) enten et tilsynsorgan og et ledelsesorgan (det tostrengede system) eller et administrationsorgan (det enstrengede system) afhængigt af, hvilken af mulighederne der er valgt i vedtægterne.

Det må antages, at denne opregning af organer hhv. mulige organer er udtømmende, og at der således ikke er mulighed for at oprette et SE-selskab med andre end de her nævnte typer af organer.

Forordningens art. 38 tillægger tilsyneladende direkte det enkelte selskab valgretten mellem det monistiske og det dualistiske ledelsessystem. Ikke desto mindre er der en række områder, som kan være genstand for en – uddybende – regulering i den enkelte stats lovgivning om SE-selskaber, hvis staten ønsker at udnytte de muligheder, forordningen giver, jf. om ledelsesstrukturen i danske SE-selskaber *Søren Friis Hansen* i Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2003 s. 73 ff.

I medfør af forordningens art. 39(5) og art. 43(4) er der tillagt den enkelte medlemsstat kompetence til at begrænse selskabets valgfrihed: En stat, der ikke tillader et tostrenget ledelsessystem for almindelige aktieselskaber, kan forbyde et sådant system også for SE-selskaber med hjemsted i denne stat, jf. art. 39(5), og en stat, der ikke tillader et enstrenget ledelsessystem for almindelige aktieselskaber, kan forbyde et sådant system også for SE-selskaber med hjemsted i denne stat, jf. art. 43(4).

Herved fik en svoren tilhænger af et monistisk system, fx Storbritannien, hjemmel til at fastholde dette også for SE-selskaber, og en svoren tilhænger af det dualistiske system, fx Tyskland, fik tilsvarende hjemmel til at fastholde dette, også for SE-selskaber.

Der erindres dog herved atter om løfteparagraffen i forordningens art. 69, der pålægger Kommissionen at rapportere inden 8. oktober 2009, om der vil være grundlag for en videreudvikling af forordningen på en række punkter. Det skal undersøges, om det vil være hensigtsmæssigt at tillade, at en medlemsstat i de retsforskrifter, den udsteder i medfør af forordningen, giver mulighed for, at der i SE-selskabets vedtægter kan indsættes bestemmelser, som fraviger eller supplerer de nævnte retsforskrifter, også selv om sådanne vedtægtsbestemmelser ikke ville være tilladt i vedtægterne for et almindeligt aktieselskab med hjemsted i den pågældende medlemsstat, jf. SE-forordningens art. 69(d). Denne tilføjelse kan – ligesom muligheden for at opgive kravet om sammenfald mellem SE-selskabets faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted – få

overordentlig stor betydning. Fx kan den tænkes at medføre, at statens mulighed for at udelukke den ene eller den anden af de to ledelsesformer erstattes af det, der var påtænkt med et tidligere udkast til SE-forordningen: en direkte valgret for SE-selskabet selv, til nærmere regulering i dets vedtægter.

Hvis SE-selskabet i sine vedtægter har valgt et tostrenget ledelsessystem, varetager ledelsesorganet »på eget ansvar« ledelsen af selskabet, jf. forordningens art., 39(1). En medlemsstat kan bestemme, at en administrerende direktør eller administrerende direktører har ansvaret for den daglige ledelse på de samme vilkår som dem, der gælder for aktieselskaber, der har deres vedtægtsmæssige hjemsted på den pågældende medlemsstats område.

Har SE-selskabet i sine vedtægter valgt et enstrenget ledelsessystem, varetager administrationsorganet ledelsen af selskabet, jf. forordningens art. 43(1). Også her kan en medlemsstat dog, ligesom ved det tostrengede system, bestemme, at en administrerende direktør eller administrerende direktører har ansvaret for den daglige ledelse på de samme vilkår som dem, der gælder for aktieselskaber, som har deres vedtægtsmæssige hjemsted på den pågældende stats område.

Selskabsorganernes medlemmer udnævnes for en periode, som fastsættes i vedtægterne, og som ikke kan overstige 6 år, jf. forordningens art. 46(1). Det er interessant, at ikke blot medlemmer af et tilsynsorgan (hvis SE-selskabet efter sin struktur har et sådant), men også medlemmerne af ledelsesorganet således skal udnævnes tidsbegrænset. I dansk selskabsret er vi vant til, at direktører udnævnes »indtil videre«, idet der ikke i selskabslovgivningen er nogen tidsbegrænsning af deres mandat. Der kan være forskrifter i direktørkontrakten, men på det selskabsretlige plan står bestyrelsen frit. For et SE-selskab vil det imidlertid gælde, at ansættelse – også – af en direktør skal ske for højst 6 år, jf. art. 46(1). Medmindre andet er fastsat i vedtægterne, kan medlemmerne genudnævnes én eller flere gange for et tidsrum af højst 6 år pr. gang, jf. forordningens art. 46(2).

SE-selskabets vedtægter kan fastsætte, at et selskab eller en anden juridisk person kan være medlem af et af selskabets organer, medmindre andet gælder ifølge aktieselskabslovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit hjemsted, jf. forordningens art. 47(1). Det er interessant, at der således kan vælges en juridisk person som organmedlem. Dette kender vi i dansk ret ikke for bestyrelsens eller direktionens vedkommende, jf. dog AL § 52, stk. 3, om en direktør i et rederi-aktieselskab, hvorimod et revisionsselskab ganske udmærket kan vælges som

revisor. Hvis juridiske personer skal kunne være medlem af et SE-selskabs ledelses- eller tilsynsorgan, skal dette have hjemmel i selskabets vedtægter. National selskabslovgivning kan dog udelukke muligheden. Hvis national lovgivning udelukker den for almindelige aktieselskabers vedkommende, er den dermed også udelukket for SE-selskabers vedkommende. Men national lovgivning kan ikke tillade muligheden for almindelige aktrieselskaber og samtidig udelukke den for SE-selskaber.

Vælges der et selskab eller anden form for juridisk person som organmedlem i SE-selskabet, skal den juridiske person med henblik på udøvelsen af sine beføjelser i det pågældende organ udpege en fysisk person som sin repræsentant, jf. forordningens art. 47(1), 2. pkt.

2.10. Hjemsted og flytning

SE-selskabets vedtægtsmæssige hjemsted skal være beliggende inden for EU i samme medlemsstat som den, hvor SE-selskabets hovedkontor er beliggende, jf. forordningens art. 7, 1. led. Hermed er der taget håndfast stilling til diskussionen om et hovedsæde- contra et inkorporationskriterium.

En medlemsstat kan pålægge SE-selskaber, der er registreret på dens område, pligt til at placere deres hovedkontor og deres vedtægtsmæssige hjemsted på samme sted, jf. forordningens art. 7, 2. led. Hermed har national selskabslovgivning således mulighed for at kræve, at det vedtægtsmæssige hjemsted og det faktiske hovedkontor skal ligge fx i samme kommune eller inden for en anden afgrænset geografisk enhed. Det er tvivlsomt, i hvilket omfang denne indirekte godkendelse af hovedsædekriteriet kan opretholdes efter Domstolens dom i *Überseering*, dom af 5. november 2002, sag C-208/00. Se nærmere kritikken af art. 7 hos *Erik Werlauff* i UfR 2004 B s. 242 ff. og samme i ECL 2004 vol. 3 p. 121 ff.

Endvidere må man ikke overse løfteparagraffen i forordningens art. 69, der pålægger Kommissionen at rapportere inden 8. oktober 2009, om der vil være grundlag for en videreudvikling af forordningen på en række punkter. Det skal undersøges, om det vil være hensigtsmæssigt at tillade, at et SE-selskabs faktiske hovedkontor og vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i forskellige medlemsstater, jf. art. 69(a).

Interessant er det, at forordningen intet steds begiver sig ud i en nærmere definition af, hvad der skal forstås ved det faktiske hjemsted. I national ret er der utvivlsomt mange gode bud på, hvordan begrebet skal defineres. De fleste lande, der – selskabs- og/eller skatteretligt –

lægger vægt på det faktiske hovedsæde, henviser efter regler eller praksis til det sted, hvor daglige driftsbeslutninger udøves, det vil normalt sige: det sted, hvor selskabets direktion udøver sin aktivitet i selskabet. Tysk selskabsret anvender udtrykket *Geschäftsführungsakte*. Grundlæggende er den måde, hvorpå en stat bekender sig til hovedsædekriteriet, et spørgsmål om den nærmere udformning af denne stats retsorden – indtil det rendyrkede hovedsædekriterium måtte blive underkendt af EF-domstolen som fællesskabsstridigt, jf. forelæggelsesbeslutningen i *EuZW 2000.412 BGH* samt *Peter Behrens* i EuZW 2000 s. 385 og *Wulf-Henning Roth* i ZIP 2000 s. 1599 ff. Også skatteretten kan herved give betydelig inspiration, både for så vidt angår national skatteret (i Danmark SEL § 1, stk. 6, med et skatteretligt hovedsædekriterium) og i særdeles den fælleseuropæiske »retskilde« – eller snarere: inspirationskilde – der består i OECD-modelkonventionen. Den udtaler i art. 4(3), at ved dobbeltdomicil skal selskabet anses hjemmehørende i den stat, hvor den virkelige ledelse har sæde. Dette hjælper dog ikke, hvis begge lande bruger hovedsædekriteriet og fortolker dette forskelligt. For dansk rets vedkommende må da kriteriet i *TfS 1998.607 H* (= *UfR 1998. 1534 H*), *California Kleindienst*, blive afgørende.

Over for disse betragtninger står imidlertid det væsentlige forhold, at SE-forordningen ikke på noget sted ses at overlade spørgsmålet om definitionen af det faktiske hovedsædebegreb til national selskabsret. Der er ikke noget steds i forordningen foretaget en *renvoi* til fx lovgivningen i det land, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Følgen heraf må nødvendigvis være, at begrebet »SE-selskabets hovedkontor« er et fællesskabsretligt begreb og skal fortolkes som sådant. Vel er der nogle kompetencer, der efter forordningen er tillagt (eller forblevet hos) medlemsstaterne: En medlemsstat kan som nævnt pålægge SE-selskaber, der er registreret på dens område, pligt til at placere deres hovedkontor og deres vedtægtsmæssige hjemsted på *samme sted*, jf. forordningens art. 7, 2. led. Ligeledes beholder medlemsstaterne – indtil videre – kompetencen til at træffe valget i sin øvrige selskabslovgivning og -praksis mellem et hovedsæde- og et registreringskriterium, jf. præamblens betragtning nr. 27, der citeredes ovenfor. Men ingen af disse reservationer giver medslemsstaterne nogen kompetence til at definere noget så centralt – ja, næsten *det* centrale begreb efter forordningen – som det faktiske hovedsædebegreb. Det ville da også i høj grad være ødelæggende for den ensartede anvendelse af de centrale dele af forordningen – man kunne sige: de dele, hvor renvoi ikke *kan* accepteres – hvis der forekom et antal afvigende hovedsædebegreber fra stat til stat.

Det må derfor bestemt antages, at begrebet »hovedkontor« for et SE-selskab er et fællesskabsretligt begreb, som dermed kan – i sidste domstolsinstans skal – forelægges for EF-domstolen til præjudiciel fortolkning i overensstemmelse med art. 234 EF (ex 177). Der er både fordele og ulemper herved. Ulempen er, at en retssag, hvor der foreligger tvist om hovedsædet, kan tage ganske lang tid, når der således kan hhv. skal ske forelæggelse for EF-domstolen. Fordelen – som må anses at overskygge enhver ulempe – er imidlertid, at det ville være fuldstændig i strid med grundtanken bag forordningen, hvis i det mindste hovedsædebegrebet ikke blev ensartet fortolket som et fællesskabsretligt begreb.

At SE-forordningen mener kravet om sammenfald mellem vedtægtsmæssigt og faktisk hjemsted alvorligt, fremgår af den omstændighed, at der er tillagt myndighederne i det land, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, nogle betydningsfulde beføjelser i tilfælde af, at det nævnte krav ikke opfyldes. Ved læsningen af bestemmelserne herom bør man hæfte sig ved den anvendte bydeform af verbet: staten »træffer« foranstaltninger, staten »skal træffe« etc. Det ses heraf, at der ikke er tale om diskretionære beføjelser, men om beføjelser, der *skal* udøves af myndighederne, simpelthen fordi SE-forordningen i vidt omfang hviler på et betydningsfuldt kompromis mellem de stater, der er tilhængere af hovedsædeteorien, og dem, der er tilhængere af registrerings- eller inkorporationsteorien. SE-selskabet må ganske enkelt ikke kunne bruges som et postboksselskab, modsat de muligheder, der er efter *Centros* vedrørende almindelige aktieselskaber samt anpartsselskaber. Flere stater vil utvivlsomt sige, at hvis de ikke kan stole på, at kravet om sammenfald mellem vedtægtsmæssigt og faktisk hjemsted håndhæves effektivt, falder nogle vigtige forudsætninger for tiltrædelsen af SE-forordningen bort.

Den medlemsstat, hvor det vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende, skal give adgang til domstolsprøvelse af alle overtrædelser af forordningens art. 7, jf. art. 64 (3).

Denne adgang har opsættende virkning for procedurerne i art. 64(1)-(2).

Der er ikke nærmere forskrifter om domstolsprøvelsen, men den skal utvivlsomt indrettes således, at domstolene får en reel mulighed for gennem bevisførelse at efterprøve, om myndighederne har ret i, at det faktiske hovedsæde ikke ligger i samme stat (hhv. samme sted) som det vedtægtsmæssige hjemsted.

Det er imidlertid ikke kun bevisførelsen, der herved er relevant. Mindst lige så intrikat kan sagen blive, hvis der er tvist om forståelsen

af selve det faktiske hovedsædebgereb, dvs. om forordningens helt centrale begreb: SE-selskabets hovedkontor. Ovenfor er der redegjort for, at dette begreb må anses for at være et fællesskabsretligt begreb, der dermed kan hhv. skal fortolkes af EF-domstolen gennem præjudiciel forelæggelse i overensstemmelse med art. 234 EF (ex 177). Hvis denne antagelse er korrekt, følger det heraf, at et SE-selskab, der mødes med statslige påbud efter forordningens art. 7, ikke blot skal have lejlighed til at føre faktuelle beviser under retssagen, men også har mulighed for at argumentere for, at dommeren kan hhv. skal forelægge spørgsmålet præjudicielt.

Et af de helt specielle og yderst fascinerende juridiske træk ved SE-selskabet er dets fuldstændige mobilitet inden for EU. Mens et nationalt aktie- eller anpartsselskab er bundet til sit hjemland og efter herskende retsopfattelse ikke kan flytte fra land til land, men må være henvist til at lade sig opløse i det første land og nystifte i det andet land, er det er særkende ved SE-selskabet, at det kan flytte til et andet EU-land under fuld bevarelse af sin juridiske personlighed. Det er ét og samme selskab (om end med pligt til at gennemføre vedtægtsændringer mv. for at tilpasse sig tilflytterstaten), der forlader stat A og tilflytter stat B.

Der skal af ledelses- eller administrationsorganet udarbejdes en plan om flytning, jf. art. 8(2). Med udtrykket »ledelses- eller administrationsorganet«, som anvendes adskillige steder i forordningen, er der taget højde for, at SE-selskabet enten kan have et én- eller et tostrenget ledelsessystem, alt efter hvad der er foreskrevet i selskabets vedtægter.

Flytningsplanen (forlæggelsesplanen) skal offentliggøres efter forordningens art. 13, som viser tilbage til de publicitetsregler, der gælder i SE-selskabets hjemland på grundlag af publicitetsdirektivet, 68/151. Også eventuelle yderligere offentliggørelsesformer, som er foreskrevet i hjemlandet, skal iagttages.

I flytningsplanen skal der gives en række nærmere opregnede oplysninger, jf. forordningens art. 8(2). Der skal angives SE-selskabets nuværende navn, vedtægtsmæssige hjemsted og registreringsnummer samt oplysninger om: (a) det påtænkte vedtægtsmæssige hjemsted for SE-selskabet, (b) de påtænkte vedtægter for SE-selskabet, herunder i givet fald det nye navn, (c) eventuelle følger af flytningen for medarbejderindflydelsen i SE-selskabet, (d) den påtænkte tidsplan for flytningen og (e) eventuelle rettigheder til beskyttelse af aktionærer og/eller kreditorer.

Der skal af ledelses- eller administrationsorganet udarbejdes en beretning, hvori de juridiske og økonomiske aspekter af flytningen forklares

og begrundes, ligesom der redegøres for følgerne af flytningen for aktionærer, kreditorer og medarbejdere, jf. art. 8(3). Inspirationen fra fusionsreglerne i fusionsdirektivet er indlysende.

Mindst en måned inden den generalforsamling, der skal tage stilling til flytningen, har SE-selskabets aktionærer og kreditorer ret til på selskabets hjemsted at gennemgå planen om flytning og den beretning, der er udarbejdet efter art. 8(3), og ligeledes til på anmodning gratis at få kopier af disse dokumenter, jf. art. 8(4).

En medlemsstat kan for så vidt angår SE-selskaber, som er registreret på dens område, vedtage bestemmelser til sikring af en passende beskyttelse af mindretalsaktionærer, der udtaler sig mod flytningen, jf. art. 8(5). For Danmarks vedkommende kunne man fx tænke sig en anvendelse af principper svarende til AL § 79, sammenholdt med § 81 a, således at der tilbydes indløsning til nedstemte aktionærer. Ordlyden af art. 8(5) synes dog ikke at give hjemmel til ubetinget at kræve indløsning af minoritetsaktionærer. Der skal være tale om aktionærer, der »udtaler sig mod flytningen«, og de nationale regler skal derfor indrettes på en sådan måde, at kun aktivt protesterende minoritetsaktionærer »beskyttes«, og da på den måde, national lovgivning vælger, fx gennem indløsningsregler. Problematikken er analog med, hvad der nævntes foran vedrørende SE-stiftelse via fusion, dvs. i relation til forordningens art. 24(2).

I lovgivningen i en medlemsstat kan det, for så vidt angår SE-selskaber, der er registreret i denne medlemsstat, bestemmes, at en flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted, som medfører, at et andet lands lovgivning finder anvendelse, ikke får virkning, hvis en kompetent myndighed i den pågældende medlemsstat nedlægger veto mod flytningen inden for fristen på to måneder efter offentliggørelsen af planen om flytning, jf. forordningens art. 8(14).

Et sådant veto kan kun fremsættes »af samfundshensyn«, tilføjes det i art. 8(14). I forordningens engelsksprogede version hedder det: »Such opposition may be based only on grounds of public interest«. Det vil ses, at der ikke anvendes vendinger som »tvingende almene hensyn«, »tvingende samfundshensyn«, »public order«, »ordre public« eller tilsvarende stærkere vendinger. Udtrykket »samfundshensyn« (»public interest«) indikerer noget mindre end de her citerede udtryk, der alternativt kunne være anvendt. Den praksis fra EF-domstolen, der omhandler »tvingende almene hensyn«, kan derfor ikke fuldt ud anvendes her. »Mindre« kan gøre det, såfremt der ønskes fremsat indsigelse mod fraflytning.

Der kan derfor indgå skattehensyn, medarbejderhensyn mv. i de pågældende myndighedsovervejelser, men de må ikke udarte til et

egentligt forbud mod fraflytning, næppe heller blot et forbud for visse kategorier af selskaber. Der skal endvidere være klar hjemmel i lovgivningen til forbudet, og dette må ikke anvendes på vilkårlig eller diskriminerende måde, hvorved mobiliteten for SE-selskaber eller visse kategorier af disse gøres illusorisk, og der må heller ikke diskrimineres i forhold til bestemte tilflytningsstater.

Kontrolleres et SE-selskab af et nationalt finanstilsyn i overensstemmelse med fællesskabsdirektiver, kan dette tilsyn ligeledes fremsætte indsigelse mod flytningen af hjemstedet, jf. art. 8(14), 2. led. Sammenhængen mellem 1. og 2. led i bestemmelsen er ikke helt klar. Det må antages, at kravet om opfyldelse af »samfundshensyn« skal være opfyldt i begge tilfælde, dvs. hvad enten det er finanstilsynet eller en anden myndighed, der nedlægger forbud mod fraflytning. Forskellen mellem 1. og 2. led er herefter, at en myndighedsindsigelse efter 1. led (dvs. en indsigelse, der kommer fra andre end finanstilsynet i fraflytningsstaten), skal have udtrykkelig hjemmel i fraflytningsstatens lovgivning, hvorimod en indsigelse fra fraflytningsstatens finanstilsyn kan støttes direkte på forordningen, dvs. uden at der for netop denne myndighed behøver at være skabt hjemmel i lovgivningen. De ovenfor anførte bemærkninger om vilkårlighed, diskrimination mv. må gælde tilsvarende her.

2.11. Medarbejdere

Ét af de punkter, der i årevis var til hinder for vedtagelsen af SE-forordningen (og også udkastene til 10. selskabsdirektiv om international fusion og til 14. selskabsdirektiv om international hjemstedsflytning), er spørgsmålet om medarbejderindflydelse.

Hvis SE-selskabet stiftes ved fusion – hvad enten der er tale om fusion ved overtagelse (absorption) eller ved nystiftelse (kombination) – er medarbejderne beskyttet direkte ved forordningen: De deltagende selskabers rettigheder og forpligtelser med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår, der bygger på national lovgivning, praksis og individuelle arbejdskontrakter eller ansættelsesforhold, som eksisterede på registreringstidspunktet, overføres til SE-selskabet ved dets registrering, jf. forordningens art. 29(4). Det samme gælder, hvis et almindeligt aktieselskab omdannes til SE-selskab, jf. forordningens art. 37(9).

EU-regelgiveren har ment det så alvorligt med kravet om medarbejderindflydelse, at SE-selskabet end ikke kan registreres, før spørgsmålet om formen for medarbejderindflydelsen er løst.

Ved registrering af ethvert SE-selskab – uanset om det kommer frem til registermyndigheden via fusion, holdingdannelse, datterdannelse, omdannelse eller tilflytning – skal det således dokumenteres, at medarbejderreglerne i direktiv 2001/86 er opfyldt. Ellers kan registrering ikke finde sted, jf. forordningens art. 12(2)-(4), jf. nærmere *Lone L. Hansen* i J 2005 s. 37 ff.

Et SE-selskab kan således ikke registreres, medmindre der er

- indgået en aftale om ordninger for medarbejderindflydelse i henhold til art. 4 i direktiv 2001/86, dvs. at der er opnået enighed om en ordning for medarbejderindflydelse i selskabet, eller
- der er truffet afgørelse i henhold til direktivets art. 3(6), dvs. en afgørelse fra det særlige forhandlingsorgan, der standser proceduren for indgåelse af den i art. 4 omhandlede aftale, eller
- forhandlingsperioden i henhold til direktivets art. 5 (6 måneder, eller op til ét år, hvis forhandlingerne er besluttet fortsat) er udløbet, uden at der er indgået nogen aftale, jf. forordningens art. 12(2).

At registrering kan finde sted, selv om forhandlingerne er standset, eller fristen er udløbet, skyldes, at der i så fald gælder de referencebestemmelser, der nærmere fremgår af direktivet. Disse referencebestemmelser gælder da automatisk fra tidspunktet for SE-selskabets registrering, jf. forordningens art. 7(1).

SE-selskabets vedtægter må ikke på noget tidspunkt være i modstrid med de ordninger for medarbejderindflydelse, der er fastlagt, jf. forordningens art. 12(4). Såfremt nye ordninger, som er fastsat i medfør af direktiv 2001/86, er i strid med de gældende vedtægter, skal disse vedtægter ændres i det nødvendige omfang. I så fald kan en medlemsstat fastsætte, at SE-selskabets ledelses- eller administrationsorgan kan ændre vedtægterne, uden at det er nødvendigt med en afgørelse fra generalforsamlingen. Eller med andre ord: En vedtagen ny ordning har forrang for SE-selskabets vedtægter.

Der skal oprettes et »særligt forhandlingsorgan«, som er repræsentativt for de deltagende selskabers og berørte datterselskabers eller bedrifters (driftsenheders) medarbejdere, jf. SE-medarbejderdirektivets art. 3(2), indledningen. Det særlige forhandlingsorgan defineres som det organ, der nedsættes i overensstemmelse med direktivets art. 3 med henblik på at føre forhandlinger med de deltagende selskabers kompetente organer om indførelse af ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet, jf. direktivets art. 2(g).

Forhandlingsorganet og de kompetente organer i de deltagende selskaber har til opgave ved skriftlig aftale at fastlægge ordninger for medarbejderindflydelse inden for SE-selskabet, jf. direktivets art. 3(3). Med henblik herpå skal de kompetente organer i de deltagende selskaber informere forhandlingsorganet om planen for stiftelse af et SE-selskab samt om det faktiske forløb af stiftelsen indtil selskabets registrering.

De deltagende selskabers kompetente organer og forhandlingsorganet skal »forhandle i en samarbejdsvillig ånd« med henblik på at nå til enighed om en ordning for medarbejderindflydelse i SE-selskabet, jf. SE-medarbejderdirektivets art. 4(1).

Uden at det i øvrigt berører parternes aftalefrihed (og med forbehold af kravet i art. 4(4) om, at et SE-selskab, der stiftes ved omdannelse af et almindeligt aktieselskab, skal have »mindst samme niveau for alle aspekter af medarbejderindflydelse« som det, der findes i det selskab, der skal omdannes), skal aftalen tage stilling til mindst følgende: (a) Aftalens anvendelsesområde, (b) sammensætning og antal af medlemmer samt fordelingen af pladser i det repræsentationsorgan, der skal være samtalepartner for SE-selskabets kompetente organ som led i informationen og høringen af medarbejderne i dette og i dets datterselskaber og bedrifter (driftsenheder), (c) repræsentationsorganets beføjelser samt proceduren for information og høring af det, (d) hyppigheden af repræsentationsorganets møder, (e) de finansielle og materielle midler, som stilles til rådighed for repræsentationsorganet, (f) hvis parterne under forhandlingerne beslutter at indføre én eller flere informations- og høringsprocedurer i stedet for at nedsætte et repræsentationsorgan: de nærmere regler for gennemførelsen af disse procedurer, (g) hvis parterne under forhandlingerne beslutter at indføre ordninger for medbestemmelse: indholdet af disse ordninger, herunder (i givet fald) det antal medlemmer i SE-selskabets administrations- eller tilsynsorgan, som medarbejderne har ret til at vælge, udpege, anbefale eller modsætte sig; de nærmere regler for, hvorledes medarbejderne kan vælge, udpege, anbefale eller modsætte sig udpegelse af disse medlemmer; samt disse medlemmers rettigheder, samt (h) aftalens ikrafttrædelsesdato; dens varighed; tilfælde, hvor aftalen bør genforhandles; og genforhandlingsproceduren.

Ét af SE-medarbejderdirektivets kendemærker er, at der findes referencebestemmelser, som parterne enten kan enes om (fordi de gennemsnitligt yder parterne en rimelig balance mellem deres interesser), eller som finder anvendelse, hvis parterne ikke i overensstemmelse med forhandlingsprocedurerne i direktivet aftaler et andet indhold.

Medlemsstaterne skal således fastlægge referencebestemmelser om medarbejderindflydelse, som skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget til direktivet, jf. dettes art. 7(1).

Hvis et SE-selskab stiftes ved fusion, behøver de nationale regler dog ikke indeholde referencebestemmelser svarende til bilagets del 3 om egentlig medbestemmelse, jf. henvisningen i art. 7(1) til art. 7(3), der atter henviser til art. 7(2)b om stiftelse ved fusion. Eftersom det er referencebestemmelserne i den stat, hvor SE-selskabet skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted, der finder anvendelse, betyder denne undtagelse, at almindelige aktieselskaber i visse tilfælde kan »fusionere sig ud« af en egentlig medbestemmelse, nemlig *hvis* hjemlandet for det overtagende SE-selskab ikke har referencebestemmelser svarende til bilagets del 3, og *hvis* der ikke i overensstemmelse med forhandlingsproceduren i direktivet opnås aftale om en egentlig medbestemmelse. Her er vi på ét af de ganske delikate områder, der i den endelige version har fået en nogenlunde afbalanceret udformning, men som unægtelig har voldt vanskeligheder undervejs. Det vil i sådanne tilfælde utvivlsomt med særlig styrke blive påset, at den grænseoverskridende fusion udspringer af virkelige erhvervsmæssige ønsker og behov hos selskabet – ikke blot af et ønske om at fusionere sig ud af en lovpligtig medbestemmelsesret for medarbejderne i det hidtidige hjemland, jf. SE-medarbejderdirektivets art. 11, hvorefter medlemsstaterne skal træffe passende foranstaltninger for at undgå misbrug af et SE-selskab med det formål at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse eller nægte dem en sådan ret.

Referencebestemmelser i den stat, hvor SE-selskabet skal have sit hjemsted, gælder fra datoen for SE-selskabets registrering i følgende tilfælde: (a) Hvis parterne er enige om det. (b) Eller hvis der inden for 6 hhv. 12 måneders fristen i art. 5 ikke er indgået nogen aftale, og (b-1) det kompetente organ i hvert af de deltagende selskaber beslutter at acceptere, at referencebestemmelserne finder anvendelse på SE-selskabet, og således fortsætte registreringen, og (b-2) det særlige forhandlingsorgan ikke har truffet afgørelse efter art. 3(6) om at afbryde forhandlingerne, jf. art. 7(1), 2. led. Ordene »... og således fortsætte registreringen ...« er centrale. De indikerer, at vel har de kompetente organer i hvert deltagende selskab (normalt generalforsamlingen, jf. ovenfor om selve stiftelsesmetoderne) det i deres magt at sige nej til referencebestemmelserne – men så standser stiftelsen af SE-selskabet her.

Der kan således ikke stiftes noget SE-selskab, uden at i det mindste referencebestemmelserne finder anvendelse, men som nævnt kan en

stiftelse ved fusion under bestemte omstændigheder føre til, at der i det fortsættende SE-selskab ikke er egentlig medbestemmelse, selv om der var det i ét eller flere af de ophørende almindelige aktieselskaber.

De referencebestemmelser, som man »falder tilbage på«, hvis der ikke opnås aftale om andet (og som ligeledes udtrykkeligt kan aftales mellem parterne), falder i tre dele. *Del 1* omhandler sammensætning af medarbejderrepræsentationsorganet, *del 2* referencebestemmelser for information og høring og *del 3* referencebestemmelser for egentlig medbestemmelse.

Stiftes et SE-selskab ved omdannelse, og fandt reglerne i en medlemsstat vedrørende medarbejdernes medbestemmelse i administrations- eller tilsynsorganet anvendelse inden registreringen, finder alle dele af medbestemmelsesordningen fortsat anvendelse i SE-selskabet. Hvis fx et dansk aktieselskab omdannes til SE-selskab, og der ikke i forbindelse med stiftelsen aftales andet i overensstemmelse med forhandlingsproceduren, videreføres således reglerne om medarbejderrepræsentation mv., således som de kendes fra den danske AL.

3. Det europæiske andelsselskab (SCE-selskabet)

Siden 1992 forelå der et foreløbigt udkast til en statut (forordning) om europæiske andelsselskaber. I løbet af 2001/2002 så det ud til, at udkastet med en række modifikationer kunne blive en realitet, jf. *Carsten Fode* i NTS 2002 s. 467 ff., og forslaget blev realiseret ved forordning nr. 1435/2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE) og direktiv 2003/72 om supplerende bestemmelser for så vidt angår medarbejderindflydelse, jf. nærmere om forordningen *Carsten Fode & Arne Møllin Ottosen* i R&R 2003 nr. 12 s. 28 ff.

Der har vistnok været en tendens til at antage, at retsforholdet mellem at andelsselskab og dets andelshavere skulle være konkurrenceretligt »fredet«, fordi retsforholdet er af selskabsretlig beskaffenhed, men denne opfattelse er ikke korrekt. Konkurrencebegrænsende leveringsvilkår mv. er undergivet fællesskabsretlige og/eller nationale konkurrencebestemmelser, uanset om de er nedfældet i aftaler, vedtægter, samordnet praksis e.l. Se fx dom af 2. juli 1992 fra Retten i første instans, sag T-61/89, *Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen*, hvor Kommissionen havde pålagt en andelsforening en bøde for overtrædelse af art. 81(1) EF (ex 85(1)), især fordi foreningens love indeholdt en konkurrenceklausul, der kan begrænse konkurrencen, og fordi der i forbindelse med

anvendelsen af denne klausul efter kommissionens opfattelse foreligger en samordnet praksis. Retten i første instans fastslog, at henvisningen i beslutningen til en samordnet praksis, som efter Kommissionens opfattelse skulle foreligge i forbindelse med anvendelsen af denne klausul, måtte anses for at hvile på et urigtigt faktisk grundlag samt at være udtryk for en urigtig retsopfattelse hos Kommissionen, og beslutningens begrundelse var i øvrigt ikke tilstrækkeligt præcis. En del af Kommissionens beslutning blev derfor annulleret, i det omfang den vedrørte en samordnet praksis, der udgør en overtrædelse af art. 81(1) (daværende art. 85(1)). Beslutningen blev også annulleret, i det omfang den pålagde foreningen at bringe den påståede samordnede praksis til ophør og at ophæve en bestemmelse i foreningens standardaftale om pelsningskontrol. Trods alt resterede der dog forhold, der skulle bødebelægges, og som var af konkurrencebegrænsende beskaffenhed, men bøden blev nedsat til 300.000 EUR.

Et europæisk andelsselskab, SCE, er et selskab, hvis formål er at opfylde medlemmernes behov og fremme deres erhvervsmæssige og/eller sociale aktiviteter. Der kan være tale om et kreditselskab, indkøbsselskab, salgsselskab, byggeforeningsselskab mv.

Hvis ikke vedtægterne foreskriver andet, kan selskabet også betjene ikke medlemmer.

Hvis ikke vedtægterne foreskriver en videregående hæftelse, hæfter medlemmerne kun med deres indskud.

Selskabet har juridisk personlighed.

Selskabet kan kun stiftes af mindst to andelsselskabslignende selskaber med vedtægtsmæssigt hjemsted og hovedsæde i mindst to forskellige EU- eller EØS-stater. Stiftelsen kan enten ske ved direkte stiftelser eller ved konvertering af et nationalt andelsselskab.

Et europæisk andelsselskab må kun anvendes til aktiviteter, der rent faktisk har en grænseoverskridende karakter.

Vedtægterne kan tillade, at »investerende medlemmer«, som ikke er aktive, men alene har indskudt kapital, er med i selskabet.

Hvert medlem har som udgangspunkt én stemme, men vedtægterne kan give medlemmer flere stemmer, hvis dette objektivt er knyttet til omfanget af deres aktivitet med selskabet.

Dividende fra selskabet reguleres efter forskrifterne i hovedsædelandet, men i hvert fald ved opløsning skal udlodningen rette sig efter omfanget af medlemmets aktivitet med selskabet.

Udtrædende medlemmer har krav på deres forretningsmæssige tilgodehavende i selskabet, dog ikke hvis udtrædelsen skyldes, at de har

overdraget deres andel til andre. Vedtægterne kan endvidere foreskrive oprettelsen af en særlig deltagerreserve, som medlemmet får sin andel af i tilfælde af udtræden.

Der skal være en generalforsamling. Er der mere end 500 medlemmer, eller udstrækker selskabet sin virksomhed i flere regioner, kan vedtægterne foreskrive sektionsforsamlinger, som hver for sig behandler den samme dagsorden og vælger delegerede, som derefter udgør generalforsamlingen.

Der kan enten være direktion og bestyrelse efter et dualistisk system, hvor bestyrelsen ansætter direktionen og fører tilsyn med denne, eller et enkelt ledelsesorgan efter monistisk system, hvor det af generalforsamlingen valgte ledelsesorgan overlader den daglige ledelse til et eller flere af sine egne medlemmer.

Selskabet har variabel kapital, der således udvides, når nye medlemmer indtræder, og indskrænkes ved udtræden af medlemmer. Et sådant system med variabel kapital (i modsætning til almindelige kapitalselskaber som fx aktieselskabet) er særligt kendt i Tyskland, men kendes også i flere andre lande, herunder også Danmark.

Kapitel 3

Koncern-enhed: Ret og pligt mellem koncernselskaber. Identifikation mellem koncernselskaber

En veldefineret rød tråd går gennem dette kapitel, jf. allerede den problemstilling, som *Erik Werlauff:* Koncernretten (1996) centreredes om: Det drejer sig om at fastlægge, hvornår den enkelte juridiske person i en koncern skal betragtes isoleret, og hvornår dens retsforhold skal betragtes i lyset af, eventuelt sammenlægges med, én eller flere andre juridiske personer, hvormed den er koncernforbundet.

Hele kapitlet er derfor én stor øvelse i samspillet mellem særbehandling og sambehandling af særskilte juridiske personer.

Temaet er, hvornår ret og pligt defineres særskilt, og hvornår de – helt eller delvis – defineres samlet.

1. Ret og pligt mellem koncernselskaber

Når det først er fastslået, at der af én eller flere af de foran i kapitel 1 omtalte fem årsager foreligger et koncernforhold, trækker dette et antal retsfølger med sig. Der skal erindres om, at hver gang man anvender udtrykket »en koncern«, tænkes der herved på to eller flere retssubjekter; en koncern er ikke som sådan et enkelt retssubjekt eller en enkelt medkontrahent i en kontrakt, og selv om man måske i tilfælde af indgåelse af en handels- eller lånekontrakt i daglig tale betragter »X-koncernen« som »vor medkontrahent«, skal det enkelte retsforhold stedse indgås

med én (eller flere) bestemt angivne juridiske personer, aldrig med »en koncern« som sådan.

1.1. Underretnings- og høringspligter mellem moderselskabet og datterselskabet

Moderselskabets bestyrelse skal straks underrette datterselskabets bestyrelse, når et koncernforhold er etableret, jf. AL § 55, 1. pkt. I modsat fald kunne datterselskabets bestyrelse, direktion og eventuelle repræsentantskab uforvarende komme til at overtræde de pligter, der påhviler dem, og som nu udstrækker sig til hele koncernen, fx forbud mod aktionærlån, pligt til underretning til købs- og salgsbog, spekulationsforbud, navnenotering i et børsnoteret selskab mv.

Koncernforholdet indebærer, at moderselskabets aktionær- hhv. anpartshaverrettigheder, der ellers principielt kun kan udøves via datterselskabets generalforsamling, jf. AL § 65, stk. 1, nu udstrækker sig til at gælde en direkte ret til relevant koncerninformation fra datterselskabets bestyrelse (ikke dets direktion, bortset fra et datter-anpartsselskab uden bestyrelse), idet datterselskabsbestyrelsen direkte til moderselskabet skal give de oplysninger, som er nødvendige for vurderingen af koncernens stilling og resultatet af koncernens virksomhed, jf. AL § 55, 2. pkt. I modsat fald ville moderselskabet ikke blive i stand til at udarbejde koncernregnskab, give relevante oplysninger om hele koncernen på sin generalforsamling (AL § 76, stk. 1, sidste led) eller fastlægge størrelsen af udbyttet i moderselskabet under hensyntagen til koncernens forhold og konsolideringsbehov (AL § 110, stk. 2, om en vis kapitalmæssig koncernsolidaritet). Helt bortset fra disse mere formelle regler er det indlysende, at moderselskabet har et praktisk forretningsmæssigt behov for overblik over hele koncernens forhold.

Hvilke oplysninger om et datterselskab er mon så »nødvendige« for vurderingen af koncernen som helhed? Svaret herpå er, at det »nødvendige« skal defineres ganske bredt, idet hensyn må tages til de forhold, som er opregnet foran, herunder det forretningsmæssige overblik. Skulle datterselskabets bestyrelse og moderselskabet være uenige om fastlæggelsen af udstrækningen af det »nødvendige«, vil datterselskabet vinde første runde af denne uenighed, eftersom moderselskabet ikke gennem en fogedforretning eller på anden for datterselskabet tvingende måde kan skaffe sig oplysningerne mod datterselskabsbestyrelsens protest, men antagelig vil anden og sidste runde blive vundet af moderselskabet,

som enten 1) på datterselskabets næste (ordinære eller ekstraordinære) generalforsamling stiller forslag om pålæg til datterselskabsbestyrelsen om at udlevere oplysningerne (hvilket pålæg da vil være bindende) eller – mere sandsynligt – 2) bruger sit stemmeflertal eller sin bestemmende indflydelse i datterselskabet til at udskifte de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer i datterselskabet med andre, som udviser bedre forståelse for moderselskabets behov for indsigt. Selv om dette scenario kan forekomme lidt kynisk, må det ikke forlede til en antagelse om, at datterselskabet stedse skal bøje sig for ethvert krav fra moderselskabet.

Tænker man sig således, at datteren og moderen er i skarp indbyrdes konkurrence på markedet, og at de ønskede oplysninger udgør strengt fortrolige forhold i datterselskabet, vil en udlevering kunne være til en sådan skade for datterselskabet, at udlevering må nægtes i medfør af generalklausulen i AL § 63, stk. 1, 1. pkt. Endog en generalforsamlingsbeslutning hos datterselskabet, truffet med moderens stemmekraft, skal bestyrelse og direktion i datterselskabet da principielt undlade at efterkomme, jf. »filter«-reglen i de nævnte lovbestemmelsers stk. 1, 2. pkt., også selv om de herved stilles over for en trussel om afskedigelse.

Mens moderselskabet kun kan kræve de pågældende koncernrelevante oplysninger fra datterselskabets bestyrelse, ikke fra dets direktion eller andre (eftersom det ikke kan være rimeligt, at moderselskabet har ret til at gribe dybt ind i kommandovejene hos datterselskabet), tager bestemmelsen ikke stilling til, ved hvem moderselskabet rekvirerer de ønskede oplysninger. Det må antages, at moderselskabet kan gøre dette ved sin direktion eller ved andre overordnede medarbejdere efter konkret bestyrelses- eller direktionsbemyndigelse i moderselskabet.

Moderselskabet skal underrette datterselskabet ved dettes bestyrelse om forhold, der har interesse for koncernen som helhed, jf. AL § 55 a, 1. pkt. Det må bedømmes konkret, hvori det nærmere indhold af denne underretning består, og hvornår underretning skal gives. Der er ikke pligt til at give den forud for beslutningen, og det må derfor erkendes, at bestemmelsens efterlevelse og praktiske betydning i betydelig udstrækning beror på moderselskabet, og det er for så vidt tankevækkende, at mens datterselskabets orienteringspligt over for moderselskabet er bødesanktioneret, er dette ikke tilfældet med moderselskabets orienteringspligt over for datterselskabet, jf. AL § 161, stk. 1, modsætningsvis.

Traditionelle eksempler på emner er forhold, som kan betyde koncernforholdets ophør, væsentlige aktivitetsindskrænkninger eller -udvidelser, optagelse af nye virksomhedsområder mv. Man kan sikkert som et yder-

ligere væsentligt moment, der begrunder orienteringspligt, nævne større omlægninger af arbejdsstyrken.

Har oplysningerne derimod direkte betydning for datterselskabet selv, altså ikke blot betydning for koncernen som helhed, skal datterselskabet ved sin bestyrelse underrettes om beslutningen, forinden endelig stillingtagen hos moderselskabet finder sted, jf. AL § 55 a, 2. pkt. Det må være en følge af bestemmelsens formål: datterselskabets mulighed for gennem argumenter at påvirke den endnu ikke trufne beslutning, at underretning skal gives så betids, at datterselskabsbestyrelsens bemærkninger virkelig kan nå at indgå i beslutningsgrundlaget hos moderselskabet.

Det går altså ikke an, at moderselskabets bestyrelse i realiteten har truffet sin beslutning, men blot endeligt konfirmerer denne senere – og lige netop når at give datterselskabsbestyrelsen underretning inden den endelige konfirmering (men det må på ny erindres, at § 55 a ikke er strafsanktioneret).

Det kan ikke antages, at ethvert forhold, som er af betydning for koncernen, også automatisk skulle være af betydning for datterselskabet. Accepteredes dette, ville forskellen mellem § 55 a, første led (efterretningssager) og andet led (høringssager), blive udvisket. Hertil kommer, at mange selskaber, som indgår i en koncern, vil være fuldt tilfredse med at modtage meddelelser om udvikling, omlægning mv. af fx søsterselskaber eller endog af moderselskabet selv, uden at dette får nogen direkte virkning for datterselskabet, og sådanne meddelelser skal alene behandles efter første led: efterretningssager. En forudgående høringspligt efter andet led ville i mange sådanne tilfælde være praktisk uoverkommelig.

I en række henseender indebærer eksistensen af et koncernforhold, at rettigheder og pligter, som ellers kun ville udstrække sig til en enkelt juridisk person, i stedet omfatter en flerhed af juridiske personer, netop fordi de er koncernforbundne:

1.2. Transparens vedrørende ejerkredsen

Anmeldelsespligten for storaktionærer efter AL § 28 a kan ikke omgås ved at sprede 5%- hhv. 10%-besiddelsen på flere selskaber i samme koncern; deres besiddelser sammenlægges, og anmeldelsespligten påhviler M, jf. AL § 28 a, stk. 2, nr. 1.

1.3. Medarbejderaktier på koncernbasis

Både et selskabs egne medarbejdere og dets datterselskabers medarbejdere er betænkt, når det drejer sig om udlodningsret og fravigelse af fortegningsret til fordel for medarbejderne, jf. AL § 79, stk. 2, nr. 1, og AL § 30, stk. 3, 1. pkt.

Det er ellers således, at det kræver ganske særlig tilslutning at foretage udlodning af selskabets formue til ikke-aktionærer, hhv. ikke-anpartshavere (i et aktieselskab dobbelt 9/10 majoritet som angivet i § 79, stk. 1, samt indløsningsret for de nedstemte, jf. § 81 a), men lige netop når det drejer sig om generelle ordninger til fordel for dette selskabs medarbejdere eller medarbejdere i ét eller flere af dets datterselskaber, skal en sådan særlig tilslutning ikke tilvejebringes, idet forholdet da kan besluttes på bestyrelsesniveau (mindre ordninger) eller på generalforsamlingsniveau (større ordninger) med vedtægtsændringsmajoritet.

Der skal være tale om ordninger, der præges af generalitet (typisk vil de derfor være skattebegunstigede efter LL § 7 A), og en ordning alene til fordel for ledende medarbejdere omfattes derfor ikke af reglen.

1.4. Grænsen for egne aktier

Når 10%-grænsen for, hvor mange egne aktier et aktieselskab (her: M) må erhverve mod vederlag (dvs.: købe eller belåne), skal beregnes, skal både selskabets egen (M's) og dets datterselskabers beholdning af M-aktier medtælles, jf. AL § 48, stk. 1, 1. pkt. I modsat fald kunne 10% grænsen groft omgås, og det er derfor også nødvendigt, at man under begrebet »datterselskab« i hvert fald i denne sammenhæng indbefatter datterselskaber i andre stater.

1.5. Selskabsrepræsentation og koncernrepræsentation

Når grænsen på 35 medarbejdere i gennemsnit gennem 3 år beregnes med henblik på eventuel ret for medarbejderne til repræsentation i et selskabs bestyrelse, skal en virksomhed selvsagt ikke kunne omgå grænsen ved at opdele sig i flere selskaber.

Koncernrepræsentation (dvs. ret til at vælge medarbejdere til moderselskabets bestyrelse) har derfor samme grænse på 35 medarbejdere som retten til selskabsrepræsentation har (dvs. retten til at vælge medarbejdere til netop bestyrelsen i det selskab, hvor man er ansat), regnet for koncernen under ét, jf. AL § 49, stk. 3.

Med andre ord bliver det ikke afgørende for retten for medarbejdere til at opnå bestyrelsesrepræsentation, om de er »spredt« på flere koncernforbundne juridiske personer, eller om de kun er tilknyttet en enkelt juridisk person.

Der er dog den modifikation hertil, at det ikke er enhver form for selskabsretligt koncernforhold, der giver koncernens medarbejdere ret til repræsentation i moderselskabets bestyrelse (koncernrepræsentation); koncernforholdet skal eksistere i kraft af, at moderselskabet besidder flertallet af stemmerettighederne i datterselskabet. En koncern, der alene skyldes moderselskabets bestemmende indflydelse eller moderselskabets ret til at udnævne eller afsætte bestyrelsesflertallet i datterselskabet, giver således ikke koncernens medarbejdere ret til koncernrepræsentation i moderselskabets bestyrelse. Moderselskabet – fx et holdingselskab behersket af en familie – kan derfor indrette sin besiddelse således, at der ikke opstår ret for medarbejderne til koncernrepræsentation i holdingselskabet.

1.6. Spekulationsforbuddet

Forbuddet mod bestyrelses- og direktionsmedlemmers spekulation i selskabets aktier/anparter er på tilsvarende måde udstrakt til at gælde deres aktier/anparter i ethvert selskab i koncernen, jf. AL § 53, stk. 3.

1.7. Overholdelse af formålsbestemmelsen

Hvis et datterselskab kunne beskæftige sig med forhold, som – klart – lå uden for moderselskabets formålsbestemmelse, ville sidstnævnte reelt kunne omgås ved at gennemføre aktiviteter i datterselskabs- i stedet for moderselskabsregie.

Moderselskabs formålsbestemmelse antages ikke blot at skulle angive formålet med selskabets egen virksomhed, men også formålet med datterselskabernes aktiviteter eller dog disses hovedaktiviteter. Da det imidlertid i praksis er umuligt at inddække samtlige datterselskabsaktiviteter gennem en ajourført formålsbestemmelse i moderselskabet, må selve dét at eje aktier i nærmere angivne datterselskaber også antages at være tilstrækkelig formålsangivelse for moderselskabet, men klart er forholdet ikke.

1.8. Spørgsmålsretten

Spørgsmålsretten (interpellationsretten) på generalforsamlinger gælder ifølge AL § 76, stk. 1, sidste led, ikke blot forholdene i det bestemte selskab, hvori der aktuelt holdes generalforsamling, men også »selskabets forhold til andre selskaber i samme koncern«.

For det første gælder oplysningspligten altså ethvert koncernselskab, ikke blot generalforsamlings-selskabets datter- eller moderselskab (men eksempelvis også dets søsterselskaber).

Dernæst gælder pligten ikke blot betingelsesløst disse andre selskaber; ordene »selskabets forhold til ...« må indebære, at de begærede oplysninger skal have relation til generalforsamlings-selskabet selv, fx i form af dets samhandel, låneforhold, udgiftsdeling, koncernbidrag, administrationsbidrag mv. i relation til det eller de andre koncernforbundne selskaber.

Spørgsmålsretten kan således ikke bruges af en generalforsamlingsdeltager i S-1 til om søsterselskabet S-X at modtage ganske de samme oplysninger, som han/hun ville kunne kræve om S-1.

1.9. Må moderen forestå ledelsen af datteren?

Det spørgsmål, der nu skal besvares, er efter alt at dømme ét af de selskabsretlige emner, der i de kommende år vil have den største betydning for udviklingen af selskabsretten i Danmark og de andre EU- og EØS-lande. Man kan tage sit udgangspunkt i to centrale bestemmelser i vor selskabslovgivning:

a) For det første AL § 65, stk. 1: »Aktionærernes ret til at træffe beslutning i selskabet udøves på generalforsamlingen.« Med andre ord: kun på generalforsamlingen. Ingen undtagelse er gjort for et moderselskab, skønt de fleste udmærket er klar over, at moderselskabet vil blande sig mere aktivt i datterselskabets forhold end blot ved at give møde på dets ordinære generalforsamling. b) For det andet AL §§ 63, stk. 1, og 80 (generalklausulerne, jf. ApL §§ 27, stk. 1, og 35), som – om end i negative vendinger – påbyder selskabets aktionærer/anpartshavere samt bestyrelsen og direktionen at have netop denne bestemte juridiske persons interesser for øje, når de udøver deres indflydelse i selskabet.

Vi fandt derimod ikke ad a) en regel om, at et moderselskab skal kunne aftale med sit datterselskab, at moderen overtager ledelsen af datteren. Ej heller fandt vi ad b) en regel om, at moderen under visse betingel-

ser må indordne datteren under en overordnet koncerninteresse (som i sidste instans kan betyde, at moderen tager en god ordre fra datteren og giver den til et andet koncernselskab). – Herved må vi imidlertid antage, at selskabslovgivningen er alvorligt på kollisionskurs med virkeligheden, for det må antages, at et moderselskab ikke er tilfreds med kun at optræde som bestemmende aktionær én gang årligt, og at moderen – og antagelig også datteren selv – betragter koncernen som en helhed.

Det er ikke noget gyldigt forsvar for den bestående, lidt verdensfjerne retstilstand, at også datteren opnår fordele af koncernforholdet; sådanne »fordele« er ofte af imagemæssig, administrativ og rationaliseringsmæssig beskaffenhed, og de kan på ingen måde begrunde, at en instruks fra moderselskabet om at holde sig fra en kontrakt, fordi et andet koncernselskab skal have den, skulle være retmæssig.

Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret finder, at der allerede efter gældende ret kan indlæses en ledelsesbeføjelse i selskabslovgivningen. Ligeså *Bernhard Gomard* i UfR 1998 B s. 175 ff.

Kritisk til, hvorvidt der i lovgivningen kan påvises en ledelsesret, er *Erik Werlauff* i J 1998 s. 367 ff. Se omtrent tilsvarende *Daniel Stattin* i SvJT 1999 s. 873 ff., der finder behov for en lovregulering af retten til faktisk ledelse og ansvar i konsekvens heraf, om end ikke en mere omfattende koncernretlig lovregulering.

Derimod er der ikke uenighed om, at en ledelse faktisk udøves i praksis, og at der er et realt, forretningsmæssigt behov herfor. Uenighedens kerne er, om der i lovgivningen kan påvises hjemmel hertil.

Hvis man om den nugældende danske retstilstand skulle sige noget sammenfattende, måtte det blive, at også § 65, stk. 1, skal respekteres af et moderselskab, at også princippet om den enkelte juridiske persons interesser skal respekteres, men at der i praksis ses gennem fingre med visse indgreb i datterselskabets forhold og med visse afvigelser fra netop dette selskabs interesser – alt sammen ud fra en forventning om, at det vil »gå godt«, og at datterselskabet ud fra en slags nettobetragtning vinder mere derved, end det taber.

Der har været gjort forsøg på at argumentere for, at vi allerede efter gældende dansk ret kan nærme os lidt til den tyske retstilstand, hvorefter et moderselskab under visse betingelser kan overtage ledelsen af et datterselskab, men som vor selskabslovgivning indtil videre er udformet, må noget sådant afvises. Forsøg har været gjort på mere indirekte overtagelse af ledelsen, fx gennem permanent tilstedeværelse fra moderselskabet på datterselskabets bestyrelsesmøder, men dette

er med rette afvist af myndighederne som uretmæssigt, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 27. maj 1994, *Årsberetningen 1994 s. 85*, hvorefter en direktør fra moderselskabet ikke fast må deltage i datterselskabets bestyrelsesmøder. Kendelsen vedrører ganske vist en banks moderselskab, men som kendelsen er udformet, er den afgjort ud fra helt principielle selskabsretlige overvejelser: »[D]et følger af almindelige selskabsretlige regler om valg, sammensætning, opgaver og ansvar mv. for en bestyrelse i et aktieselskab, herunder et bankaktieselskab, hvorom bank- og sparekasseloven indeholder skærpede regler, at udenforstående, her moderselskabets direktion, ikke uformelt kan indgå som almindeligt led i datterselskabets bestyrelse, men at forudsætningen herfor er, at de pågældende i så fald vælges til medlem af bankens bestyrelse«.

Vi savner simpelthen hjemmel til at give et moderselskab lov til at gribe ind i datterselskabets forhold og tilsidesætte dets isolerede selskabsinteresse, mod at moderselskabet til gengæld på nærmere angiven måde skal skadesløsholde datterselskabet, dets eventuelle koncernfremmede aktionærer (minoritetsinteresser) og dets kreditorer. Det gør ingen forskel i det her nævnte, at 12. selskabsdirektiv om selskaber, der ejes 100% af en enkelt fysisk eller juridisk person, i art. 4, stk. 1, foreskriver, at selskabets eneejer på egen hånd udøver de beføjelser, som tilkommer generalforsamlingen (alene med den formelle modifikation, at de beslutninger, eneejeren træffer, når generalforsamlingsbeføjelserne udøves, skal nedfældes skriftligt eller indføres i en protokol). Direktivet kan ikke af et moderselskab bruges som argumentation for, at der herefter er frit spil med hensyn til at overtage ledelsen af i hvert fald et 100% ejet datterselskab.

Se hertil *Søren Friis Hansen:* Europæisk koncernret – Bør koncernretten reformeres og kodificeres?, anmeldt af *Erik Werlauff* i UfR 1996 B s. 361 f. Afhandlingen besvarer spørgsmålet bekræftende. Forfatteren har skrevet sin afhandling ud fra den grundholdning, at koncerndannelser spiller en overmåde stor rolle for erhvervslivet, men at dansk selskabslovgivning kun tager sporadisk hensyn til disse realiteter, idet vigtige områder som minoritets- og kreditorbeskyttelse i koncernforhold ikke er tilfredsstillende reguleret i dansk ret.

Samme forfatter bemærker i J 1997 s. 173 ff., at hvis lovgivningsmagten ikke snart befatter sig med de selskabsretlige sider af koncernretten, risikerer man, at den materielle koncernret bliver fastlagt gennem regnskabsretlige, skatteretlige og børsretlige reguleringer. Mens selskabskoncernretten er forblevet statisk, er der i løbet af de seneste år sket en hastig udvikling af koncernretten

inden for nært beslægtede retsområder, som på afgørende vis griber ind i den selskabsretlige koncernret.

I dag må det antages, at udkastet til 9. selskabsdirektiv er dødt. Tyskland har været forbillede for en sammenhængende koncernret, som er blevet fulgt af Portugal, Brasilien, Kroatien, Slovenien og Taiwan, jf. *Klaus J. Hopt* i EuZW 1999 s. 577 ff. Andre stater har kun spredte regler herom i selskabslovgivningen. Måske kan det tyske forbillede ad frivillighedens vej føre til koncernregler, men uden en egentlig harmonisering. Det ville være ønskeligt, om der med europæisk forbillede kunne etableres en koncernret, der tillader koncernen at fungere som en enhed også i juridisk forstand, forudsat nogle betingelser opfyldes. Disse skal først og fremmest dreje sig om, at koncernen fremstår med en fast etableret struktur, og at de byrder, der pålægges det enkelte koncernselskab, i det væsentlige modsvares af tilsvarende fordele, så der ikke i urimelig grad forskydes en risiko til enkelte koncernselskaber, jf. nærmere *Peter Hommelhoff:* Corporate group law for Europe – the principles and proposals of the Forum Europaeum, i *Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (ed.):* The Internalisation of Companies and Company Laws, s. 11 ff.

Kimen til etablering af en fælleseuropæisk koncernret udspringer af en fransk højesteretsdom, *Rozenblum*-dommen, der har givet navn til begrebet »*Rozenblum-doktrinen*«. Efter denne doktrin vil det være retmæssigt for et moderselskab at gribe ind i ledelsen af et datterselskab, hvis 1) der foreligger en fast etableret koncernstruktur, 2) der er udviklet en konsekvent og koordineret politik i relation til den virksomhed, koncernen driver, og 3) fordele og ulemper fordeles på en afbalanceret måde mellem moderselskab og datterselskaber. Det vil ses, at disse kriterier ikke har den fasthed og skarphed, som tysk koncernret har, men ikke desto mindre udgør de en klar landvinding i forhold til de mange lande, hvis retsorden slet ikke har gennemarbejdet spørgsmålet om betingelserne for, at moderen griber ind i ledelsen af døtrene. Doktrinen søges i disse år kodificeret på fællesskabsniveau, jf. *Liv Stølen* i NTS 2004 s. 402 ff.

Hvis lovgivningsmagten vælger at regulere koncernretten nærmere, og hvis der herved skabes hjemmel til at indgå *beherskelsesaftale, udbytteaftale mv.* mellem moder- og datterselskab i lighed med fx tysk rets Beherrschungsvertrag og Gewinnabführungsvertrag, er det imidlertid vigtigt, at EU-rettens forskrifter herved iagttages. Dette gælder a) forskrifterne om nationalitetsmæssig ligebehandling, jf. art. 12 EF,

b) etableringsretten, jf. art. 43 og 48 EF, c) betingelserne for acontoudbytte, jf. kapitaldirektivets art. 15 og d) kravet om ligebehandling af aktionærer, jf. kapitaldirektivets art. 42. Ad a) og b) bør reglerne derfor udformes, så de stiller inden- og udenlandske koncernselskaber lige, herunder med hensyn til selve muligheden for at indgå disse aftaler, jf. art. 12, 43 og 48 EF. Ad c) vil muligheden for, at datterselskabet i medfør af en udbytteaftale overfører sin indtjening til moderselskabet, uden at de særlige retsgarantier i art. 15 om reservedannelse mv. herved iagttages, næppe harmonere med kapitaldirektivets art. 15. Ad d) bør kapitaldirektivets art. 42 om ligebehandling iagttages, og dette synes at give problemer, hvis en beherskelsesaftale gør det lovligt for moderselskabet at give datterselskabet bindende instrukser, som kan være til økonomisk skade for datterselskabet, og som i forholdet mellem selskaberne alene resulterer i et usikret udligningskrav mod moderselskabet. Dette udligningskrav kan være værdiløst, hvis moderselskabet er insolvent, og dermed kan både art. 15 og 42 være krænket gennem sådanne lovhjemlede selskabsaftaler, jf. *Wienand Meilicke* i DB 2001 s. 2387 ff.

1.10. Koncernlån

Forbuddet i AL § 115, stk. 1, og ApL § 49, stk. 1, mod aktionærlån fraviges i koncernforhold, jf. AL § 115 a, stk. 1, og ApL § 50, stk. 1. Her må et datterselskab både yde lån til sit moderselskab (såkaldt koncernlån) og stille sikkerhed for dettes gæld.

Det er dog vigtigt at bemærke, at den bestemmelse, der tillader koncernlån, kun undtager fra § 115, stk. 1, 1. led, hhv. ApL 1996 § 49, stk. 1, 1. led, altså fra det almindelige forbud mod aktionærlån, men ikke fra AL § 115, stk. 2, hhv. ApL § 49, stk. 2 (dvs. ikke fra forbuddet mod, at et selskab stiller midler til rådighed for køb eller tegning af aktier i selskabet, dvs. selvfinansierende aktiekøb).

Hvis et datterselskabs bestyrelse og direktion bliver bedt om at låne penge til eller stille sikkerhed for selskabets moderselskab, må bestyrelsen og direktionen ikke kritikløst lade sig nøje med en konstatering af, at lånet eller garantien formelt, selskabsretligt set er i overensstemmelse med undtagelsesreglen i § 115 a, stk. 1. Det skal selvstændigt efterprøves, om udlånet også er risikomæssigt forsvarligt. Hvis der foretages usikret udlån til et usolidt moderselskab, kan de, der som bestyrelses- eller direktionsmedlemmer og/eller som rådgivere medvirker til transaktionen, ifalde erstatningsansvar for selskabets tab, jf. *UfR 1986.513 H* om advokatansvar for et usikret udlån til et »koncernforbundet« selskab og

UfR 2000.1013 H om bestyrelsesansvar (under dissens) for usikret udlån af et selskabs midler til et andet koncernselskab, hvor kreditorselskabet og dermed en kreditor i henhold til en verserende sag led tab.

Et »moderselskab«, der ikke er et dansk aktie- eller anpartsselskab, men hjemmehørende i et andet land, er ikke et egentligt selskabsretligt moderselskab i AL's forstand og synes derfor formelt ikke at kunne påberåbe sig koncernlånsreglerne, uanset om moderselskabet er hjemmehørende i en anden EU- eller EØS-stat, men på fællesskabsretligt grundlag kan der argumenteres med styrke for, at det udenlandske (aktie)selskab alligevel i medfør af art. 43 EF (ex 52), jf. art. 48 (ex 58), om etableringsretten skal have samme rettigheder som et indenlandsk selskabsretligt moderselskab; blandt de vigtige rettigheder, der tilkommer et moderselskab, er retten til at finansiere sig gennem lån fra sine datterselskaber. Se foran om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens på dette punkt liberaliserede holdning, jf. *Eigil Lego Andersen & Erik Werlauff* i UfR 2001 B s. 342 ff. og *Karsten Engsig Sørensen & Paul Krüger Andersen* i NTS 2001 s. 138 ff.

Der kan i *selskabs*retlig sammenhæng være tale om, at et datterselskabs koncernfremmede minoritetsaktionærer kan anfægte lånevilkårene, hvis de *begunstiger moderselskabet på datterselskabets bekostning*, jf. generalklausulerne i AL § 63, stk. 1, og § 80.

Der må ikke gennem nationale afgiftsregler lægges hindringer i vejen for kapitalens frie bevægelighed, ej heller fx for koncerninterne kapitaloverførsler, eksempelvis hvor der mellem koncernforbundne selskaber sker overførsel af midler. Typisk betragter koncernen sig i finansieringsmæssig henseende som en helhed, der ofte anvender et bestemt selskab i koncernen som fælles finans- og managementselskab, jf. EF-domstolens dom af 14. oktober 1999, C-439/97, *Sandoz*.

2. Internationale koncernforhold

2.1. Hvornår skal udenlandske selskaber inddrages under dansk ret?

Hvis man spørger, om de danske selskabsretlige regler om koncernforhold også omfatter et moder- eller et datterselskab i udlandet, må man svare: I nogle henseender ja, men ikke i enhver henseende.

Se *Paul Krüger Andersen:* Studier i dansk koncernret s. 350 ff., anmeldt af *Erik Werlauff:* EU-selskabsret, kapitel 1 og *samme* i J 1998 s. 367 ff., og *Peter Arnt Nielsen*: International privat- og procesret s. 629 ff. Endvidere *Karsten Engsig Sørensen* i J 1997 s. 431 ff.

Man kan således ikke sige, at definitionen i AL § 2 og ApL § 3 af, hvad der forstås ved et moderselskab, og hvad der forstås ved et datterselskab, altid også omfatter udenlandsk hjemmehørende selskaber, men man kan heller ikke sige, at de aldrig gør det. Selv om dette kan lyde lidt kryptisk, er der faktisk en vis metode og konsekvens i det, når blot man holder sig fem grundlæggende udgangspunkter for øje:

1) Dansk selskabsret gælder kun for danske selskaber. 2) Dansk selskabsret kan derfor ikke udstrække sig til et udenlandsk hjemmehørende selskab. 3) Men dansk selskabsret kan, når den fastlægger selskabsretlig ret og pligt for et dansk selskab, inddrage selskabets forhold til udenlandske selskaber, og i et antal tilfælde kan det være nødvendigt at inddrage udenlandske selskaber for at få koncernreglerne til at virke efter hensigten. 4) Dansk selskabsret kan, når den fastlægger ret og pligt for et dansk selskabs aktionærer eller anpartshavere, heri indbefatte udenlandske selskaber i deres egenskab af aktionærer eller anpartshavere, uden dog at gribe ind i sådanne selskabers egne selskabsretlige forhold, som reguleres af fremmed ret. Her er der således ikke tale om, at der direkte pålægges det udenlandske selskab pligter, men at dets ret qua aktionær i et dansk selskab knyttes sammen med logisk hermed sammenhørende pligter, som må opfyldes for at kunne nyde retten. 5) Slutresultatet på det enkelte område skal stedse efterprøves i fællesskabsrettens lys, dvs. med henblik på en konstatering af, om der herved opstår en nationalitetsdiskriminatorisk forskelsbehandling af inden- og udenlandsk selskab.

Om selve koncernbegrebet må det konstateres, at der er et antal tilfælde, hvor det bliver afgørende, om M (som vi endnu ikke har udpeget som moderselskab) har stemmeflertal i D (som vi endnu ikke har udpeget som datterselskab, og som vi lægger til grund er et dansk selskab). Det følger af AL § 2, stk. 4, ApL § 3, stk. 4, at når vi således skal beregne stemmerettigheder, skal vi herved ikke blot medinddrage de stemmer, som M selv kan udøve, men også de stemmer, som M's datterselskaber kan udøve. Ved denne test må vi nødvendigvis medregne udenlandske datterselskaber. For at udtrykke det helt firkantet: Hvis det danske M selv har 40% af stemmerne i det danske D, og det hollandske selskab H, som M behersker, har 11% af stemmerne i D, så vil vi næppe være

i tvivl om, at vi skal medtælle det hollandske selskabs stemmer, og at vi når til det resultat, at D er et datterselskab af M. Herved har vi således – for at få selve koncerndefinitionen til at virke efter hensigten – uden tøven inddraget et udenlandsk datterselskab. Ganske samme tankerække vil vi gennemgå, hvis der er tale om at vurdere, hvorvidt det danske M har en bestemmende indflydelse over det danske D; også her vil vi medinddrage den indflydelse, som tilkommer fx et af M behersket hollandsk selskab.

Ser vi herefter på de forhold, hvor ret og/eller pligt udstrækkes til at gælde ikke blot det selskab, man aktuelt har tilknytning til, men også andre koncernselskaber, kan vi for det første betragte anmeldelsespligten for storaktionærer i AL § 28 a. Når aktiebesidderens procenttal i målselskabet beregnes, medtælles også besidderens datterselskabers aktiebesiddelse i målselskabet, og der kan herved ikke være tvivl om, at også besidderens udenlandske datterselskabers besiddelse skal medregnes. Ellers ville storaktionærreglerne hurtigt blive aldeles illusoriske.

Også når det drejer sig om at tillade fravigelse af fortegningsretten til fordel for både det pågældende selskabs og dets datterselskabets medarbejdere, jf. AL § 79, stk. 2, nr. 1, hhv. ApL § 34, stk. 1, nr. 1, og AL § 30, stk. 3, 1. pkt., må man principielt medinddrage medarbejderne i udenlandske datterselskaber, men her vil inddragelsen af udenlandske datterselskabsmedarbejdere støde på det problem, at det er en betingelse, at ordningen er præget af generalitet, og at dette normalt atter har sammenhæng med en anvendelse af LL § 7 A (favøraktier eller gratisaktier), og dette vil ikke være relevant for så vidt angår medarbejdere i udenlandske datterselskaber. Da det imidlertid ikke er nogen absolut betingelse efter de citerede selskabsretlige bestemmelser, at de pågældende generelle ordninger altid er sammenkoblet med skattefrihed efter den nævnte bestemmelse i LL, må det fastholdes, at også udenlandske datterselskabers medarbejdere kan tilgodeses ved ordningen.

Når 10%-grænsen for, hvor mange egne aktier et aktieselskab (her: M) må erhverve mod vederlag (dvs.: købe eller belåne), skal beregnes, skal både selskabets egen (M's) og dets datterselskabers beholdning af M-aktier medtælles, jf. AL § 48, stk. 1, 1. pkt., og det ligger herved allerede efter gældende dansk ret fast, at også de moderselskabsaktier, der besiddes af udenlandske datterselskaber, skal medtælles. Direktiv 92/101 af 23. november 1992, hvorved kapitaldirektivet (2. selskabsdirektiv) ændredes gennem indsættelse af art. 24 a, tilsigter faktisk netop at hidføre en retstilstand svarende til den allerede gældende danske:

også udenlandske datterselskaber skal medinddrages (uden at unionsretten dog overhovedet anvender ordet »datterselskab«, idet der endnu ikke foreligger et unionsretligt koncernbegreb).

Når vi derimod kommer til medarbejdernes ret til koncernrepræsentation i et moderselskabs bestyrelse, kan vi ikke logisk udstrække vore regler til selskaber i andre stater, og dette gælder, hvad enten vi sætter fokus på moder- eller datterselskabet. Hvis vi således forestiller os, at moderselskabet er udenlandsk, er det indlysende, at vi ikke gennem dansk selskabslovgivning kan pålægge dette udenlandske selskab at optage medarbejdere (hverken fra danske eller andre datterselskaber) i det udenlandske moderselskabs bestyrelse; om en sådan repræsentationsret består, afhænger udelukkende af moderselskabets lands lovgivning (og spørgsmålet er som bekendt endnu ikke unionsretligt harmoniseret, idet udkastet til 5. selskabsdirektiv endnu ikke er vedtaget – hovedsageligt netop af denne årsag!). – Forestiller vi os omvendt, at datterselskaberne er udenlandske, kunne man vel principielt forestille sig de danske regler om koncernrepræsentation indrettet således, at både danske og udenlandske datterselskabers medarbejdere fik lov til koncernrepræsentation i det danske moderselskab, men dels ville en medinddragelse af udenlandske datterselskabers medarbejdere under valghandlingen være yderst besværlig, dels holder vi næppe af en sådan repræsentationsret, hvis der ikke er reciprocitet (og det er der jo netop ikke, jf. ovenstående). Følgelig må medarbejdere i udenlandske datterselskaber frasorteres, og dette er udtrykkeligt fastlagt i AL § 49, stk. 3, 1. led (»Medarbejderne i et moderselskab og dets her i landet registrerede datterselskaber ...«), jf. ApL § 22, stk. 2.

Det er uheldigt, at medarbejdere i udenlandske koncernselskaber herved er ringere stillet end medarbejdere i indenlandske. Man kan udtrykke dette således, at retten til koncernrepræsentation standser ved landegrænsen. Flere andre landes lovgivning viser imidlertid, at det ikke behøver at være således. Fx tillader både norsk og finsk ret, at medarbejdere i udenlandske koncernselskaber omfattes, hvis en valghandling i datterselskabets land meningsfyldt kan foretages. Der er foreslået ensartede nordiske regler på dette område med henblik på at udstrække retten til koncernrepræsentation også til medarbejdere i udenlandske datterselskaber, jf. *Erik Werlauff:* »Medarbejdere og fusion i Norden – medarbejderrepræsentation i nordiske virksomheders bestyrelser, særligt efter grænseoverskridende overtagelse og fusion«, redegørelse til Nordisk Ministerråd efter anmodning fra Nordisk Arbejdsretsudvalg (2002), projekt nr. 411060-20172.

Pligten til at føre købs- og salgsbog for bestyrelsesmedlemmers, direktørers og repræsentantskabsmedlemmers aktiebesiddelse i et aktieselskab udstrækker sig også til deres besiddelse af aktier/anparter i alle andre selskaber i koncernen (ikke blot selskabets datterselskaber, men også dets moderselskab, dets søsterselskaber etc.), jf. AL § 53, stk. 1, og herved må antagelig ethvert udenlandsk datter-, søster og moderselskab medregnes, idet reglerne ellers meget alvorligt kunne omgås. Når det derimod tillige gælder, at der efter moderselskabets bestemmelse kan føres en fælles købs- og salgsbog for hele koncernen, må det herom antages, at købs- og salgsbogen skal føres i Danmark, og at danske selskaber af et udenlandsk moderselskab således ikke vil kunne henvise til, at bogen føres af det udenlandske moderselskab med retsvirkning for hele koncernen. Også forbuddet mod bestyrelses- og direktionsmedlemmers spekulation i selskabets aktier, som på tilsvarende måde er udstrakt til at gælde deres aktier i ethvert selskab i koncernen, jf. AL § 53, stk. 3, må antages at omfatte ethvert udenlandsk koncernselskab. – Det følger imidlertid ikke af disse betragtninger, at købs- og salgsbogspligterne eller spekulationsforbuddet herved kommer til at ramme det udenlandske datterselskabs bestyrelse og direktion; dette er netop ikke tilfældet, idet deres pligter i det hele beror på datterselskabets lands lovgivning. Den pligt, der således udstrækkes til også at omfatte datterselskaber, er således den i forvejen bestående pligt for det danske moderselskabs bestyrelse og direktion.

Betragter vi herefter retsforholdene mellem selve moderselskabet og datterselskabet, er der for det første pligten for moderselskabets bestyrelse til straks at underrette datterselskabets bestyrelse, når et koncernforhold er etableret, jf. AL § 55, 1. pkt., hhv. ApL 1973 § 37, 1. pkt., ApL nu tavs, men realiteten antagelig uændret. Det må anses for meget tvivlsomt, om denne pligt også gælder i forhold til et udenlandsk datterselskab. *Karsten Engsig Sørensen* finder i J 1997.431 ff., at pligten må være gældende. Det må herved erindres, at der efter datterselskabets lands lovgivning måske end ikke består et koncernforhold mellem de to selskaber, og det kommer ligeledes i betragtning, at selve formålet med underretningspligten er at undgå, at datterselskabets bestyrelse mv. uforvarende kommer til at overtræde deres pligter vedrørende forbud mod aktionærlån, købs- og salgsbog mv., som nu udstrækkes til hele koncernen – men disse pligter gælder netop ikke for det udenlandske datterselskabs bestyrelse og direktion, idet deres pligter i det hele beror på datterselskabets lands lovgivning. På tilsvarende måde må det gælde, at datterselskabsbestyrelsers pligt til direkte til moderselskabet at give de

oplysninger, som er nødvendige for vurderingen af koncernens stilling og resultatet af koncernens virksomhed, jf. AL § 55, 2. pkt., hhv. tidligere ApL 1973 § 37, 2. pkt., ikke kan påhvile et udenlandsk datterselskabs bestyrelse. Dennes pligter afhænger i det hele af datterselskabets lands lovgivning, og disse pligter kan ikke udvides, blot fordi datterselskabet nu har fået et dansk moderselskab (»moderselskab« her defineret efter danske begreber).

Når det dernæst fastslås i vor selskabslovgivning, at moderselskabet skal underrette datterselskabet ved dettes bestyrelse om forhold, der har interesse for koncernen som helhed, jf. AL § 55 a, 1. pkt., hhv. ApL 1973 § 37 a, 1. pkt., ApL nu tavs, men realiteten antagelig uændret, og når det endvidere fastslås, at hvis oplysningerne har direkte betydning for datterselskabet selv, skal datterselskabet ved sin bestyrelse underrettes om beslutningen, forinden endelig stillingtagen hos moderselskabet finder sted, jf. AL § 55 a, 2. pkt., hhv. tidligere ApL 1973 § 37 a, 2. pkt., må man herom sige, at det ikke forekommer indlysende, hvorvidt denne underretnings- hhv. høringspligt også består i relationen mellem det danske moderselskab og dets udenlandske datterselskab. På den ene side har et udenlandsk datterselskab utvivlsomt samme beskyttelsesværdige interesse i orientering fra sit danske moderselskab, som et dansk datterselskab har, men på den anden side er der en nær sammenhæng mellem moderselskabets ret til at få oplysninger fra datterselskabet (hvilken ret som nævnt antagelig ikke består i forhold til det udenlandske datterselskab) og dets pligt til at underrette hhv. høre datterselskabet. Antagelig må sidstnævnte forhold tillægges størst vægt, og når hertil kommer, at spørgsmålet om, hvorvidt datterselskabet overhovedet skal anskue sig selv som et datterselskab, beror på datterselskabets lands lovgivning, må det antages, at underretnings- og høringspligten ikke består i forhold til udenlandske datterselskaber.

Hvis en aktionær eller anpartshaver, der besidder både over 9/10 af aktiekapitalen i et selskab og samtidig har over 9/10 af stemmerne i selskabet, ønsker at tvangsindløse minoritetsdeltagerne på under 1/10, jf. AL § 20 b, hhv. tidligere ApL 1973 § 14 d, ApL nu tavs herom, var det før den 1. august 1993 således, at kun hvis den pågældende storaktionær/anpartshaver var selskabets moderselskab, kunne der besluttes tvangsindløsning af minoritetsdeltagerne, men fra den nævnte dato kan indløsningsretten påberåbes af enhver storaktionær, der opfylder det nævnte kapital- og stemmekriterium, altså også af en fysisk person, en fond, en forening, en udenlandsk aktionær etc. (men ikke af en gruppe aktionærer, selv om de tilsammen kommer op på de nævnte tal).

> Herved har lovgivningsmagten i nogen grad imødekommet den kritik, som fremførtes af *Karsten Engsig Sørensen & Erik Werlauff* i TfR 1991 s. 246 ff. og UfR 1992 B s. 8 ff., hvorefter det må antages at være i strid med etableringsreglerne i art. 43 EF (ex 52), at et dansk moderselskab, men ikke et udenlandsk »moderselskab« har en sådan indløsningsret over for minoriteten i et dansk selskab.
>
> Efter denne opblødning i indløsningsreglerne består der ikke længere noget nationalitetsproblem at behandle i nærværende sammenhæng, idet det uden videre er klart, at den 9/10-aktionær, der ønsker at tvangsindløse (hhv. som mødes med et minoritetskrav om indløsning) naturligvis har den pågældende ret hhv. pligt uafhængigt af sin nationalitet.

Hvad angår det talmæssige og oplysningsmæssige overblik over koncernen som helhed, er der ingen tvivl om, at også udenlandske datterselskaber skal medinddrages under koncernregnskabet. Det er netop ét af koncernregnskabsreglernes væsentligste kendemærker at ville skaffe overblik over en koncern uanset dens grænseoverskridende beskaffenhed. Det koncernregnskab, som det danske moderselskab således udarbejder og fremlægger for sine aktionærer, omfatter også udenlandske datterselskaber.

Også aktionærernes spørgsmålsret på et dansk selskabs generalforsamling omfatter selskabets forhold ikke blot til koncernforbundne selskaber her i landet, jf. AL § 76, stk. 1, sidste led (ApL 1973 § 57, stk. 1, sidste led, ApL nu tavs, men realiteten antagelig uændret), men også til udenlandske koncernselskaber.

Når et datterselskab vælger revisor(er), bør dets generalforsamling »så vidt muligt« vælge mindst én af moderselskabets revisorer, men dels fordi der alene er tale om en bør-regel, dels fordi dansk selskabslovgivning ikke kan binde et udenlandsk selskab i dets egne selskabsretlige forhold (og næppe heller binde et dansk selskab i dets udøvelse af dets selskabsretlige indflydelse i det udenlandske selskab), kan forskriften ikke retligt håndhæves. Den er alene et godt råd til det danske moderselskab.

Revisor i et moderselskab skal ikke blot revidere moderselskabets årsregnskab, men tillige 1) koncernregnskabet og 2) koncernvirksomhedernes indbyrdes regnskabsmæssige forhold, og der kan herved ikke være tvivl om, at også udenlandske dattervirksomheder (ikke blot datterselskaber) herved skal medinddrages i fuldt samme omfang som danske. Her er der netop tale om at fastlægge centrale selskabsretlige pligter i selve det danske selskab.

Når vi herefter vender os til de centrale spørgsmål om koncernselskabernes kapitalforhold, bliver forholdet mere kompliceret. Vi kan roligt holde fast ved det solide udgangspunkt, at beskyttelsen af et dansk selskabs kapital reguleres af dansk selskabslovgivning, og at denne således skal overholdes, uanset hvilken nationalitet en aktionær eller anpartshaver har, og for en række af udbyttebestemmelserne mv. vil det derfor ikke gøre nogen forskel, om et dansk selskab har et dansk eller et udenlandsk moderselskab. Når et moderselskab fx er bundet af udbyttereglen i AL § 110, stk. 2 (tidligere ApL 1973 § 80, stk. 2, ApL nu tavs, hvorefter forskriften må anses for at være ophørt), hvorefter udbyttet i moderselskabet ikke må overstige, hvad der er »forsvarligt« under hensyn til hele koncernens økonomiske stilling, så kan vi få denne regel til at virke »den ene vej«: et dansk moderselskab skal tage sine udenlandske datterselskaber med i betragtning ved sin egen udbyttebeslutning, men vi kan ikke få den til at virke »den anden vej«: vi kan ikke gennem dansk selskabslovgivning pålægge et udenlandsk moderselskab, at det ved sin egen udbyttebeslutning i moderselskabet tager hensyn til den nævnte koncernsolidaritetsregel.

Når forbuddet mod »aktionærlån« i AL § 115, stk. 1 (ApL § 49, stk. 1), gælder både selskabets lån til og sikkerhedsstillelse mv. for selskabets egne og dets moderselskabs aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer og direktører, må det antages, at dét at være aktionær mv. i det danske selskabs udenlandske moderselskab normalt ikke kan antages at falde inden for den her citerede regel, men at et udenlandsk moderselskab, der er etableret hovedsageligt med henblik på at etablere en lånemulighed som den nævnte, alligevel må antages omfattet af forbuddet.

2.2. Hvornår har udenlandske selskaber krav på ligestilling med danske?

Fællesskabsretten har som én af sine helt grundlæggende forskrifter et forbud mod diskrimination på grundlag af nationalitet inden for Traktatens område, jf. art. 12 EF (ex 6). De mange frihedsrettigheder, dvs. grundrettigheder, i form af varernes frie bevægelighed, arbejdskraftens frie bevægelighed, erhvervsdrivendes etableringsret, retten til at præstere tjenesteydelser etc. er konkrete udslag af denne bagvedliggende lighedsgrundsætning. I det følgende skal dens centrale selskabsretlige konsekvenser analyseres.

Det er vigtigt at understrege, at der her er tale om rettigheder, der udspringer direkte (og med direkte virkning) af Traktaten, og som således ikke behøver udmøntes i direktivbestemmelser.

Der henvises til behandlingen af dette emne i kapitel 1. Emnet er underkastet en indgående behandling hos *Erik Werlauff:* EU-selskabsret, kapitel 1.

3. Identifikation mellem koncernselskaber

3.1. Generelt om identifikation

Det tungtvejende udgangspunkt inden for den gren af selskabsretten, der udgøres af koncernretten, er, at det enkelte koncernselskab betragtes som en selvstændig enhed, både i henseende til ret og pligt. Koncernselskaberne hæfter ikke for hinanden, der kan ikke modregnes mellem det ene selskabs tilgodehavender og det andet selskabs gæld, etc. Tilsvarende gælder, at fx virksomhedsoverdragelse fra selskab til selskab inden for en koncern er udtryk for en reel overdragelse, også fx i relation til medarbejderne og deres rettigheder efter overførselsdirektivet 77/187.

Jf. Domstolens dom af 2. december 1999 i sag C-234/98, *Amalgamated Construction*.

Se også *UfR 1985.664 V,* hvor licensafgift blev udløst af produkternes afhændelse til nyt helejet datterselskab, og hvor de to koncernselskaber derfor ikke ansås for at være identiske ad licensaftalen), samt *UfR 1986.697 V,* hvor en chokoladefabrik og dens datterfinansselskab ikke ansås for at være identiske ad omstødelse.

Dette udgangspunkt er dog selvsagt ikke til hinder for, at de enkelte koncernselskaber påtager sig en hæftelse eller en garantistillelse for hinanden. Ofte ses det, at koncernens fælles bankforbindelse forlanger, at hvert enkelt koncernselskab påtager sig kaution for hvert af de øvrige selskabers bankgæld, og at der på forhånd aftales modregningsret mellem de selskabers konti med banken, der er i kredit, og dem, der er i debet, i tilfælde af koncernselskabers konkurs. Sådanne aftaler er som udgangspunkt bindende, idet koncernselskaber – forudsat det er konkret finansierings- og sikkerhedsmæssigt forsvarligt – gerne må give hinanden lån eller stille sikkerhed for hinanden, jf. AL § 115 a, stk. 1. Mellem fx en hovedaktionær og dennes selskaber ville en sådan aftale ikke kunne indgås.

> Hvorvidt den eller de, der tegnede selskaberne ved afgivelsen af kautions- eller modregningserklæringen, har været inhabil hertil pga. interessesammenfald, afgøres efter national selskabsret, og det samme gælder retsfølgerne af eventuel inhabilitet, jf. EF-domstolens afgørelse af 16. december 1997 i sag C-104/96, *Rabobank mod Mediasafe under konkurs*.

Ligesom fx en bank eller anden långiver kan opnå, at koncernselskaber påtager sig kaution mv. for hinanden, kan en bank tilbyde en såkaldt koncernkonto. Dens hovedsigte er at identificere koncernselskaberne med hinanden, således at kun koncernens samlede nettomellemværende med banken forrentes, hvorved koncernen jævnligt kan spare finans- og pantsætningsudgifter. Der er herved tale om en ulovreguleret *cash pooling*, som også må anses for selskabsretligt retmæssig efter AL § 115 a, stk. 1, når der ikke hermed er tilsigtet en omgåelse af forbuddet mod aktionærlån, jf. nærmere *Søren Vandsø Jacobsen & Christian Lindekilde Schmidt* i NTS 2002 s. 451 ff. og *Bernhard Gomard* i Lennart Lynge Andersen (red.): Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten (2004) s. 48 ff. (»Cash pooling og koncernkonto«). Det har i 2002/03 været overvejet, men er indtil videre droppet, at man skulle lovregulere muligheden for en koncernkonto, jf. et forslag om en AL § 115 c herom. Lovforslaget vil imidlertid indføre en retstilstand, der synes mere restriktiv end den nuværende, der baseres på § 115 a, stk. 1, idet lovforslaget kun vil tillade førelse af koncernkonti under iagttagelse af procedurer svarende til fusion.

> Forudsat de mellemregninger, der herved nødvendigvis vil opstå mellem koncernselskaberne, er banken uvedkommende, vil banken have ret til at opgøre det engagement, der opstår gennem en aftale om en koncernkonto, som ét engagement efter bank- og sparrekasselovens regler, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 6. oktober 1997, *Årsberetningen 1997* s. 21.

De tilfælde, hvor der – helt undtagelsesvis – kan være anledning til at gøre undtagelse fra udgangspunktet om særbehandling, er overordnet karakteriseret ved, at flere selskaber fungerer som én virksomhed på tværs af opdelingen i forskellige juridiske personer. Under disse omstændigheder kan der efter en helt konkret vurdering være anledning til at identificere koncernselskaber i én eller flere henseender.

Specifikt i relation til modregning er forholdet udtrykt således af *Bernhard Gomard:* Obligationsret, 3. del, s. 191: »Såfremt flere selskaber hører til samme koncern, ... eller i øvrigt står hinanden nær, opstår spørgsmålet, om de flere juridiske personer i nogle relationer skal behandles

som ét retssubjekt, fordi de udgør en økonomisk enhed ... Der har været rejst spørgsmål, om den økonomiske enhed mellem koncernselskaber burde medføre, at selskaberne hæfter for hinandens gæld, og at der kan ske modregning med krav på ét selskab over for gæld til et andet selskab i koncernen.« *Gomard* besvarer imidlertid selv dette spørgsmål afvisende [samme sted]: »Koncernselskaber hæfter imidlertid ikke for hinandens gæld, og adgang til modregning i sådanne tilfælde er nægtet i *UfR 1959.627 H* og *UfR 1967.48 H.*« De to domme, der citeres, drejer sig dog ikke om egentlige koncernforhold, men om virksomheder, der på anden måde var særligt forbundne med hinanden. I begge sager svarede Højesteret benægtende til muligheden for at statuere gensidighed i relation til modregning.

Særligt *UfR 1967.48 H* – og højesteretsdommer *Jørgen Trolles* kommentar til den i UfR 1967 B s. 89 ff. – er herved af interesse.

> E var entreprenør og murermester. Han drev sin virksomhed som personligt firma. Samtidig drev han sammen med sin bror et I/S, som drev betonvarevirksomhed. Gennem nogle år havde E hos et aktieselskab fået udført entreprenørarbejder. Omvendt købte dette aktieselskab byggematerialer i betonvare-I/S'et. Aktieselskabet trådte i likvidation, og da konkursreglerne uden videre synes anvendt, må der have været tale om insolvenslikvidation (daværende regler). Ved likvidationens indtræden skyldte E penge til aktieselskabet, mens dette havde penge til gode hos hans og broderens betonvare-I/S. Kunne E nu gennem modregning slippe for effektiv indbetaling til boet? Hovedanbringendet var, at der bestod den fornødne gensidighed mellem parterne. Vel måtte E's advokat erkende, at en interessent som hovedregel ikke kan anvende I/S'ets tilgodehavender til modregning i interessentens egen gæld; men E gjorde gældende, at der reelt forelå identitet. Både Østre Landsret og Højesteret sagde nej hertil. Hvad angår identitets-anbringendet stadfæstede Højesteret in terminis. Begrundelsen var, at I/S'et »efter bevisførelsen (findes) at have haft en så selvstændig stilling i forhold til (E's) egen virksomhed, at E ... ikke kan anses som kreditor med hensyn til (I/S'ets) fordring på (aktieselskabet)«. I/S'et bar ikke E's navn. Det havde eget regnskab (naturligvis) og egne lokaler. Bogholderiet udførtes dog fra E's kontor.

Jørgen Trolles kommentar i UfR 1967 B s. 89 ff. rummer tankevækkende identitetsbetragtninger. Særligt i kommentarens s. 90 overvejes det, om der kunne tænkes så nær en forbindelse mellem virksomhederne, at gensidighedsbetingelsen var opfyldt (det kunne der). Men flere gange tilføjer kommentaren, at såfremt der var tale om forskellige aktiesel-

skaber (ikke blot forskellige virksomheder), var spørgsmålet afgjort: I så fald var gensidighedsbetingelsen ikke opfyldt.

Det må ved afgørelsen af identifikation mv. også tages i betragtning, om der ved fx et moderselskabs anvendelse af et datterselskab til bestemte formål er handlet illoyalt i forhold til kreditorer m.fl. Næste skridt kan eventuelt blive at formulere en standard for *god selskabsskik*, jf. *Erik Werlauff* i Festskrift til Birger Stuevold Lassen, i R&R 1997 nr. 6 s. 25 ff. og R&R 1997 nr. 7 s. 30 ff., og *samme*: »Best company practice: A duty of loyalty for the purpose of preventing abuse of powers under company law« i *Scandinavian Studies in law vol. 38 (2000)*, Legal Issues of the Late 1990s.

3.2. Dommerskabt identifikation i Danmark

I et antal tilfælde er domstolene blevet anmodet om at statuere én eller anden form for identifikation mellem koncernforbundne selskaber, hyppigst til skade for disse, men i enkelte tilfælde til disses fordel.

Disse tilfælde kan sammendrages således:

Identifikation til *skade* for selskaberne *afvistes* i blandt andet *UfR 1986.697 V,* hvor en chokoladefabrik og dens datterfinansselskab ikke ansås identiske ad omstødelse (datterfinanskonstruktion), og i *UfR 1997.179 H*, hvor virksomheden og dermed dens fremtidige indtjening blev overdraget til et nyt selskab, mens en retssag om nogle kostbare mangler ved et af selskabet udført staldbyggeri verserede. Det ses af præmisserne (»... ikke fuldt tilstrækkelig anledning til ...«) og af omkostningsophævelsen, at identifikation var yderst nærliggende. Hvis overdragelse fx i rekonstruktionsøjemed sker til et nyt (søster)selskab (Newco) til uangribelige handelsværdier, som også fx indbefatter goodwill, og hvis adskillelsen mellem gammelt selskab og Newco respekteres, vil det gamle selskabs insolvens ikke trække en hæftelse hos Newco med sig, jf. fx Dansk Eternitfabrik A/S' strukturændring i 1994 for at indkapsle de daværende kreditorkrav i det gamle selskab og koncentrere den fremtidige indtjening i Newco.

Afgørelsen kritiseres af *Søren Friis Hansen* i Julebog 1997, Handelshøjskolen i Købehavn, Juridisk Institut, s. 125 ff., hvor det fremhæves, at afgørelsen er et skoleeksempel på de hensyn, der ligger bag den tyske koncernret, og at udfaldet af en tilsvarende sag efter tysk koncernret utvivlsomt ville være blevet det modsatte af udfaldet ved den danske Højesteret, som bygger på den klassiske koncernret.

Identifikation til *skade* for selskaberne (eller andre med tilknytning til dem, fx kreditorer, der havde forladt sig på en formel selskabsopdeling) *statueredes* i *UfR 1977.526 H*, hvor et selskab, der ejedes af samme aktionærkreds, håndpantsatte en båd til sikkerhed for det første selskabs gæld. Da der opstod spørgsmål om omstødelse, var det efter dagældende konkursregler afgørende, om der var tale om sikkerhed for egen eller tredjemands gæld. Højesteret fandt, at der retteligt var tale om omstødelse af pant for egen gæld, og der blev herved lagt vægt på, at der ikke bestod nogen adskillelse mellem selskaberne med hensyn til ledelsen og de økonomiske og regnskabsmæssige forhold. De to selskaber blev »reelt drevet som en enhed«. Også *UfR 1968.766 H* (kommenteret af *H. Schaumburg* i UfR 1969 B s. 116 ff.) er et identifikationseksempel. Her var der udbetalt beløb fra et datterselskab forud for moderselskabets konkurs, og spørgsmålet var, om beløbsmodtagerne kunne støtte ret på udbetalingen, eller om denne reelt måtte anses for at komme fra moderselskabet. Højesteret statuerede identifikation og lagde herved vægt på, at datterselskabet ikke havde nogen aktiekapital eller anden kapital til rådighed, at direktionen var identisk, og at datterselskabet reelt kun havde til formål at administrere moderselskabets indtægter. Identifikation statueredes også i *UfR 1978.880 H,* Inka Print. I sagen havde kreditorerne oprettet et nyt selskab, hvortil ejendomsretten til varelageret blev overført. Varelagerselskabet fandtes reelt at være uden aktivitet, dets hævdede separatiststilling til varelageret, der befandt sig hos det gamle selskab, blev derfor underkendt. Endvidere *UfR 1980.806 V,* Frigor, hvor et datterselskab var oprettet proforma af lønmodtagerhensyn, og hvor der statueredes identifikation. Dernæst *UfR 1996.12 V,* hvor der statueredes identifikation af selskaber med samme direktør i relation til gentagelsesvirkning ved straf efter arbejdsmiljøloven). Endelig – og navnlig – *UfR 1997.1642 H (= TfS 1997.780 H),* Midtfyns Festivalen, hvor der statueredes objektivt »hæftelsesgennembrud« over for et søsterselskab, men ikke over for fysisk hovedanpartshaver, jf. *Erik Werlauff* i TfS 1997, 822, *Børge Dahl & Jørgen Nørgaard* i UfR 2000 B s. 399 ff. samt *Jan Pedersen* i SR-Skat 2002 s. 324 ff., særligt s. 336 ff., men mere kritisk over for hæftelsesgennembrud *Christian Schwarz-Hansen* i NTS 2001 s. 433 ff. *Eva Aaen Skovbo* finder i Advokaten 2004 nr. 1 s. 6 med note 8, at Midtfyndommen bygger på retsøkonomiske teorier, hvilket antagelig i nogen grad er korrekt.

Se også *TfS 1998.153 Ø,* hvor en hovedaktionærs vinding ved indførelsen af den EU-stridige afgift ambi blev modregnet i selskabets krav på tilbagebetaling af ambi, idet de fungerede som én virksomhed, jf.

Erik Werlauff i TfS 1998, 178, samt *TfS 2001.232 H* og *TfS 2001.233 H*, der konkret identificerer en andelshaver (der havde tab på ambien) med andelsselskabet (der havde gevinst på samme). I *TfS 2002.435 Ø* blev der statueret identifikation (her: mellem udlejeren og den lejer, som han undlod at overvælte ambien på), idet udlejeren sammen med sin familie beherskede det selskab, der var komplementar i det K/S, der var lejer, og landsretten fandt, at der forelå »et til identitet grænsende fællesskab« mellem de to. Identifikation mellem en hovedaktionær og dennes selskab statueredes i *UfR 2000.2267 H*, hvor et selskabs erstatningskrav mod en bank i anledning af dennes tabgivende urigtige depoterklæring bortfaldt pga. hovedaktionærens medvirken til det bedrageri, der lå bag depoterklæringen.

Identifikation til *fordel* for selskaberne *afvistes* i *UfR 1985.664 V,* hvor en licensafgift på stolesalg blev udløst, da stolene afhændedes til nyt helejet datterselskab, idet de to koncernselskaber ikke kunne anses for identiske ad licensaftalen.

Identifikation til fordel for selskaberne *statueredes* i *UfR 1994.621 H,* Dagrofa, hvor koncernen (vareleverandøren) blev betragtet som en enhed i relation til omstødelse (spørgsmål om nyt pant for gammel gæld); omstødelse kunne derfor ikke ske. Tænker man sig, at et dansk moderselskab får en fast aftale med fx en svensk køber om leverancer i en periode, og der stilles sikkerhed herfor i form af bankgaranti fra køberens bank, skal det da, hvis køberen bliver insolvent, og det viser sig, at ikke moderselskabet selv, men dets svenske datterselskab leverede og fakturerede, medføre bankgarantiens bortfald, eller kan denne fortolkes således, at også leverancer, som moderselskabet foretog gennem koncernselskabet, omfattes af garantien? Hvis banken var bekendt med og stiltiende accepterede ændringen, må allerede dette føre til, at garantien kan gøres gældende, men også selv om dette ikke var tilfældet, må det antages, at datterselskabets leverancer kan indfortolkes i garantien, når det var en formssag, hvilket koncernselskab der leverede og fakturerede, og når risikoen (som jo er relateret til køberens kapitalstyrke) ikke herved blev forøget.

Det vil ses, at identifikation mellem koncernselskaber i ganske specifikke sammenhænge ikke på forhånd er udelukket, selv om der ikke findes lovbestemmelser derom, men fælles for disse tilfælde er, at der skal være en meget tungtvejende begrundelse derfor. Det skal normalt være således, at koncernen som helhed ellers i bestemte henseender kan omgå visse forpligtelser (aftalemæssige, erstatningsretlige mv.).

Muligheden for hæftelsesgennembrud og identifikation inden for miljøretten, dvs. ved forurenede grunde mv., drøftes af *Thomas Bøgholm Hansen* i Justitia 2000 nr. 1, særligt s. 34 ff., men forfatteren er tilbageholdende med at gå videre, end hvad den almindelige, culpabaserede erstatningsregel kan føre til, dvs. et ansvar, hvor der har fundet en »retsstridig udnyttelse af selskabskonstruktioner« sted. Det er dog et spørgsmål, om der ikke vil kunne statueres identifikation i et noget videre omfang. Både amerikansk, tysk og til dels også svensk ret har angrebet spørgsmålet jord- eller miljøretligt og herved skabt hjemmel til et hæftelsesgennembrud over for »forureneren bag forureneren«, jf. *Holger Fleischer & Martin Empt* i ZIP 2000 s. 905 ff. og *Kristina Forsbacka* i SvJT 2000 s. 905 ff.

3.3. Dommerskabt identifikation i EU-retten

Et interessant aspekt af den manglende regulering af koncernretten er, at EF-domstolen rent faktisk foretager en dommerskabt udvikling af koncernretten, om end alene på enkelte områder, der til gengæld er ganske centrale. Ét af koncernrettens helt centrale spørgsmål, som nationale og/eller fællesskabsretlige koncernforskrifter burde tage stilling til, er, i hvilket omfang koncernen har ret eller eventuelt pligt til at lade sig underkaste en enhedsbetragtning, hvorved den flerhed af juridiske personer, hvoraf koncernen består, betragtes under ét i henseende til ret og pligt. Koncernrettens centrale område er netop valget i et antal situationer mellem en enheds- og en flerhedsbetragtning, m.a.o. valget mellem særbehandling og sambehandling af koncernens juridiske personer.

Domstolen har på dette område vist en fleksibilitet og udviklingsvilje, som knapt nok ses hos de nationale lovgivere. Der skal her blot nævnes enkelte eksempler på denne udvikling.

De tilfælde, hvor der kan være anledning til at gøre undtagelse fra udgangspunktet om særbehandling, er overordnet karakteriseret ved, at flere selskaber fungerer som én virksomhed på tværs af opdelingen i forskellige juridiske personer. Under disse omstændigheder kan der efter en helt konkret vurdering være anledning til at identificere koncernselskaber i én eller flere henseender. Den linje, der kan spores i Domstolens afgørelser vedrørende forskellige aspekter af koncernforholdet, peger da også i denne retning.

I relation til EU's udbudsregler har Domstolen statueret, at når et moderselskab afgiver tilbud på en offentlig opgave og herved skal dokumentere sagkundskab og erfaring inden for det pågældende område (fx

bygge- og anlægsopgaver), kan moderselskabet herved også tage den sagkundskab, som ikke moderselskabet selv, men ét eller flere af dets datterselskaber besidder, med i betragtning.

Jf. EF-domstolens afgørelse af 14. april 1994 i sag C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, forudsat det godtgøres, at moderselskabet »reelt disponerer over datterselskabernes sagkundskab.«

Dommen er undergivet uddybende – vel nærmest stærkt indskrænkende – fortolkning ved dom af 18. december 1997, sag C-5/97, samme parter. Det er særligt herigennem, det blev præciseret, at moderselskabet ikke automatisk kan tage datterselskabernes ekspertise i betragtning, men skal bevise reelt at disponere over den.

Den sagkundskab mv., som et budgivende selskab henviser til med henblik på anerkendelse som budgiver under en udbudsprocedure, kan således efter omstændighederne være placeret hos et andet selskab i koncernen, forudsat budgiveren dokumenterer at råde over den pågældende sagkundskab.

Jf. Domstolens dom af 2. december 1999 i sag C-176/98, *Holst Italia SpA (Ruhrwasser)*, hvor det tyske selskab Ruhrwasser AG som nystiftet selskab ikke selv besad sagkundskaben, men henviste til den sagkundskab, der befandt sig hos ét af seks offentlige organer, der i fællesskab havde stiftet selskabet, dvs. en sagkundskab på »moderselskabsniveau.«

I relation til EU's konkurrenceregler har Domstolen, hvor en konkurrent klagede over konkurrenceforvridende aftaler og praksis hos en koncern, betragtet flere selskaber, der helt fungerede som én virksomhed, som en virksomhed i konkurrencereglernes forstand, jf. dom af 24. oktober 1996 i sag C-73/95-P, *Parker*, der fastslår, at når datterselskaberne er helt »ensrettet« med moderselskabet i deres handlemåde, udgør de og moderselskabet én virksomhed i konkurrencereglernes (kartelreglernes) forstand. Heraf følger, at koncernens handlemåde (fx samstemt prispraksis) ikke udgør en konkurrenceforvridende aftale eller praksis mellem virksomheder – al den stund der ikke er tale om virksomhed*er*, men om én virksomhed, uanset den formelle opdeling på et antal selskaber. Den *Economic Unit Theory*, der bærer blandt andet Parkerdommen, behandles af *Jens Fejø* i »Festskrift til Bernhard Gomard« (2001) s. 99 ff.

I relation til EU's tv-direktiv har Domstolen statueret, at en tv-koncern er hjemmehørende og dermed reguleret af tv-lovgivningen i den stat, hvor centrum for dets aktivitet befinder sig (med programlægning mv.). Herved identificerer Domstolen således uden videre samtlige koncernens selskaber og betragter dem som én virksomhed, uanset om tv-

virksomheden formelt er fordelt på et antal selskaber i forskellige lande. Reelt betragtes det enkelte datterselskab derfor som en filial, og i denne forbindelse er afgørelsen bemærkelsesværdig.

> Se nærmere Domstolens afgørelse af 10. september 1996 i sagen C-222/94, *Kommissionen mod Storbritannien*.

Et fællestræk ved de citerede afgørelser er, at Domstolen under visse omstændigheder er indstillet på at se bort fra det formelle forhold, at koncernen består af et antal separate selskaber. Det er vanskeligt at give et helt dækkende billede af de betingelser, der skal være opfyldt, for at Domstolen vil acceptere denne identifikation, men et fællestræk synes at være, at opdelingen på forskellige selskaber skal være en formalitet, idet selskaberne fungerer som én virksomhed, skønt de formelt består af forskellige juridiske personer. Under denne betingelse kan der ske identifikation – oftest til fordel for koncernen (udbudssagerne, konkurrencesagen, tv-sagen). Denne praksis er dog udtryk for en helt konkret vurdering i ganske bestemte henseender. Der er under ingen omstændigheder tale om, at Domstolen mere bredt identificerer koncernens selskaber, og der ses ikke at have foreligget tilfælde, hvor der direkte eller indirekte skulle tages stilling til egentlig hæftelse, modregning mv.

> Denne antagelse – at det er virksomheden, der er det afgørende element på tværs af den formelle opdeling i juridiske enheder – bestyrkes også af nogle momsretlige afgørelser fra Domstolen, hvor denne ikke har været villig til at tillade identifikation til koncernens fordel mellem et inaktivt holdingselskab og dets datterselskaber, som drev virksomheden. Se således EF-domstolens afgørelse af 20. juni 1991, sag C-60/90, *Polysar*, hvor der var tale om fortolkning af art. 4 i 6. momsdirektiv. Et holdingselskab, hvis formål alene var at deltage i andre virksomheder uden direkte eller indirekte at gribe ind i dem, bortset fra udøvelse af almindelige aktionærrettigheder, var ikke momspligtigt og havde derfor ikke ret til fradrag efter direktivets art. 17. Det gjorde ingen forskel, at selskabet tilhørte en koncern, der udadtil fremtrådte under et enkelt navn.

Man kan måske som en lakmusprøve på, om der er tale om én virksomhed og således foreligger grundlag for identifikation, efterprøve, om det pågældende selskab ville kunne sælges separat til fremmede, således at disse meningsfyldt kunne drive selskabet isoleret, og restkoncernen meningsfyldt kunne klare sig uden det frasolgte selskab.

Kapitel 4

EU's og OECD's koncernskatteregler (1): Forebyggelse af dobbeltbeskatning

1. EU-rettens ligebehandlingsprincip: valgfriheden mellem datterselskab, filial og repræsentant

Skatteharmoniseringen inden for EU er endnu kun sporadisk udviklet. Den direkte harmonisering sker hovedsageligt ved udstedelse af sekundære retsakter i form af direktiver, jf. således fusionsskattedirektivet 90/434, moder-/datterselskabsdirektivet 90/435 og royalty- og rentedirektivet 2003/49, samt i et enkelt tilfælde i form af en multilateral konvention, jf. voldgiftskonventionen 90/436

Ved en direkte skatteharmonisering forstås, at der sker en egentlig harmonisering, idet direktiverne efter implementeringen i national ret skaber en fælles beskatningsordning, der er gældende for alle medlemsstaterne.

Den primære fællesskabsret regulerer ikke umiddelbart den direkte beskatning, men EF-domstolen har flere gange udtalt, at medlemsstaterne ved indretningen af deres skattesystemer ikke må diskriminere mellem inden- og udenlandske skatteydere, jf. hertil EF-traktatens art. 12 EF. Desuden indeholder traktatens bestemmelser om »de frie bevægeligheder« (EU-rettens »frihedsrettigheder«) et sådant restriktionsforbud.

Den primære fællesskabsret griber ikke direkte ind i de enkelte medlemsstaters kompetence til at indrette deres beskatningssystem, men

betinger, at medlemsstaternes beskatningsordning ikke diskriminerer udenlandske foretagender i forhold til indenlandske.

En af de mest betydningsfulde frihedsrettigheder er retten til at vælge den etableringsform, man finder bedst egnet. EF-traktatens art. 43 sammenholdt med art. 48 sikrer, at et EU-selskab frit kan foretage en sekundær etablering i en anden medlemsstat i form af stiftelse af et datterselskab, oprettelse af en filial eller et repræsentationskontor.

Etableringsstaten er således ikke fællesskabsretligt berettiget til ved indretningen af deres skattesystem at påvirke, hvilken etableringsform et selskab skal vælge. Et standpunkt om, at man blot kan drive ens virksomhed gennem et datterselskab i stedet for gennem en filial, hvis datterselskabsformen nyder nogle skattemæssige begunstigelser i forhold til filialen, er således ikke et standpunkt, der kan opretholdes fællesskabsretligt, jf. restriktionsforbuddet i art. 43.

Dette blev allerede statueret i sagen *Kommissionen mod Frankrig, C-270/83 (avoir fiscal dommen.)* De franske skatteregler var indrettet således, at et selskab blev beskattet af sin indkomst med 50%. Den udbyttemodtagende juridiske eller fysiske person blev ligeledes beskattet med 50% af udbyttet. For at undgå dobbeltbeskatning kunne den udbyttemodtagende person fratrække en skattegodtgørelse, der svarede til halvdelen af de skattebeløb, selskabet faktisk udbetalte. Skattegodtgørelsen kunne kun ydes personer og selskaber, som havde faktisk bopæl eller hjemsted i Frankrig. Filialer af udenlandske selskaber kunne således ikke fradrage denne skattegodtgørelse. Dette fandt kommissionen var fællesskabsstridigt, idet dette reelt medførte en forskellig behandling af inden- og udenlandske foretagender. Denne forskelsbehandling medførte, at det var mere gunstigt at etablere et datterselskab end en filial, hvilket var i strid med princippet i art. 43. Frankrigs hovedanbringende for, at ordningen kunne opretholdes, var, at et datterselskab og en filial ikke var i en objektiv sammenlignelig situation. Det var med andre ord deres opfattelse, at det var fuldt legalt at sondre mellem hjemmehørende og ikke hjemmehørende selskaber – også selv om det medførte en forskellig behandling i visse situationer. Domstolen tiltrådte kommissionens anbringende, idet et datterselskab og en filial i dette tilfælde var i en sammenlignelig situation, og idet den manglende skattegodtgørelse havde som resultat, at det var mere gunstigt at stifte et datterselskab end en filial, hvilket ikke var i overensstemmelse med kravet om ligebehandling mellem disse retsformer.

Scenen er således sat: Hvis et datterselskab og en filial opgøre indkomsten efter samme metode, kan man ikke påberåbe datterselskabets

og filialens forskellige skattemæssige status som begrundelse for en uens skattemæssig behandling, jf. også *Royal Bank of Scotland, C-311/97*. Domstolen bemærkede i præmis 29, at sondringen mellem ubegrænsede og begrænsede skattepligtige ikke alene kunne begrunde, at et datterselskab og en filial var i en sådan objektiv forskellig situation, at dette kun retfærdiggøre en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Da indkomstopgørelsen for såvel datterselskabet som filialen fulgte de samme principper, kunne en forskellig skattesats således ikke fællesskabsretligt retfærdiggøres.

Denne linje er fulgt op i senere domstolspraksis:

I *Commerzbank AG, C-330/91,* var de faktiske omstændigheder følgende: Commerzbank AG var et tysk selskab, der havde en filial i England, gennem hvilken den mellem 1973 og 1976 ydede lån til en række amerikanske selskaber. Af de renter, Commerzbank modtog fra disse selskaber, betalte den en engelsk skat på ca. £ 4.2 millioner. Commerzbank rejste et tilbagebetalingskrav mod de engelske skattemyndigheder, idet der i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem England og USA ikke var hjemmel til at beskatte en filial af denne renteindkomst. Hvis det i stedet havde været et datterselskab, var der hjemmel til beskatning. Udover tilbagebetalingen havde skatteyderen et krav på en tillægsydelse i form af et rentekrav for den forsinkede betaling. Denne tillægsydelse tilkom kun selskaber, der havde hjemsted i England. Da Commerzbank havde hjemsted i Tyskland, nægtede de engelske skattemyndigheder at udbetale tillægsydelsen. Det præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen var, om det var i strid med etableringsreglerne at præstere en sådan tillægsydelse til selskaber, der havde hjemsted i England, hvorimod selskaber, der havde hjemsted uden for England, ikke havde ret til en sådan tillægsydelse. I bedømmelsen skulle Domstolen tillige tage stilling til, om det havde betydning, at tilbagebetalingskravet alene var forårsaget af, at selskabet netop ikke havde hjemsted i England. Domstolen svarede, at der forelå en forskelsbehandling, der var i strid med art. 43 og 48, og at denne forskelsbehandling ikke kunne retfærdiggøres af, at et ikke-hjemmehørende selskab nød andre fordele, herunder skattefritagelse som i denne sag.

En forskelsbehandling af et datterselskab og en filial kan ikke på den måde retfærdiggøres af andre fordele, der tilkommer den forskelsbehandlede. Forskelsbehandlingen kan med andre ord kun retfærdiggøres, hvis medlemsstaten konkret kan begrunde selve forskelsbehandlingens fællesskabsretlige lovmæssighed.

Ligebehandlingen mellem datterselskabet og filialen er et tungtvejende fællesskabsretligt princip. Det er således ubestridt, at princippet skal iagttages ved udformningen af national lovgivning. Domstolspraksis viser imidlertid også, at princippet skal iagttages i henhold til den overenskomstbeskyttelse, der kan opnås via dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. *Fred. C. de Hosson* i Intertax, Volume 31, Issue 12, p. 482 f.

Dette kan udledes af *Saint-Gobain, C-307/97.* Saint-Gobain var et fransk hjemmehørende selskab, som havde en filial i Tyskland. Filialen ejede kapitalandele i selskaber i tredjelande. Baggrunden for sagen var, at de tyske skattemyndigheder nægtede at indrømme filialen nogle skattemæssige fordele vedrørende beskatning af udbytte af kapitalandele i udenlandske kapitalselskaber, idet disse fordele var forbeholdt selskaber, der var ubegrænset skattepligtige i Tyskland. Disse fordele bestod bl.a. i lempelse efter nationale regler og lempelse efter dobbeltbeskatningsoverenskomster med de pågældende tredjelande. Domstolen fandt, at det forhold, at en filial ikke havde samme fordele, som hvis det var et datterselskab, medførte, at ligebehandlingsprincippet i traktatens art. 43 og 48 var overtrådt. Den tyske regering havde ellers anført, at et datterselskab og en filial ikke var i en objektiv sammenlignelig situation, da et datterselskab var ubegrænset skattepligtig, hvorimod en filial var begrænset skattepligtig. Domstolen bemærkede, at den forskellige skattemæssig status ikke havde betydning i dette tilfælde, idet den forskellige behandling ikke var begrundet i forskellen mellem ubegrænset og begrænset skattepligt. Den tyske regering gjorde endvidere gældende, at den pågældende ordning var indført for at imødegå et provenutab, der ville opstå som følge af filialens anderledes skattemæssig status. Hertil bemærkede Domstolen kort, at provenutab ikke hører til en af de hensyn, der er beskyttet efter traktatens art. 46, eller som udgør en tvingende almen interesse. Der blev tillige gjort gældende, at en filial havde andre skattemæssige fordele, som et datterselskab ikke var berettiget til. Dertil bemærkede Domstolen, at en forskelsbehandling ikke kunne retfærdiggøres i det forhold, at der tilkom en filial andre fordele. Om EU-rettens forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster anførte den tyske og den svenske regering, at dels havde en medlemsstat enekompetencen til indgå en sådan overenskomst, og at dels vil et EU-retligt indgreb medføre, at kontraktbalancen mellem overenskomststaterne vil blive forrykket. Hertil svarede Domstolen, at medlemsstaterne havde kompetencen til at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster, men at denne kompetence ikke kunne udøves i strid med den primære fællesskabsret.

Om forrykkelsen i overenskomstbalancen bemærkede Domstolen, at det forhold, at en medlemsstat ensidigt udvidede den personelle anvendelsesområde, ikke udvidede den anden overenskomstparts forpligtelser. Dette argument blev derfor også tilsidesat af Domstolen.

Slagordsagtigt kan man derfor anføre, at de rettigheder et datterselskab har, har en filial også. Det skal dog fremhæves, at domstolspraksis endnu ikke giver et entydigt billede af, hvornår forskellen mellem et datterselskabs og en filials skattemæssig status medfører, at man må fravige udgangspunktet. Det vil sige en besvarelse af spørgsmålet: Hvornår er et datterselskab og en filial ikke i en objektiv sammenlignelig situation?

Etableringsfriheden har også en anden dimension end ligebehandlingen af et datterselskab og en filial. Denne fordrer naturligvis også, at et datterselskab, der er etableret på en medlemsstats område, ikke må behandles forskelligt alt efter, om moderselskabet er hjemmehørende i eller uden for dens område, dvs. et krav om, at etableringsstaten behandler ligestillede inden- og udenlandske selskaber lige.

Dette er bl.a. understreget i *Lankhorst-Hohorst GmbH, C-324/00.* Sagen handlede om et tysk datterselskab af et nederlandsk moderselskab, som havde lånt penge fra det ultimative moderselskab i koncernen. Dette var tillige beliggende i Holland. I forbindelse med datterselskabets rekonstruktion præsterede det ultimative moderselskab et lån til datteren, der var øremærket til at indfri et dyrere pengeinstitutlån. Lånet var præsteret på armslængdevilkår. Lånet blev efter de tyske regler kvalificeret som tynd kapitalisering, hvilket medførte, at renteudgifterne blev omkvalificeret til udbytte. De tyske regler hjemlede en armslængdetest svarende til den danske. Det kunne imidlertid ikke bevises, at en tredjemand ville have ydet et lån på identiske vilkår, dvs. et lavt forrentet lån, hvor långiveren samtidig udstedte en tilbagetrædelseserklæring. De tyske tynd kapitaliseringsregler var udformet således, at retsfølgerne indtrådte, når gælden i forhold til egenkapitalen var over 3:1, og når moderselskabet var et selskab, der ikke var berettiget til skattegodtgørelse. Sidstnævnte led omfattede hovedsageligt udenlandske foretagender, hvis man så bort fra få tyske skattefrie institutioner. Den tyske regering havde under sagen oplyst, at datterselskaber, hvor et tysk moderselskab havde afgivet en tilbagetrædelseserklæring, også fik omkvalificeret deres renteudgifter til udbytte. Dette særlige forhold ændrede imidlertid ikke på spørgsmålet, om de tyske tynd kapitaliseringsregler var fællesskabsstridige. EF-domstolen fandt, at da reglerne hovedsageligt ramte tyske datterselskaber med udenlandske moderselskaber, udgjorde de en restriktion i etableringsfriheden, idet det var

mindre fordelagtigt for et udenlandsk end et indenlandsk moderselskab at etablere et datterselskab i Tyskland. Under sagen blev der gjort tre forhold gældende, der skulle bevise, at reglerne havde et fællesskabsretligt lovligt formål. De tre forhold var: (1) Skatteunddragelse, (2) sammenhængen i beskatningsordningen og (3) effektiv skattekontrol. Om det første punkt bemærkede EF-domstolen indledningsvist, at et lavere skatteprovenu ikke hørte til de hensyn, der kunne begrunde en sådan foranstaltning. De tyske tynd kapitaliseringsregler fandtes heller ikke at kunne sikre mod konkret skatteunddragelse, idet reglerne var abstrakt præventive, dvs. de fandt anvendelse på ethvert låneforhold, der var præsteret af et udenlandsk moderselskab, uanset af hvilken grund lånet var præsteret. Det andet anbringende blev tillige tilsidesat, idet hensynet til at opretholde sammenhængen i beskatningsordningen kun kunne påberåbes, når der bestod en direkte sammenhæng mellem den skattemæssige fordel, der indrømmes en skattepligtig og beskatningen af den samme skattepligtige. I den foreliggende sag bestod der ikke en sådan sammenhæng. Det tredje anbringende blev tilsidesat allerede af den grund, at der intet var fremført til støtte for, at tynd kapitaliseringsreglerne skulle sikre en mere effektiv skattekontrol. Afgørelsen er kommenteret af *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i SU 2003.1, *samme* i EC tax review 2003/2, p. 97 ff., og *Jakob Bundgaard* og *Jeppe Rune Stokholm* i SU 2003.2. Se tillige *Andreas Körner* i Intertax, Volume 31, Issue 4, p. 162 ff.

Spørgsmålet er, om ikke hovedparten af de danske anti-udnyttelsesregler har et anstrengt forhold til fællesskabsretten. *Jeppe Rune Stokholm*: Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2003, s. 293-309, analyserer dette spørgsmål i forhold til 1) CFC-beskatning, 2) transfer pricing reglerne, 3) tynd kapitalisering og 4) flytning af ledelsens sæde. Forfatteren finder med rette, at disse regler har et anstrengt forhold til EU-retten, idet de finder anvendelse med en hvis automatik, dvs. uden at der foreligger en helt konkret prøvelse af, hvorvidt det er et rent kunstigt skattearrangement. For en tilsvarende holdning, se *Andreas Körner* i Intertax, Volume 31, Issue 4, p. 162 ff., *Daniel Gutmann* og *Luc Hinnekens*: EC tax review 2003/2, s. 90 ff. og *Michael Kirkegaard Nielsen* og *Sara Stentz Ludvigsen* i S.U. 2003.384. Modsat *Christen Amby* i S.U. 2003.219 angående CFC-beskatning. EU-retten accepterer national lovgivning, der ud fra almene hensyn beskytter egentlig skatteunddragelse, hvis anti-udnyttelsesreglen varetager dette hensyn, og hvis varetagelsen ikke kan foretages med et mindre indgribende middel (proportionalitet.), jf. hertil *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i S.U.

2003.354, hvor forfatterne på grundlag af disse hensyn rent tentativt forsøger at udforme en ny tynd kapitaliseringsregel.

Det må antages, at spørgsmålet vil blive hyppigere vendt, når lande som Litauen og Ungarn med en selskabsskatteprocent på henholdsvis 15% og 18% optages i EU fra den 01.05.2004.

2. Årsager til dobbeltbeskatning og dobbeltbeskatningsoverenskomsternes funktion

Dobbeltbeskatning opstår, idet én og samme fysiske eller juridiske person beskattes af samme indkomst såvel i domicilstaten som i kildestaten. Denne form for dobbeltbeskatning kommer af, at Danmark – ligesom mange andre stater – anvender globalindkomstprincippet, jf. ordlyden i SL § 4 »… hvad enten de hidrører her fra landet eller ikke …« Det betyder, at et dansk hjemmehørende selskab beskattes af såvel den indkomst det tjener i som uden for Danmark. Da den kildestat, hvor den udenlandske indkomst indtjenes, tillige kan beskatte den samme indkomst, opstår dobbeltbeskatningen. Denne kan kun ophæves med hjemmel i enten en intern lempelsesregel, jf. fx LL § 33, eller med hjemmel i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. *Dette betegnes som den* juridiske dobbeltbeskatning*, og det er denne, som de mange dobbeltbeskatningsoverenskomster dæmmer op for.*

Økonomisk dobbeltbeskatning er derimod udtryk for, at den samme indkomst beskattes hos forskellige personer. Denne problemstilling falder uden for dobbeltbeskatningsoverenskomsternes område. Et klassisk eksempel herpå er, når en overenskomststat kvalificerer et kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt (fx Sverige), og en anden overenskomststat (fx Danmark) betragter det som et ikke-selvstændigt skattesubjekt, dvs. det er transparent, og det er dermed de enkelte deltagere, der selvstændigt beskattes. Det er således den forskellige subjektskvalifikation, der medfører, at der ikke kan opnås lempelse efter en DBO. Det er dog i *TfS 2002.913 LR* statueret, at LL § 33 hjemler ret til lempelse i den situation, hvor den anden stat kvalificerer et kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt, og hvor Danmark fastholder, at det er et ikke-selvstændigt skattesubjekt. Afgørelsen er kommenteret af *Anders Oreby Hansen* i S.U. 2003.113.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster finder anvendelse på de fysiske og juridiske personer, der er hjemmehørende i én af eller begge de kontraherende stater, jf. MDBO'ens art. 1. Det betyder omvendt, at fx

en bankfilial af et udenlandsk bankselskab, der præsterer et lån til et tredjeland, ikke kan opnå lempelse i henhold til DBO'en mellem Danmark og tredjelandet, jf. TfS 1994.302 LR. Det skal dog erindres, at EF-domstolen med afgørelsen i Saint-Gobain, C-307/97, har fundet, at ligebehandlingen af fx en filial og et datterselskab i henhold til traktatens art. 43 og 48 også skal have virkning på dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette har reelt medført, at dobbeltbeskatningsoverenskomsternes personelle anvendelsesområde via EU-retten er væsentligt udvidet.

Overenskomsterne finder typisk kun anvendelse på de *direkte skatter*, dvs. for selskaber er det selskabsskatten, der er omfattet af direktivet. En »skat,« der ikke er omfattet af en overenskomst, kan således ikke lempes efter denne. Dette er sædvanligvis nærmere reguleret i DBO'ens art. 2.

Fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster tager udgangspunkt i selve overenskomstens ordlyd, dvs. hvis et begreb er defineret i overenskomsten, skal denne forståelse af begrebet lægges til grund. Hvis overenskomsten ikke tydeligt fastlægger forståelsen af et begreb, er det i dansk og international skatteretspraksis almindeligt at inddrage kommentarerne til modeloverenskomsten, jf. fx *TfS 1993.7 H, Texaco.* Dette må anses for naturligt, idet hovedparten af de danske overenskomster er modelleret over modeloverenskomsten. Modeloverenskomsten er imidlertid ikke udarbejdet af lovgiver, men af embedsmænd repræsenteret fra adskillige OECD-stater, og en senere ændring af kommentarerne til modeloverenskomsten kan derfor ikke væsentligt ændre fortolkningen af en allerede indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst. Senere ændringer kan kun inddrages, hvis det er præciseringer af hidtidig gældende ret, jf. også *norsk Højesteretsdom af 2004-06-08, PGS Geophysical AS*, hvor domstolen fandt, at ændringerne til kommentarerne til art. 5 om fast driftsstedsbegrebet kun være af præciserende art, hvorfor kommentarerne til modeloverenskomsten for 2003 kunne anvendes til fortolkning af fast driftsstedsbegrebet, som det var implementeret ved en overenskomst fra 1978. Det er således kommentaren til modeloverenskomsten, der var gældende på det tidspunkt, hvor dobbeltbeskatningsaftalen indgås og implementeres i national ret, der skal lægges til grund, hvis kommentarerne har ændret sig væsentligt fra implementeringstidspunktet. Dette betegnes oftest som en statisk-fortolkningsmetode. Årsagen til, at senere ændringer i kommentarerne til modeloverenskomsten ikke kan ændre en allerede indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, er, at det kun er lovgiver (og ikke embedsmænd), der har kompetencen til at ændre dobbeltbeskatningsoverenskomsten, jf. at alle dobbeltbe-

skatningsoverenskomster skal implementeres i national for at være gældende. Hvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten anvender et begreb, der hverken er defineret i overenskomstens ordlyd eller i kommentaren til modeloverenskomsten, da fortolkes begrebet i overensstemmelse med anvenderstatens nationale ret. Fortolkningstvivl, der indbringes for danske domstole, fortolkes således efter intern dansk skatteret. Det er lovgivningen på tidspunktet, hvor sagen indbringes for domstolene, der lægges til grund for fortolkning. Det er således ikke lovgivningen på tidspunktet, hvor overenskomsten blev indgået, der lægges til grund. I dette tilfælde anvendes således en dynamisk fortolkningsmetode, hvilket heller ikke er betænkeligt, idet lovgiver legitimerer de nye lovændringer. I pkt. 11 til kommentaren til art. 3 i modeloverenskomsten anføres det også, at det er den dynamiske fortolkningsmetode, der skal lægges til grund. Der kan i øvrigt henvises til *Aage Michelsen* i Festskrift til Ole Bjørn.

DBO'ernes funktion er dels at dele beskatningsretten mellem overenskomststaterne og dels at sørge for, at skatteyderen ikke dobbeltbeskattes.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er implementeret som lov i dansk ret, kan ikke selvstændigt udgøre en beskatningshjemmel. En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan kun lempe en beskatning. En disposition er således altid skattefri, hvis der ikke er intern beskatningshjemmel.

At en DBO ikke hjemler ret til selvstændig beskatning, men kun kan lempe indtruffen beskatning efter interne regler, fremgår tydeligt af motiverne til L 945 af 23/11/1994:

»Dobbeltbeskatningsoverenskomster har til formål at lempe sådan international dobbeltbeskatning. En overenskomst, som Danmark har indgået, medfører derfor, at de skatteregler, som folketinget har vedtaget, sættes ud af kraft i det omfang, det er nødvendigt, for at Danmark kan overholde overenskomsten. Dette gælder både for de skatteregler, som er vedtaget inden undertegnelsen af en overenskomst, og de skatteregler, som vedtages efter undertegnelsen. En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan derimod ikke skærpe beskatningen i forhold til den generelle skattelovgivning. Folketingsgodkendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster ved lov skal ikke medføre ændringer heri. En dansk overenskomst kan fortsat ikke danne hjemmel for dansk beskatning i tilfælde, hvor der ikke er hjemmel til beskatning i skattelovgivningen.« [min fremhævelse.]

Selskabsskatteretligt er det således ikke muligt at kildebeskatte en renteindkomst eller en kursgevinst, hvis den ikke kan kildebeskattes

efter SEL § 2, stk. 1, litra d. At en overenskomst eventuelt giver kildestaten ret til at indeholde 10%, ændrer ikke på denne skattefrihed. Royalties, som et dansk selskab betaler til et udenlandsk foretagende, kan derimod beskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra g med 30%. Efter modeloverenskomsten er hovedreglen imidlertid, at kildestaten har givet afkald på sin beskatningsret. Danmark kan som kildestat derfor ikke beskatte disse royalties, idet der over for den anden overenskomststat er givet et kildelandsafkald.

Dette betegnes almindeligvis som den *gyldne regel,* og den er her præsenteret i en »light« udgave, idet der i ingen af disse to eksempler opstod dobbeltbeskatning. Dispositionerne var skattefrie i Danmark, idet der enten ikke var intern beskatningshjemmel, eller fordi Danmark som kildestat havde givet afkald på beskatningsretten i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Dobbeltbeskatning opstår først, når såvel domicilstaten som kildestaten beskatter den samme indkomst. Dette kan eksempelvis forekomme, når et dansk selskab har et fast driftssted i udlandet, og det er med udgangspunkt i et sådant scenario, at lempelsesreglerne vil blive anskueliggjort:

Antag, at en filial tjener 100 kr. Dette beløb skal beskattes såvel i Danmark, jf. globalindkomstprincippet som i filialstaten, hvor den gennemsnitlige skatteprocent er 26%. Det betyder, at selskabet af den samme indkomst skal betale 30 kr. i dansk skat og 26 kr. i udenlandsk skat, dvs. en samlet skattebyrde på 56 kr. Dette er selvfølgelig uacceptabelt, og spørgsmålet er derfor, hvilken stat – domicilstaten eller kildestaten – der skal lempe, og hvordan lempelsen skal foretages.

Art. 23 A (eksemptionsmetode) og art. 23 B (creditmetode) regulerer alene den lempelse, der skal foretages i domicilstaten. Artiklerne omhandler således alene domicilstaten og foreskriver ikke, hvordan kildestaten skal forholde sig.

De lempelsesmetoder, der sædvanligvis findes inden for selskabsskatteretten, er: fuld eksemption, eksemption med progressionsforbehold, fuld credit, ordinær credit og matching credit. Man skal dog som altid konsultere den konkrete DBO.

Hvis *eksemptionsprincippet* efter MDBO'ens art. 23 A finder anvendelse, beskatter domicilstaten ikke den indkomst, som i henhold til overenskomsten kan beskattes i kildestaten. Det betyder, at det er selve den udenlandske indkomst, der er indtjent fra en eksemptionsstat, der udholdes fra den danske indkomstopgørelse. Tages eksemplet oven for i betragtning, indgår de 100 kr. således ikke i den danske ind-

komstopgørelse. Dette betegnes som *fuld eksemption*. I visse DBO'er anvendes *eksemptionlempelse med progressionsforbehold*. Efter dette princip indgår en kildeindkomst i skatteberegningen, hvorved denne får progressionsvirkning. Lempelsen sker ved, at skatten reduceres med det forhold, som kildeindkomsten udgør af globalindkomsten. Udgør kildeindkomsten således ¼, nedsættes selskabsskatten med denne brøkdel. Da den danske selskabsskatteprocent er proportional, har denne form for eksemptionlempelse ingen betydning for et dansk selskab.

Ved anvendelse af *creditprincippet* beregner domicilstaten sin skat på grundlag af skatteyderens samlede globalindkomst, dvs. skatteyderens samlede indtægter fra såvel ind- som udland. Creditten består i at modregne kildeskatten i globalskatten. Danmark har inden for de sidste 25 år arbejdet for at få credit-overenskomster, og dette er lykkes til fulde. Det er alene følgende fire overenskomster, der alle er over 25 år, som endnu ikke er credit-overenskomster, jf. S.U. 2005.6: 1) Frankrig, 2) Østrig, 3) Israel, 4) Brasilien og 5) Malaysia. Indgåelse af credit-overenskomster i stedet for eksemption-overenskomster har den fordel, at skatteudnyttelsesmulighederne mindskes, idet fx dobbelt ikkebeskatning er vanskeligere at konstruere, eftersom hvis kildestaten ikke beskatter, så beskatter domicilstaten fuldt ud, jf. *Ole Lykke Hindhede* i S.U. 2004.300.

Hvor eksemptionsprincippet gik ud på at modregne *indkomst i indkomst*, er grundtanken bag creditprincippet at modregne *skat i skat*. Forskellen på de tre creditprincipper er, i hvilket omfang en kildeskat kan modregnes i danske »globalskat.« Ved fuld credit er det hele den dokumenterede kildeskat, jf. *TfS 1995.750 LSR*, der kan medregnes. Ved ordinær credit er det som udgangspunkt også den fulde kildeskat, der kan modregnes dog med det fradragsloft, at der ikke kan opnås et større fradrag, end den skat den udenlandske indkomst ville være blevet beskattet med, hvis det var dansk hjemmehørende, jf. MDBO'ens art. 23 B og LL § 33. Formlen for den maksimale lempelsesberettigede skat er:

$$\frac{\text{Lempelsesberettiget indkomst} * \text{dansk skat}}{\text{Skattepligtig globalindkomst}}$$

Størrelsen af den lempelsesberettigede indkomst beregnet efter danske skatteregler har således stor betydning for, hvor maksimalgrænsen går, idet jo større den lempelsesberettigede indkomst er i forhold til globalindkomsten, jo større lempelse kan der opnås. En mulighed for

skatteplanlægning vil derfor være at udskyde fradrag eller mindske afskrivningerne, således at den lempelsesberettigede indkomst øges. Denne skatteplanlægningsmulighed er dog reduceret, idet LL § 5 I foreskriver, at afskrivninger eller udgifter, som efter skatteyderens valg efter de almindelige regler kan vælges fradraget i det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår, skal fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst fra et fast driftssted eller et udenlandsk sambeskattet datterselskab i det omfang, den skattepligtige indkomst overstiger beregningsgrundlaget for den udenlandske skat i det land, hvor det faste driftssted er beliggende eller datterselskabet er hjemmehørende, omregnet til danske kroner ved udløbet af samme indkomstår. Regulering af den danske indkomst ved undladte afskrivninger og/eller fradrag vil således fortsat kunne ske i det omfang, at filialens eller datterselskabets indkomstgrundlag er opgjort til et højere beløb efter udenlandske end efter danske regler. Renter skal periodiseres fuldt ud, jf. LL § 5 D.

Hovedreglen i dansk international skatteret er, at en overskydende creditlempelse ikke kan fremføres til et senere indkomstår, hvor der er en skat, hvori der kan foretages lempelse. Problemet opstår i de tilfælde, hvor den øvrige danske indkomst er negativ, således at globalindkomsten fremviser et underskud. I dette tilfælde er der ingen dansk skat, hvori den lempelsesberettigede skat kan modregnes. Skatteyderen er således i en situation, hvor han har haft et overskud i en kildestat, som er blevet beskattet, men hvor han ikke kan opnå lempelse for denne skat, idet skatteyderens øvrige globalindkomst er negativ. Det er her, at LL § 33 H kommer ind i billedet. Denne hjemler mulighed for, at der i den øvrige danske indkomst kan ses bort fra så stort et underskud, at resultatet løfter sig fra et underskud til et overskud svarende til det overskud, der blev indtjent i kildelandet. Man opnår herved, at der er en dansk skat at modregne den lempelsesberettigede skat i. Det bortsete underskud kan fremføres (efter indkomståret 2002) i det uendelige, jf. LL § 15. Anvendelsesområdet for bestemmelsen indskrænker sig til fuldt skattepligtige selskaber, der anvender princippet ordinær credit. Dette princip kan dog konkret tilvælges, idet LL § 33 altid kan anvendes frem for en konkrete DBO lempelse, fx en eksemptionlempelse. Der kan bortses fra underskud såvel i det danske selskab som i det udenlandske sambeskattede selskab, jf. *Mette Klingsten* og *Henrik Peytz*: Ligningsloven med kommentarer (2000), s. 870.

Fuld credit og ordinær credit fører til samme resultat, hvis den gennemsnitlige kildeskatteprocent er mindre end den gennemsnitlige danske skatteprocent. Videreføres eksemplet ovenfor, betyder det, at skattey-

deren kan modregne de 26 kr. i udenlandsk skat i den danske skat på 30 kr.

Forskellen mellem de to creditmetoder bemærkes først, når den gennemsnitlige kildeskatteprocent er højere end den danske. Ved fuld credit kan skatteyderen fratrække en kildeskat, der er større end domicilskatten på den samme indkomst, hvorimod ved ordinær credit mistes den overskydende skat. Antag, at den gennemsnitlige kildeskatteprocent er 32%. Videreføres eksemplet oven for, betyder det ved anvendelsen af fuld creditprincippet, at skatteyderen kan modregne de 32 kr. i den danske skat på 30 kr. De yderligere 2 skattekroner kan fratrækkes i den øvrige globalskat. Det ordinære creditprincip vil derimod have medført, at det alene vil være muligt at trække 30 kr. fra, idet fradragsloftet har som resultat, at de sidste 2 skattekroner »forsvinder op i den blå luft.«

Matching princippet er et særligt credit princip, der typisk anvendes i DBO'er indgået med udviklingslande. Princippet er indrettet med det formål at muliggøre, at et udviklingsland kan nedsætte sin skatteprocent og dermed tiltrække aktiviteter til landet, der kan øge dets skatteprovenu, uden at dette hæmmes af en konkret DBO. Det sker konkret ved, at der gives lempelse for den udenlandske skat, som selskabet skulle have betalt, hvis der ikke i den pågældende stat var en reduceret skattesats. Hvis ikke udviklingslandet havde opnået dette forhandlingsresultat, at det blev en matching credit-DBO, ville udfaldet være, at dets skattenedsættelse ikke vil have anden virkning, end at creditlempelsen i domicilstaten vil blive reduceret med øget skatteprovenu til følge for denne. Formuleret på en anden: Det vil være I-landet, der tjener på U-landets skattenedsættelse – og det var jo ikke hensigten!

Uanset hvilken lempelsesmetode, der anvendes, skal det afgrænses hvilke indtægter og udgifter, der skal relateres til den lempelsesberettigede indkomst henholdsvis globalindkomsten. Disse to indkomstopgørelser sker efter nettometoden. Afgrænsningen foretages efter princippet om rette indkomstmodtager. De udgifter, der således har en umiddelbar forbindelse til en lempelsesberettiget indkomst, fratrækkes heri, jf. LL § 33 F, stk. 1. Udgifter, der ikke kan henføres til enten den øvrige danske globalindkomst eller den udenlandske kildeindkomst, skal fordeles efter forholdet mellem den danske og udenlandske bruttoindkomst, jf. hertil *Lene Hjermind* i S.U. 2003.319.

Udgangspunktet er, at lempelsesberegningen foretages samlet for hele den udenlandske lempelsesberettiget indkomst. Lempelsesberegningen skal dog ske særskilt for hver indkomst, hvis der skal lempes efter forskellige metoder eller – i tilfælde af creditlempelse – hvis indkomsten

i det pågældende land er blevet særskilt (kilde-) beskattet, jf. *cirkulære nr. 129 af 4/7 1994, pkt. 19.2.*

3. Hvornår er et selskab skatteretligt hjemmehørende i Danmark?

Hvilket lands love gælder for et internationalt virkende selskab? Dette spørgsmål kan ikke besvares, uden at modspørgsmålet besvares, nemlig hvilken lovgivning er der tale om? Det er fx ikke uden betydning, om det er selskabslovgivningen, skattelovgivningen eller børslovningen, der refereres til.

Som bekendt kræver fællesskabsretten, at et selskab som tungtvejende udgangspunkt skal følge den selskabslovgivning, der gælder det sted, hvor det er registeret, jf. *Centros, C-212/97, Überseering, C-208/00* og *Inspire Art, C-167/01.*

Skatteretten lægger som udgangspunkt også et registreringskriterium til grund. Dette registreringskriterium suppleres imidlertid af et hovedsædekriterium, jf. SEL § 1, stk. 6. Dette følger ikke af fællesskabsretten, men af intern dansk skatteret. Selskaber og foreninger mv. anses derfor for hjemmehørende i Danmark, hvis ledelsen har sæde her i landet. SEL § 1, stk. 6, viser kun tilbage til SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, hvilket kan fortolkes som om, at registrerede aktieselskaber, herunder SE- og anpartsselskaber, ikke er omfattet af hovedsædekriteriet. Et dansk indregistreret SE-, aktie- eller anpartsselskab er således efter denne opfattelse altid fuldt skattepligtig til Danmark, uanset om den faktiske ledelse varetages i en fremmed stat. Landsskatteretten har i *TfS 2003. 1007 LSR* stadfæstet dette registreringskriterium for SE-, aktie- og anpartsselskabet, således at hovedsædekriteriet ikke finder anvendelse på disse nr. 1-selskabstyper. Afgørelsens rigtighed kan dog betvivles, idet det ikke forekommer åbenbart rigtigt, at man fra den manglende tilbagevisning til SEL § 1, stk. 1, nr. 1, kan slutte modsætningsvis, jf. hertil *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret 2004/05, s. 80. Det må dog fastholdes, at efter nuværende praksis er det alene selskabstyperne omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, der omfattes af hovedsædekriteriet, jf. også *René Lykke Wethelund* i TfS 2003.229.

Fuldt skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1 er: »indregistrerede aktieselskaber.« Årsagen til, at det alligevel anføres, at SE- og anpartsselskabet også skal henføres til denne bestemmelse, er, at der er hjemmel hertil i de respektive selskabslovgivninger. For anpartsselskabers ved-

kommende kan det udledes af overgangsreglen i ApL § 83, hvori det bestemmes, at udtrykket »aktieselskab« i særlove fra før 1974 også omfatter »anpartsselskabet.« Da selskabsskatteloven er fra 1960, finder denne bestemmelse derfor anvendelse. For SE-selskabet kan det udledes af SE-forordningens art. 10, der kræver en ligestilling af SE- og aktieselskabet, jf. også *Nikolaj Vinther* i TfS 2002.693 og *Erik Werlauff*: SE-Selskabet (2003), s. 29. Se også *Jacob Bundgaard* i SR 2004, s. 73 og *Morten Dalsgaard* og *Niels Josephsen* i S.U. 2004.108 for en generel beskrivelse af beskatningen af et SE-Selskab.

Det afgørende kriterium i hovedsædekriteriet, jf. SEL § 1, stk. 6, er »ledelsens sæde.« Ved afgørelsen af, hvor ledelsens sæde er placeret, lægges der i retspraksis vægt på, hvor den daglige ledelse varetages, jf. *TfS 1998.607 H, California Kleindienst A/S*. Sagen angik det spørgsmål, om et dansk selskab var forpligtet til at betale kapitaltilføringsafgift, og for Højesteret var der enighed om dette, såfremt selskabets ledelse havde sit egentlige sæde i Danmark. Selskabet var af den opfattelse, at det var hjemmehørende i Tyskland, idet ledelsesinstrukserne hovedsageligt blev afgivet fra selskabets tyske bestyrelsesmedlemmer. Skatteministeriet fandt derimod, at selskabet – særligt under betragtning af den på daværende tidspunkt nye SEL § 1, stk. 6 – havde sæde i Danmark, idet den daglige ledelse med direktøren i spidsen blev foretaget i Danmark. Højesteret bemærkede, at begrebet »selskabets egentlige ledelse« – som var i overensstemmelse med MDBO'ens art. 4, stk. 3 – måtte forstås således, at hovedvægten skulle lægges på, hvor selskabets daglige ledelse blev varetaget. Da det almindeligvis var direktionen, der varetog denne funktion, jf. AL § 54, stk. 2, var selskabet hjemmehørende i Danmark. Selv om sagen angik et spørgsmål om kapitaltilføringsafgift, har den med Højesterets klare præmisser betydelig præjudikatværdi for forståelsen af SEL § 1, stk. 6.

At det er der, hvor den daglige ledelse varetages, at selskabet er hjemmehørende, er fulgt op i *TfS 2000.209 LSR*. Sagen handlede om en bank, der påtænkte at medvirke til udstedelse af såkaldte securitization-certifikater på det internationale kapitalmarked. Grundtanken med en sucuritization var, at et såkaldt Special Purpose Vehicle (»SPV«), der var et til formålet oprettet irsk indregistreret Public Limited Company (»Plc«), på baggrund af en type værdipapir, fx obligationer, udstedte en anden type værdipapir i form af certifikater. Formålet var at omdanne en type værdipapir til en ny type værdipapir, der imødekom investorernes investeringsbehov. Da selskabet først var oprettet, var det såvel økonomisk som juridisk uafhængig af banken, og Landsskatteretten

fandt derfor, at det var hjemmehørende i Irland, hvor ledelsen havde sæde.

Hvis selskabets virksomhed er af en karakter, hvor der ikke er en faktisk daglig ledelse, fx fordi selskabets eneste aktivitet er at besidde aktier i andre selskaber, må stedet, hvor beslutningerne vedrørende selskabets ledelse bliver taget, lægges til grund. Man går da et trin højere op i selskabets beslutningshierarki og ser på, hvor bestyrelsen træffer sine ledelsesbeslutninger, jf. *TfS 2000.196 LR* og *TfS 2000.197 LR*. Førstnævnte afgørelse viser også samspillet mellem lovvalget i selskabsretten henholdsvis selskabsskatteretten, jf. *Mogens Rasmussen* i SR-Skat 2000, s. 25 ff. Man valgte her bevidst at stifte et hollandsk anpartsselskab (BV), således at de fordelagtige hollandske selskabsretlige regler, fx om acontoudbytte, fandt anvendelse. Samtidig placerede man ledelsens sæde i Danmark, således at de liberale danske holdingregler – »frit gennemløb« for udbytte, hvis betingelserne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 henholdsvis SEL § 2, stk. 1, litra c er opfyldt – fandt anvendelse. Man opnåede herved det bedste fra begge verdener.

Det er en konkret realitetsbedømmelse, der skal foretages, dvs. en vurdering af, hvor hovedparten af den ledelsesmæssige aktivitet vil foregå. Det er ikke tilstrækkeligt, at flertallet af bestyrelsesmøderne holdes i fx Sverige, hvis den reelle ledelse varetages her i landet, jf. *TfS 1996.476 LR*. I *TfS 1996.257 LR* anså Ligningsrådet ikke et selskab, hvis aktivitet var rejefiskerivirksomhed i canadisk farvand for fuldt skattepligtig til Danmark i medfør af SEL § 1, stk. 6. Der blev lagt vægt på, at den daglige ledelse hovedsageligt skete ombord på skibet og i mindre omfang fra Danmark, hvor ejerne af det canadiske selskab havde bopæl.

Hvis det er et (holding)selskab, hvor aktiviteten er begrænset til det minimale, og hvor den reelle ledelse varetages af hovedaktionæren, er selskabet hjemmehørende det samme sted som hovedaktionæren, jf. *TfS 1998.334 LR*.

Efter SEL § 1, stk. 6, 3. pkt. bliver et udenlandsk selskab ikke hjemmehørende i Danmark, selv om ledelsen har sæde her i landet, hvis Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med »fraflytterstaten« medfører, at Danmark skal lempe dobbeltbeskatningen af indkomst fra et fast driftssted fra den pågældende stat enten efter eksemption- eller efter matching credit-metoden.

Et selskab, der efter vore begreber er hjemmehørende i Danmark, ændrer ikke tilhørsstatus på grundlag af, at det i henhold til en konkret DBO bliver hjemmehørende i en anden stat. Det er stadig efter intern ret hjemmehørende i Danmark, og det skal derfor stadig beskattes af

globalindkomsten. En DBO kan dog lempe denne beskatning. Dette sammenholdt med reglen i SEL § 9, stk. 1, 2 pkt., der bestemmer, at et selskab, der anses for hjemmehørende i en fremmed stat efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kun kan fratrække udgifter, der vedrører indtægter, som Danmark efter overenskomsten kan beskatte, gør, at globalindkomstprincippet i nævnte tilfælde er væsentligt modificeret – nærmest svarende til et territorialprincip.

Et selskab bliver selvsagt heller ikke fuld skattepligtig til Danmark, alene fordi det er hjemmehørende i Danmark i DBO'ens forstand, hvis det ikke er det efter SEL § 1, stk. 6.

Dobbeltdomicil kan opstå, hvis den ene stat bekender sig til hovedsædeteorien, og den anden stat bekender sig til registreringsteorien, hvilket bl.a. USA og Canada gør. Dobbeltdomicil vil foreligge, hvor hovedsædet lægger i hovedsædestaten, og hvor registreringslandet fastholder, at selskabet er fuld skattepligtig til registreringsstaten. Muligheden er selvfølgelig også til stede for, at man ikke er hjemmehørende i nogen af de kontraherende stater. Det kan forekomme, hvis et selskab er indregistreret i en stat, der anvender hovedsædekriteriet, og hvor ledelsens sæde er i en stat, der anvender registreringskriteriet. Alt efter om forholdene er tilsigtede eller ikke, kan dette få positive eller negative skattemæssige konsekvenser, jf. hertil *Aage Michelsen* i FSRs årsskrift, Skatteret – Erhvervsret, 1991, s. 209 ff.

Hvis et selskab er *hjemmehørende i begge de kontraherende stater*, må afgørelsen af, hvilken stat, der er domicilstat og hvilken stat, der er kildestat i henhold til den konkrete DBO, træffes efter DBO'ens bestemmelse om dobbeltdomicil, der for Danmarks vedkommende i langt hovedparten af tilfældene er formuleret efter modeloverenskomstens art. 4, stk. 3. Det afgørende efter denne bestemmelse er, hvor den virkelige ledelse har sit sæde. Begrebet »ledelsens sæde« er ikke klart fastlagt i pkt. 21-24 i kommentaren til modeloverenskomsten, og det må derfor være berettiget, at Danmark fastlægger indholdet efter intern dansk ret – SEL § 1, stk. 6 – jf. modeloverenskomstens art. 3, stk. 2 og hertil *TfS 1998.334 LR*. Ligningsrådet bemærkede med rette i nævnte afgørelse, at der ikke herved er udtalt noget om, hvordan andre stater fastlægger indholdet i bestemmelsen. Denne bestemmelse er derfor ikke til megen hjælp, hvis to stater fortolker begrebet »ledelsens sæde« forskelligt. Dette kan få betydelige skattemæssige konsekvenser, hvis retsvirkningerne ikke var tilsigtede, idet det i værste fald kan medføre, at selskabet globalbeskattes i begge lande. Hvis det tilbageværende kan kvalificeres som et fast driftssted, er Danmark dog forpligtet til at lempe

for den skat, det nu kvalificerede faste driftssted skal afholde i den anden stat – og dobbeltbeskatningen vil derfor i dette tilfælde blive reduceret. Det er kun indkomst, som den pågældende stat efter dansk ret har et ubetinget krav på efter overenskomsten, der skal ydes lempelse for, jf. princippet i LL § 33, stk. 2. En faktisk dobbeltbeskatning vil foreligge i den situation, hvor overenskomsten alene tildeler domicilstaten beskatningsretten.

Retsvirkningerne af at blive hjemmehørende her i landet er, at skatteyderen skal beskattes som ethvert andet dansk selskab. Det bliver beskattet af sin globalindkomst, og indkomstopgørelsen foretages efter principperne for fuld skattepligtige selskaber.

Der indtræder imidlertid også skattemæssige retsvirkninger alene af det forhold, at et selskaber flytter her til landet eller fraflytter landet.

Et selskab, der *flytter til Danmark*, og hvis aktiver ikke allerede er undergivet dansk beskatning, er nødsaget til at finde indgangsværdier for dets medtagne aktiver, idet disse indgangsværdier er en forudsætning for beregningen af den fremtidige danske indkomstopgørelse. Dette er reguleret i SEL § 4 A, stk. 1-4, og det bestemmes heri, at tilflytterselskabets driftsmidler mv. skal anses for erhvervet til a) den faktiske anskaffelsessum, afskrevet maksimalt efter danske regler indtil tilflytningstidspunktet, dog til b) handelsværdien på dette tidspunkt, hvis denne er lavere. Der fastsættes ingen anskaffelsessum for oparbejdede immaterielle aktiver omfattet af AL § 40. Er det immaterielle aktiv derimod erhvervet ved en skattepligtig transaktion, fastsættes indgangsværdien til den nedskrevne værdi på tilflytningstidspunktet som ved andre afskrivningsberettigede aktiver. Et immaterielt aktiv, der er erhvervet ved en skattefri koncernintern overdragelse, er derimod omfattet af SEL § 8 B, stk. 2, og det erhvervende selskab skal skattemæssigt behandle det erhvervede immaterielle aktiv, som om det selv havde oparbejdede dette. Der kan stilles spørgsmålstegn ved disse reglers fællesskabsretlige lovmæssighed, idet de kan stille det udenlandske selskab væsentligt dårligere end et selskab, der flytter hjemsted internt i Danmark, jf. også *Niels Winther-Sørensen* i Festskrift til Aage Michelsen, s. 311, og *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i SpO 2004.1 om TDC indgrebet. Tilflytterreglerne er indrettet således, at et salg af de afskrivningsberettigede aktiver kun udløser delvis genbeskatning, idet det kun er de faktiske afskrivninger – de der er foretaget efter tilflytningstidspunktet – der indgår i beregningen efter AL. Det oprindelige erhvervelsestidspunkt og den oprindelige erhvervelseshensigt skal lægges til grund ved et

senere salg, hvilket bl.a. kan have betydning i relation til ABL § 4, stk. 6.

Et selskab, der *flytter fra Danmark* til en fremmed stat, skal som udgangspunkt beskattes af alle sine aktiver og passiver, idet fraflytningen sidestilles med en afståelse til handelsværdier, jf. SEL § 5, stk. 5 og 7. Det er alene aktiver og passiver, der efter fraflytningstidspunktet ikke længere er omfattet af dansk beskatningsret, som anses for afhændede. Danmark beskatter med andre ord kun aktiver, som det i forbindelse med fraflytningen mister beskatningsretten over, hvilket det jo ikke gør, hvis fraflytningen afstedkommer, at der i stedet efterlades et fast driftssted i Danmark. Hvis fraflytterselskabet har et fast driftssted i et tredjeland, skal opmærksomhed henledes på, at dette faste driftssted glider ud af den danske beskatning, og det derfor skal betragtes som afhændet. Selskabet beskattes jo ikke længere efter globalindkomstprincippet. Ved skatteberegningen gives der et nedslag for den skat, som den tredjestat, hvor det faste driftssted er beliggende, kunne have pålignet, hvis aktiverne og passiverne var afhændet på fraflytningstidspunktet, jf. LL § 33, stk. 5. Der gives således en hypotetisk ordinær creditlempelse. Fraflytningsreglerne må anses for at være i strid med fællesskabsretten, idet reglerne indebærer en forskelsbehandling af eksempelvis det Aalborg selskab, som flytter til en anden EU-medlemsstat i forhold til det Aalborg selskab, som flytter til København.

Det er kun i førstnævnte tilfælde, at beskatningen fremrykkes til fraflytningstidspunktet, dvs. der sker en fravigelse fra udgangspunktet om, at beskatningen indtræder på realisationstidspunktet. Dette er i hvert fald lagt til grund vedrørende fysiske personers fraflytning, jf. *sag C-9/02, du Sailliant*. For en fællesskabsretlig vurdering af fraflytningsreglerne for fysiske personer, se *Jan Guldmand Hansen* og *Nikolaj Vinther* i SR-Skat 2004.224.

4. Grænseoverskridende aktiviteter

En koncern med et vidtrækkende net af aktiviteter i andre lande kan vælge mellem forskellige måder, hvorpå det vil servicere dets kunder. Den valgte måde er typisk et udslag af mange forskelligartede overvejelser af økonomisk, juridisk og skattemæssig karakter. Der er således intet naturgivent i, at det er det skattemæssige aspekt, der bliver udslagsgivende for den valgte metode. Skatten indgår kun som et delelement i overvejelserne.

Blot eksempelvis kan det have stor betydning, om koncernen producerer transport omkostningstunge varer, eller om produktionen er afhængig af en lokal råvarer mv. Dette taler for at etablere sig i det pågældende land typisk via et datterselskab eller via en filial. Det kan også være, at koncernen vælger joint venture formen, dvs. indgår et samarbejde med en lokal samarbejdspartner. Dette kan være formet aftaleretligt således, at der er et delt ejerskab, og at koncernen stiller sin viden (knowhow), patent eller anden immateriel rettighed til rådighed mod betaling af royalties. Finansieringen af den valgte etableringsform kan ske via et udlån fra et andet koncernselskab.

Alle disse dispositioner afleder helt naturligt en række spørgsmål af skattemæssig karakter, og det er disse spørgsmål, der søges besvaret nedenfor.

4.1. Første mulighed: Datterselskab i et andet land

Det mest vidtrækkende er at etablere sig i et andet land via et datterselskab, idet det for koncernen er den mest ressourcekrævende etableringsform. Fordelen herved er dog, at man over for sine kunder har udvist en betydelig »commitment.« Eller sagt med andre ord: »Man kan roligt indgå kontrakter med os, idet vi har til hensigt at blive her.«

Datterselskabets skattemæssige status

Valget af kapitalselskabsformen indbefatter typisk, at der er en begrænset hæftelse, at der dannes et selvstændigt skattesubjekt, og at dette skattesubjekt som regel beskattes efter et globalindkomstprincip.

Det, at et datterselskab er et selvstændigt skattesubjekt, betyder, at dets indkomst indkapsles i dette selskab. Det vil altså sige, at hvis overskuddet skal ud til aktionærerne, sker dette via udbytte, kapitalnedsættelse eller ved likvidation af selskabet, jf. ASL § 109. Det betyder også, at et eventuelt underskud i datterselskabet ikke kan modregnes i moderselskabets indkomst. DBO'erne tager i hvert fald ikke stilling til dette.

I flere landes interne regler er en underskudsoverførsel dog muliggjort, men metoderne hertil er forskellige. Man kan generelt opdele sambeskatningsmetoderne inden for EU i fire kategorier, jf. *Christina D. Tvarnø*: Skattemæssigt underskud i selskaber i EU (1. udg. 2000), og *Christen Amby* i S.U. 2004.299: »Sambeskatning i international belysning IFA Kongressen 2004«:

Fiscal unit metoden: Det danske sambeskatningsinstituttet, jf. SEL § 31, er et eksempel på en sådan metode. Der er her hjemmel til, hvis

visse betingelser er opfyldt at pulje de enkelte selskabers resultater, således at sambeskatningsenheden beskattes af puljens nettoresultat. Flere andre lande såsom Nederlandene, Spanien, Australien mv. anvender også denne metode. Det danske sambeskatningsinstitut er dog unikt i den henseende, at det muliggør grænseoverskridende sambeskatning. Det er vel også derfor, at det heller ikke kan udelukkes, at det danske sambeskatningsinstituttet kan danne forbillede i EU-retlig sammenhæng, jf. KOM (2003)726 og Lene Nielsen i S.U. 2004.329. Udover Danmark er det alene Frankrig og Italien, der tillader inddragelse af udenlandske datterselskaber i en sambeskatning, jf. *Christen Amby* i S.U. 2004.299.

Koncernbidragsmetoden: Denne metode anvendes i såvel Sverige som Finland. Denne metode muliggør, at et overskudsgivende selskab med fradragsvirkning kan yde et andet koncernselskab et tilskud, som medregnes i dennes indkomstopgørelse. Nettoresultatet bliver, at det underskudsgivende selskab får elimineret sit underskud, og det overskudsgivende selskab får reduceret sit overskud.

Group relief metoden: Denne metode anvendes især i Storbritannien. Den går nærmere ud på, at en gruppe af koncernforbundne selskaber kan overføre underskud til et overskudsgivende selskab, hvis betingelser såsom sammenfaldende regnskabsperiode og ejerkrav er opfyldt.

Organschaft. Datterselskaberne anses for underlagt moderselskabet, og der opgøres en fælles indkomst. Metoden kendes i Tyskland og Østrig. Der træffes egentlige civilretlige aftaler om sambeskatning.

Medlemsstaterne har en suveræn skattekompetence. De kan selv fastlægge, hvorvidt de ønsker sambeskatningsregler, og hvordan disse sambeskatningsregler i så fald skal udformes. EU-retten stiller dog ét krav, og det er, at de ikke må udgøre en restriktion for den frie etableringsret, jf. *ICI, C-264/96.* Sagen handlede om et engelsk konsortieselskab, der via et engelsk holdingselskab hovedsageligt ejede udenlandske datterselskaber. Konsortieselskabet ønskede efter de specielle engelske konsortiesambeskatningsregler at modregne et underskud opstået i et engelsk datterselskab. Dette blev nægtet, idet hovedparten af datterselskaberne ikke var hjemmehørende i England. Den afgørende begrundelse for nægtelsen var således de kontrollerede datterselskabers hjemsted. EF-domstolen fandt, at det var i strid med den frie ret til etablering, idet bestemmelsen havde som resultat, at oprindelsesstaten (her: England) forhindrede den sekundære etablering i en anden medlemsstat, jf. art. 43 sammenholdt med art. 48. Se også *X og Y, C-208/00*, hvor EF-domstolen fandt, at det var i strid med etableringsreglerne, når de svenske skatteregler indrømmer lempelse efter koncernbidragsmetoden

ved bidrag mellem et svensk moderselskab og dets datterselskab, når aktierne ejes direkte af moderselskabet eller indirekte af moderselskabet via svenske datterselskaber og/eller via ét udenlandsk datterselskab, men ikke, når det indirekte ejerskab var fordelt over forskellige udenlandske datterselskaber i forskellige medlemsstater. Marks & Spencer-sagen (C-446/03), som fortiden verserer for EF-domstolen, er i denne henseende særdeles interessant, idet Domstolen i denne sag skal tage stilling til, om England, der kun tillader sambeskatning med indenlandske selskaber, skal give Marks & Spencer Plc. rettighed til at indgå i en sambeskatning med dets tyske og franske datterselskaber. Disse datterselskaber har i 1990'erne haft et betydeligt underskud, som Marks & Spencer ønsker modregnet i den engelske indkomstopgørelse.

En særlig sambeskatningsvariant kendes fra USA, hvor de amerikanske *Check-the-box-regler* muliggør, at et amerikansk moderselskab for »US tax purposes« kan vælge mellem at betragte fx et dansk anpartsselskab for at være enten en transparent enhed eller et selvstændigt skattesubjekt. Hvilke *foreign companies*, der er omfattet af denne særlige amerikanske valgmulighed, følger af en negativ liste, dvs. en liste, der opregner de »corporations,« der per definition ikke er omfattet. Omfattet er fx det danske aktieselskab, det tyske Aktiengesellschaft m.fl., jf. *Arne Riis-Sørensen* i S.U. 2001.34. Hvis det amerikanske moderselskab vælger at behandle det danske datteranpartsselskab som transparent, medfører dette, at moderselskabet i den amerikanske indkomstopgørelse deltagerbeskattes, eller om man vil: filialbeskattes af det danske anpartsselskabs indkomst. Deltagerbeskatningen medfører bl.a. for det amerikanske moderselskab, at rente- og royaltybetalinger mellem selskaberne betragtes som en ikke skattemæssigt relevante overførsel mellem et »fast driftssted« og dets »hovedkontor.« Det betyder konkret, at det amerikanske selskab ikke medregner beløbene i den amerikanske indkomstopgørelse, men at det danske datterselskab ikke desto mindre kan fradrage betalingerne i den danske indkomstopgørelse. Det danske anpartsselskab er jo uden tvivl et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Disse skattemæssige fordele må antages at have indvirkning på, at flere danske datterselskaber af amerikanske moderselskaber i den seneste tid har valgt anpartsselskabsformen frem for den »finere« aktieselskabsform, netop for ikke at blive omfattet af den amerikanske »per se-liste.« Der kan nævnes selskaber som Microsoft Business Solution ApS (tidligere Navision A/S), Hewlett-Packard ApS og Compaq ApS.

Dette økonomiske dobbeltbeskatningsproblem er søgt konkret løst i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, jf. over-

enskomstens art. 4, stk. 1, litra d, omtalt af *Troels Graff* i S.U. 1999.126 og *Aage Michelsen* i S.U. 1998.235 og generelt i SEL § 2 A, omtalt af *Søren Steenholdt* i S.U. 2004.1. Efter SEL § 2 A bestemmes det, at et selskab som nævnt i SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a anses som en transparent enhed, hvis det udenlandske koncernforbundne selskab medregner dets indkomst, som om den danske enhed var et fast driftssted. Det sikres herved, at det danske selskab ikke kan opnå fradrag for interne overførsler af rente- og royaltybetalinger, jf. nærmere om SEL § 2 A-filialen nedenfor.

Når kapitalselskabsformen vælges, bevirker dette tillige i de fleste stater, at man bliver beskattet efter et globalindkomstprincip. Rådgivningen er dog selvsagt ikke tilendebragt, før man konkret har undersøgt det enkelte lands skattesystem.

I Frankrig er det fx således, at et selskab beskattes efter et modificeret territorialprincip frem for et globalprincip. Fransk selskabsskat omfatter som hovedregel kun indkomst fra virksomhed udøvet i Frankrig eller indkomst, som Frankrig har fået beskatningsret over i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Indkomst eller tab realiseret i udlandet omfattes i princippet ikke af fransk selskabsskattepligt, jf. omtalen af det franske skattesystem hos *Patrice Caron* i S.U. 1998.103.

Hjemtagelsesbeskatning af udbytter mv.

Når et akkumuleret overskud i et datterselskab ønskes hjemtaget til et moderselskab i form af et udbytte, må der foretages en skatteretlig vurdering af, hvordan dette beskattes.

Der må her sondres mellem, om det er et dansk datterselskab, der udlodder et udbytte til et udenlandsk moderselskab, eller om det er et dansk moderselskab, der modtager et udbytte fra et udenlandsk datterselskab. Moder-/datterselskabsdirektivet, 90/435, skal tillige tages i betragtning, hvis udlodning sker mellem to selskaber fra to EU-lande.

I dansk ret opereres der med et bredt udbyttebegreb. Til udbytte henregnes alt, hvad der af selskabet udloddes til aktionærer, anpartshavere mv. med undtagelse af fondsaktier samt udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, jf. LL § 16 A, stk. 1.

Et dansk moderselskab kan beskattes af et udbytte modtaget fra et udenlandsk datterselskab på tre måder:

1. Udbytte til et moderselskab er skattefrit, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Dette gælder dog kun, hvis det udbyttemodtagende selskab (moderselskabet) ejer mindst 20% (fra 2007: 15%, fra 2009 og fremefter: 10%)

af aktie- eller anpartskapitalen i det udbyttegivende selskab (datterselskabet) i en sammenhængende periode på et mindst et år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge. Det er ikke et krav, at der skal være gået et år, før udbyttet kan udloddes skattefrit. Et udbytte kan således udloddes skattefrit inden for det første år under betingelse af, at moderselskabet beholder aktierne i mindst et år, jf. *Denkavit m.fl., C-283/94.* Moderselskabet skal være en af de i SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 c- 2 f, 3 a- 5 b, nævnte selskaber og foreninger mv., hvorimod det udbyttegivende datterselskab skal tilhøre en af de i SEL § 1, nr. 1, 2, 2 e og 2 f nævnte selskabskategorier eller være et hjemmehørende udenlandsk datterselskab. Et fast driftssted af et tilsvarende selskab hjemmehørende i en medlemsstat eller DBO-stat har på samme vilkår mulighed for at modtage skattefrit udbytte. Ved opgørelsen af det faste driftssteds aktiebesiddelser medregnes samtlige aktier, som selskabet eller foreningen mv. har i det udbyttegivende selskab. Uanset ovennævnte er et udbytte alligevel ikke skattefrit, hvis moderselskabets aktier i datterselskabet må kvalificeres som tax-heaven aktier efter ABL § 2 a.

2. Et udbytte, der ikke kan henføres til SEL § 13, stk. 1, nr. 2, bliver beskattet efter 66%'s-reglen i SEL § 13, stk. 3. Efter denne bestemmelse skal moderselskabet indregne 66% af udbyttet i sin indkomstopgørelse, dvs. den reelle skat for et udbytte på 100 kr. er: (100 * 66%) * 30% = 19,80 kr. Datterselskabet skal være en af de i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2 e, 2 f, 4 eller 5 a, nævnte selskaber og foreninger mv. eller være et hjemmehørende udenlandsk datterselskab. Den lempelige 66%'s beskatning finder dog ikke anvendelse, hvis aktierne enten kan kvalificeres som tax-heaven aktier, jf. ABL § 2 a eller som næringsaktier, jf. ABL § 3.

3. Et udbytte, der hverken kan henføres til SEL § 13, stk. 1, nr. 2 eller til SEL § 13, stk. 3, indgår fuldt ud i moderselskabets indkomstopgørelse.

Udbytteudlodningstidspunktet er normalt datoen for den generalforsamling, hvor udbytteudlodningen vedtages. Det udbytteudloddende danske selskab skal som udgangspunkt indeholde 19,8% i udbytteskat, hvis én af følgende 3 kriterier er opfyldt: 1) Udbyttemodtager er opført i Told- og Skattestyrelsens offentliggjorte database, 2) har betegnelsen A/S eller ApS, eller 3) har afleveret en attest fra Told- og Skattestyrelsen om at være omfattet af SEL § 1 eller FBL § 1. Hvis ingen af kriterierne er opfyldt, skal det udloddende selskab indeholde 28% i udbytteskat.

Udbytteudlodningen kan tillige blive beskattet i kildestaten, hvis der er intern hjemmel til dette. Et dansk datterselskab omfattet af SEL § 1,

stk. 1, nr. 1, 2, 2 e og 4 skal således som udgangspunkt indeholde en udbyttekildeskat på 28%, jf. KSL § 65, stk. 1.

Det bestemmes imidlertid i KSL § 65, stk. 5, at et dansk datterselskab ikke skal indeholde udbyttekildeskat, når det udenlandske moderselskab ikke er begrænset skattepligtig til Danmark efter SEL § 2, stk. 1, litra c. Efter denne bestemmelse omfatter skattepligten ikke udbytter, som oppebæres af et udenlandsk hjemmehørende moderselskab (også et udenlandsk moderselskab, som efter dansk skatteret kvalificeres som en transparentenhed, dog ikke hvis selskabs*deltagerne* er hjemmehørende i Danmark), der ejer mindst 20% (fra 2007: 15%, fra 2009 og fremefter: 10%) af aktiekapitalen i det udbyttegivende danske datterselskab i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge. Det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafaldes eller nedsættes (a) efter moder-/datterselskabsdirektivet, 90/435, eller (b) efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem de kontraherende stater. Om de praktiske foranstaltninger vedrørende fritagelse for indeholdelse af udbytteskat, se *Søren Jesper Hansen* og *Carina M. Gersdorff Korsgaard* i S.U. 2002.186.

Tre kumulative betingelser skal således være opfyldt for at undgå dansk kildebeskatning af udbytte: 1) Et *ejerkrav* på mindst 20% (fra 2007: 15%, fra 2009 og fremefter: 10%) af aktiekapitalen, 2) et *ejertidskrav* på mindst 1 år, og 3) udbyttebeskatningen skal frafaldes eller nedsættes *enten* efter moder-/datterselskabsdirektivet *eller* efter den konkrete DBO.

Sidstnævnte betingelse er indsat ved lov nr. 282 af 25/4 2001. Lovændringen genindførte udbyttekildeskatten på udbytte, som et dansk datterselskab betaler til dets udenlandske moderselskab. Dette sker dog kun i de tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land, som ikke er medlem af EU eller i et land, som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Med denne lovændring bidrog Danmark til de internationale bestræbelser på at modvirke skadelig skattekonkurrence som foregår både i EU-regi og i OECD-regi.

Landsskatteretten har i *TfS 2003.167 LSR* haft mulighed for at præcisere bestemmelsens indhold. Sagen handlede om, hvorvidt et amerikansk selskab kunne modtage skattefrit udbytte fra et dansk holdingselskab. Der var mellem det amerikanske selskab og det danske holdingselskab indskudt et hollandsk kommanditselskab. Efter de amerikanske Check-the-box-regler var det hollandske kommanditselskab et selvstændigt skattesubjekt. Efter dansk ret var det derimod et transparent selskab.

Spørgsmålet var, om dette hybride selskab var omfattet af US-DK DBO'en. Hvis det ikke var det, kunne udbyttebeskatningen ikke frafaldes eller nedsættes, og udlodningen vil derfor falde uden for undtagelsesreglen i SEL § 2, stk. 1, litra c. Afgørelsen baserede sig på en fortolkning af DBO'ens art. 4, stk. 1, litra d: »En indkomst, fortjeneste eller gevinst, der er oppebåret gennem en enhed, der er skattemæssigt transparent i henhold til lovgivningen i den ene af de kontraherende stater, skal anses for at være oppebåret af en person, der er hjemmehørende i en stat, i det omfang denne indkomst, fortjeneste eller gevinst efter skattelovgivningen i en sådan kontraherende stat behandles som indkomst, fortjeneste eller gevinst for en hjemmehørende person.« Bestemmelsen måtte fortolkes således, at det amerikanske selskab ikke kunne påberåbe sig overenskomsten, hvilket medførte, at der skulle indeholdes udbyttekildeskat.

Hvis der mellem staterne er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fremgår det oftest af en bestemmelse i denne, hvordan delingen af beskatningsretten mellem domicilstat og kildestat skal foretages. De fleste danske overenskomster er indgået med udgangspunkt i OECD's modeloverenskomsts art. 10 om udbytte.

I art. 10 er udgangspunktet, at aktionærens domicilstat er tildelt beskatningsretten til udbytte. Kildestaten – den stat, hvor det udbyttegivende selskab er hjemmehørende – har ret til at beskatte typisk op til 15% af det udbetalte bruttoudbytte. Beskatningsretten er dog reduceret til højst 5%, hvis der foreligger et moder-/datterselskabsforhold. Betingelsen er, at moderselskabet ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet. Bilateralt kan der selvsagt aftales en anden kildeskatteprocent, hvorfor den konkrete DBO altid skal konsulteres.

Hvis en kildestat har indeholdt en højere kildeskat, end den var berettiget til, når den konkrete DBO tages i betragtning, må aktionæren kræve tilbagebetaling af det overskydende beløb. Den danske kildeskat på udbytte er 28%, jf. KSL § 65. Det betyder eksempelvis, at en aktionær har et tilbagesøgningskrav på differencen mellem 28% og 5%, hvis DBO'en kun giver kildestaten ret til at indeholde 5% i kildeskat.

Moder-/datterselskabsdirektivet har skullet været implementeret i medlemsstaternes interne skattelovgivningen senest den 1. januar 1992. Dette direktiv har skabt et fællesgrundlag for beskatning af udbytte mellem et datterselskab og et moderselskab, der er hjemmehørende i hver sin medlemsstat. Et kendskab til dette direktiv giver således et europæisk universalt indblik i udbyttebeskatningsreglerne.

Moder-/datterselskabsdirektivet sikrer, at moderselskabet fritages for kildeskat, hvis et datterselskab udlodder et udbytte, og begge selskaber er hjemmehørende i EU, er af aktie- eller anpartsselskabstypen samt beskattes efter de respektive medlemsstaters selskabsskatteordning. Et moder-/datterselskabsforhold foreligger, hvis moderselskabet ejer mindst 25% af kapitalen i datterselskabet, jf. art. 5, stk. 1. Kapitalandelskriteriet kan erstattes af et stemmerettighedskriterium, og det er tillige muligt for medlemsstaterne at undlade at anvende direktivet på selskaber, der ikke i en sammenhængende periode på mindst 2 år har besiddet en kapitalandel, der givet ret til betegnelsen moderselskab, jf. art. 3, stk. 2. Det er et minimumsdirektiv, hvilket vil sige, at medlemsstaterne er berettiget til at forbedre selskabernes skattemæssige retsstilling. Betingelsen om en vis kapitalandel og en vis ejertid ses da også at variere i relation til forskellige medlemsstater, jf. *Henrik Gam, Jens Holger Helbo Hansen* og *Knud Erik Kriegbaum*: International beskatning (1. udg. 2000), s. 148 ff. Direktivets ejergrænse nedsættes nu successivt, jf. ændringsdirektiv 2003/123.

EF-Domstolen har haft flere anledninger til at begrebsfastlægge indholdet af »kildeskattebegrebet.« Det er fastslået, at enhver form for beskatning af afkast, som opkræves i den stat, hvor udbyttet udloddes, og hvor den udløsende faktor er udbetalingen af afkast eller enhver anden form for udbytte af værdipapirer, er kildeskat af udloddet udbytte i direktivets art. 5, stk. 1's forstand, når beregningsgrundlaget for denne skat er udbyttet af disse, og når den skattepligtige er indehaver af værdipapirerne, jf. Epson Europe, C-375/98, præmis 23, Zythopoiia, C-294/99, præmis 28 og 29 og Óce van der Grinten, C-58/01, præmis 47. I sidstnævnte dom var indeholdelsen af kildestat dog ikke i strid med direktivet, idet det var omfattet af undtagelsen i direktivets art. 7, andet led, om ophævelse og lempelse af dobbeltbeskatning mellem det udloddende selskab og dets aktionærer.

Den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, er i henhold til direktivet forpligtet til enten at undlade at beskatte udbyttet (eksemptionlempelse) eller at beskatte det, men da sikre, at kildeskatten kan fratrækkes efter ordinær credit princippet.

Det udenlandske datterselskab eller moderselskab skal drives i *kapitalselskabsform*, før end selskabet er omfattet af eksempelvis bestemmelsen i SEL § 2, stk. 1, litra c, SEL § 13, stk. 1, nr. 2 og stk. 3, jf. *Jakob Bundgaard* i S.U. 2002.298. Bestemmelserne anvender typisk begrebsanvendelsen: »selskaber og foreninger mv. som nævnt i SEL § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet,« eller der anføres ganske enkelt: »selskaber hjemmehørende i udlandet.«

Selv om der eksempelvis i dansk ret er en forholdsvis klar deling af de selskaber, der er selvstændige skattesubjekter, og som ikke er det, kan det alligevel være vanskeligt at henføre et udenlandsk selskab til en af kategorierne, idet det udenlandske selskab kan rumme karakteristika fra begge typer, jf. fx *TfS 1999.411 LR,* hvor et Limited company (Ltd.) på Bahamas blev kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, eller *TfS 2000.751 LR,* hvor et amerikansk »Limited Liability Company« (LLC) blev kvalificeret som et ikke-selvstændigt skattesubjekt ud fra følgende betragtninger: 1) selskabsformen er ikke kapitalselskabslignende, men har mere karakter af et kommanditselskab eller et sameje (puljeordning), hvor hver investor har en ideel andel i LLC'et, 2) hver investor har en kapitalkonto i LLC'et, som opskrives eller nedskrives i forhold til værditilvækst eller -fald i skovinvesteringerne, 3) overskudsandele fordeles forholdsmæssigt i forhold til den indskudte kapital på kapitalkontoen i LLC'et, 4) der er hverken en selvstændig bestyrelse eller generalforsamling, 5) der udstedes ingen form for aktier eller andre ejerbeviser, 6) levetiden for LLC'et er begrænset, og 7) investorerne har ikke krav på at kunne udtræde af investeringen i de første 12 år. Se også *TfS 2000.752 LR.*

Ved vurderingen af, om det er et aktieselskabslignende selskabstype, kan der ifølge LV 2004-4 S.A.1.2. *indgå følgende, der taler for, at det er et selskab omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2*: a) ingen af deltagerne hæfter personligt, b) fordeling af overskuddet sker i forhold til den af deltagerne indskudte kapital, c) det årlige overskud fordeles på grundlag af omsætningen, men en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalens størrelse, d) selvstændige vedtægter, e) særskilt regnskab, f) særskilte foreningsorganer, som med bindende virkning kan handle, også for de medlemmer, som ikke er med i ledelsen, g) mulighed for udvidelse af medlemskredsen, h) bestemmelse om, hvad der skal ske med formuen ved det enkelte medlems udtræden eller ved enhedens opløsning, og i) indskudskapital (kan enten være nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller der kan være tale om vekslende indskudskapital.) *Følgende kan tale imod, at selskabet er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2:* a) fordeling af både overskud og af likvidationsprovenu foretages på grundlag af omsætningen (kooperativ virksomhed), b) én eller flere hæfter personligt, c) ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet, og d) overskuddet anvendes til almennyttige eller almenvelgørende formål.

EU-retten har med direktiv 90/434 (fusionsbeskatningsdirektivet) og 90/435 (moder-/datterselskabsdirektivet) lagt en minimumsfastlæggelse

af, hvilke selskaber der altid må accepteres som selskaber i selskabsskattelovens forstand, jf. hertil cirkulære nr. 135 af 02/09/1999, pkt. 2.3, hvori det udtales:

> »Det er en grundlæggende betingelse for skattefritagelsen efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c), at det udenlandske udbytte*modtagende* moderselskab er et »selskab mv.« i den danske selskabsskattelovs forstand. Der er ikke med lov nr. 1026 af 23. december 1998 sket nogen ændring af hidtidig praksis for, hvornår en udenlandsk juridisk enhed i denne henseende kan anses for at være et selskab. *Hvis et udbyttemodtagende udenlandsk moderselskab er omfattet af EU s moder/datterselskabsdirektiv (Direktiv 90/435/EØF), er selskabet altid et »selskab mv.« i den danske selskabsskattelovs forstand. Det samme er tilfældet, hvis det udenlandske selskab er omfattet af EU s fusionsdirektiv (Direktiv 90/434/EØF). Listerne over omfattede selskaber i de to direktiver er i øjeblikket identiske.* I andre tilfælde må bedømmelsen af, om en udenlandsk juridisk enhed er et »selskab mv.«, som hidtil foretages på grundlag af de danske regler. Et afgørende kriterium er således fortsat, at den udenlandske enhed efter danske regler vil kunne sidestilles med et selvstændigt og ikke-transparent skattesubjekt.« [vores fremhævelse.]

Dette standpunkt er til dels tiltrådt af Ligningsrådet i *TfS 2001.917 LR*. I sagen afviste Ligningsrådet at besvare et spørgsmål om, hvorvidt et engelsk »unlimited company« i alle henseender vil blive behandlet som et engelsk »limited liability company.« Man fandt, at spørgsmålet var for generelt formuleret. Ligningsrådet besvarede imidlertid et konkret spørgsmål om, hvorvidt det engelske »unlimited company« var omfattet af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, hvilket man bevarede bekræftende, da det var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Det kan ikke antages, at Ligningsrådets afvisning af at besvare det generelle spørgsmål er begrundet med, at det skatteretlige »selskabsretsbegreb« er et differentieret begreb i relation til de forskellige skattebestemmelser. Afvisningen må nærmest karakteriseres som en bekymring for, om man har overset et forhold af relevans.

Det er indtil videre uafklaret, om de nye selskabstyper, som ændringsdirektivet til 90/435 omfatter, tillige kan betragtes som et »selskab«, især når det tages i betragtning, at blandt de nye selskaber er selskabstyper som efter dansk ret klart er en transparent enhed. Meget tyder på, at disse transparente enheder generelt ikke kan kvalificeres som et selskab, jf. forudsætningsvis SEL § 2, stk. 1, litra c:

> »Skattepligten omfatter endvidere ikke udbytte, som oppebæres af deltagere i moderselskaber som nævnt i 2. pkt., der er optaget på listen over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder-/datterselskaber fra forskellige medlemsstater, men som ved beskatningen her i landet anses for at være transparente enheder. Det er en betingelse, at selskabsdeltageren ikke er hjemmehørende her i landet.«

Den gensidige aftaleprocedure, der er hjemlet i MDBO art. 25, vedrører de forhold, hvor to overenskomstparter – her: staterne – ikke kan blive enige om en fortolkning af en *overenskomst*bestemmelse, dvs. at det er dobbeltbeskatningsoverenskomsten, der fortolkes, ikke de internretlige bestemmelser. Ved en gensidig aftaleprocedure har de kompetente forhandlingsmyndigheder ingen forpligtelse til at nå et forhandlingsresultat, jf. bl.a. *TfS 1994.536 T&S*. De interne regler er ikke til forhandling, men fortolkes udelukkende af de interne myndigheder/instanser, dvs. i sidste instans af Højesteret.

Dette fremgår klart af *TfS 1995.905 LSR*. I sagen blev Ligningsrådet forespurgt, dels om et udbytte fra et spansk kommanditselskab var et udbytte i art. 10, stk. 3's forstand, jf. DBO'en mellem Danmark og Spanien. Hvis der blev svaret bekræftende på dette, forespurgte repræsentanten tillige, om et »udbytte« fra det spanske kommanditselskab kunne kvalificeres som udbytte efter SEL § 13, stk. 3. Ligningsrådet svarede bekræftende vedrørende det første spørgsmål. Begrundelsen var, at overenskomsten arbejdede med et bredt udbyttebegreb, og at resultatet tillige støttes af bemærkningerne i modeloverenskomsten. Det andet spørgsmål blev besvaret med et nej. Begrundelsen var, at det danske udbyttebegreb forudsatte, at udbyttet aflejres fra en juridisk person i SEL § 1's forstand. Et kommanditselskab hører ikke til denne kategori. At Spanien lagde en anden kvalifikation til grund, og at denne kvalifikation tillige havde støtte i overenskomsten, ændrede ikke på resultatet. Samspillet mellem intern dansk ret og en DBO er ikke som ved lovvalget, således at den ene ophæver den anden. De indgår begge i et samspil, men således at DBO'en kun kan lempe og ikke skærpe en beskatning. Hvis det forholder sig således, at der er en forskellig subjekt- og/eller objektkvalifikation som i denne afgørelse, betyder det, at i hvert fald overenskomstbeskyttelsen i den relation »forsvinder op i den blå luft,« jf. hertil *Aage Michelsen* i R&R 1996 sm. 41 ff.

Et datterselskab kan som udgangspunkt afhændes skattefrit, hvis moderselskabet har ejet aktierne i mindst 3 år, jf. ABL § 4, stk. 6.

Et tab kan til gengæld ikke fradrages. Dette gælder uanset ejerandel. Skattefriheden gælder dog hverken for næringsaktier, jf. ABL § 3 eller for finansielle lavskatteaktier, jf. ABL § 2 a. Skattefriheden bortfalder også, hvis et udenlandsk sambeskatningsselskab har haft et underskud, der ikke er blevet genbeskattet i forbindelse med et salg af aktier til et ikke koncernforbundet selskab. Underskuddet anses nemlig for genbeskattet efterhånden, som der udloddes udbytte fra datterselskabet, eller aktierne bliver afhændet, jf. LL § 33 E, stk. 4.

For at rekapitulere: Hvis et selskab sælger aktier i et indenlandsk eller udenlandsk selskab efter at have ejet dem i mindst 3 år og det herved opnår en fortjeneste, er denne skattefri, idet det herved forudsættes, at der ikke er tale om næringsaktier, jf. ABL § 3, finansielle lavskatteaktier, jf. ABL § 2 a, eller udbytte eller avance fra et udenlandsk datterselskab, hvor det danske moderselskab via sambeskatning har fratrukket det udenlandske selskabs underskud, jf. genbeskatningsreglen i LL § 33 E, stk. 4.

ABL § 2 a har som udgangspunkt en generel forrang frem for de almindelige aktieavancebeskatnings- henholdsvis udbytteregler. Et selskab anses for at være et finansielt lavskatteselskab, hvis det i væsentlig grad har været af finansiel karakter, dvs. hvis mindst 1/3 af dets indtægter stammer fra finansiel karakter, eller hvis handelsværdien af dets finansielle aktiver udgør mindst 1/3 af handelsværdien af selskabets samlede aktiver, jf. ABL § 2 a, stk. 9. Det kræves derforuden, at det samlede afkast beskattes væsentligt lavere end efter dansk ret. Denne betingelse er altid opfyldt, hvis selskabet har indgået aftale om skattesats eller beskatningsgrundlag med skattemyndighederne i lavskattelandet. At det er en finansiel lavskatteaktie har den konsekvens, at en eventuel fortjeneste beskattes hårdere end efter de almindelige regler i ABL § 2 og § 4, jf. ABL § 2 a, stk. 3. Fortjenesten forhøjes med 1% for hvert års besiddelsestid, dog mindst 10%. De år, hvor selskabet har været undergivet tvungen sambeskatning, medregnes ikke. Tab er hverken fradrags- eller modregningsberettiget. Det, at en aktie kvalificeres som en lavskatteaktie efter ABL § 2 a, har desuden den konsekvens, at udbytte skal medregnes fuldt ud i et dansk selskabs indkomstopgørelse. ABL § 2 a finder efter stk. 6 dog ikke anvendelse, hvis den skattepligtige uafbrudt siden aktiernes erhvervelse har kontrolleret eller haft væsentlig indflydelse på selskabet, jf. SEL § 32, stk. 6. Det samme gælder efter stk. 7, hvis aktierne har været ejet i en sammenhængende periode på mindst 3 år umiddelbart forud for afståelsen, og den skattepligtige i hele perioden har kontrolleret eller haft væsentlig

indflydelse på selskabet, jf. SEL § 32, stk. 6. Ud fra ABL § 2 a, stk. 6 og 7 kan der anføres følgende tommelfingerregler for, hvornår de almindelige aktieavancebeskatnings- henholdsvis udbytteregler finder anvendelse.

Ejerandel	Lavt beskattet	Retsfølgen:
Ligegyldig	Nej	Udbytte: SEL § 13, stk. 1, nr. 2 eller stk. 3. ABL § 2 og § 4
Mellem 20 (fra 2007: 15%, fra 2009 og fremefter: 10%) – 25%	Ja	Udbytte: Skattepligtigt ABL § 2 a
Over 25% *fra 1. dag*	Ja	Udbytte: skattefrit, jf. ABL § 2 a, stk. 6 ABL § 2 og § 4
Over 25%, men erhvervet løbende:	Ja	3 års karensperiode: ABL § 2 a, stk. 7 > 3 år: udbytte = skattepligtigt, – ABL § 2 a – beskatning < 3 år: udbytte = skattefrit – ABL § 4

Det må klart antages, at ABL § 2 a er fællesskabsstridig. EF-Domstolen fandt i *sagen C-315/02, Anneliese Lenz*, at de østrigske udbytteregler var i strid med de fællesskabsretlige frihedsrettigheder, idet udbytter, der hidrørte fra udlandet, beskattes hårdere end udbytter fra østrigske selskaber. EF-Domstolen bemærkede bl.a., at udover at aktionærerne blev forskelsbehandlet, medførte skatteordningen også, at selskaber i andre medlemsstater blev forskelsbehandlet, idet ordningen gjorde det mindre attraktivt at investere i disse selskaber. EF-Domstolen blev direkte forespurgt, om det havde betydning, hvordan selskabet i den anden medlemsstat blev beskattet. Domstolen svarede (præmis 43), at efter fast praksis kan en ugunstig skattemæssig behandling i strid med en grundlæggende frihed ikke berettiges af eventuelle andre skattemæssige fordele. Se også *Jeppe Rune Stokholm* i S.U. 2004.330, der på overbevisende måde argumenter for, at hverken de danske regler om

lavskatteaktier, jf. ABL § 2 a eller reglerne om tvungen sambeskatning, jf. SEL § 32 holder for en fællesskabsretlig prøvelse.

Afhændelse af aktier ejet under 3 år er som udgangspunkt skattepligtigt, jf. ABL § 2, stk. 1. Den skattepligtige avance kan dog forholdsvist nemt mindskes på flere måder. Et moderselskab kan eksempelvis udlodde den skattepligtige aktieavance via en målrettet udbytteudlodning, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Det drejer sig om at lette selskabets beholdning så meget, at aktiens afståelsessum nærmere sig dens anskaffelsessum. Et moderselskab kan også blot sælge aktierne til det udstedende selskab og herved opnå, at en ellers skattepligtig aktieavance konverteres til et skattefri udbytte, jf. LL § 16 B. Landsskatteretten har imidlertid i *TfS 2003.985 LSR* tilsidesat en samtidig kapitalnedsættelse og forhøjelse, hvorved en aktionær blev udskiftet med en anden. Kapitalnedsættelsen skete i forbindelse med et tilbagesalg af aktier, og forhøjelsen skete ved en nytegning fra en ny aktionær. Nedsættelses- og forhøjelsesbeløbet var af samme størrelse. Selskabets kapitalgrundlag var således uændret. Landsskatteretten fandt, at salget af aktierne kunne sidestilles med et direkte salg til den nye aktionær, og aktieavancen var derfor skattepligtig, idet det sælgende selskab kun havde ejet aktierne i et år. Spørgsmålet er imidlertid, om Landsskatteretten sådan uden videre kan tilsidesætte en positiv lovhjemmel som LL § 16 B, jf. hertil kritisk *Jakob Bundgaard* i TfS 2003.68, *Nikolaj Vinther* i Juristen 2004, s. 310 ff. og *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2004, s. 50 ff.

Et selskabs vederlagsfri overdragelse af egne aktier til aktionærerne i samme forhold som aktiekapitalsbesiddelsen er at sidestille med en fondsaktieudvidelse uden skattemæssige konsekvenser, jf. *TfS 1991.467 LR*.

Tab inden for 3 års ejertid kan fratrækkes i fortjenester, der er opnået inden for 3 års ejertid. Kan tabet ikke rummes inden for årets fortjenester, kan nettotabet fremføres til fradrag i tilsvarende fortjenester uden tidsbegrænsning.

Danmarks rolle som hjemsted for adskillige holdingselskaber er opnået via de fordelagtige danske udbytte- og aktieavancebeskatningsregler. Disse regler muliggør, at udbytte fra et datterselskab i udlandet kan løbe frit igennem et dansk holdingselskab og videre til det ultimative udenlandske moderselskab uden dansk beskatning til følge. Når datterselskabsaktierne ønskes afhændet, kan dette efter 3 år ske skattefrit, jf. ABL § 4, stk. 6. Med i billedet hører også, at Danmark har et forholdsvist veludbygget net af dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande, samt at der ingen kapitaltilføringsafgift er i Danmark

eller andre afgifter relateret til omsætningen med aktier. Om Danmark som fortrukken holdingland, se *Henrik Gam, Jens Holger Helbo Hansen* og *Knud Erik Kriegbaum*: International beskatning (1. udg. 2000), s. 151 ff. og *Anders Oreby Hansen* og *Nikolaj Bjørnholm*: Lempelse af dobbeltbeskatning (3. udg. 2002), kapitel 4.

»SEL § 2 A-filialen«

Med vedtagelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119) er der i dansk skatteret skabt et kamæleonagtigt selskab, der skifter farve alt efter, om det efter udenlandsk ret betragtes som en transparent enhed eller ikke. Reglen er generelt formuleret, men er egentligt indført for at lukke et skattehul, som det var muligt for amerikanske moderselskaber at udnytte, hvis det havde »checket boxen« i et dansk selskab. Check-the-box-reglerne er som førnævnt en særlig amerikansk sambeskatningsmulighed, der medfører, at et amerikansk moderselskab kan betragte et eller flere datter- eller datterdatterselskaber som en transparent enhed, således at datterselskabernes indkomst medregnes i moderselskabets indkomst. Et dansk selskab, der har fået »checket boxen«, bliver således betragtet som et fast driftssted med amerikanske øjne. Beskatning efter principperne for et fast driftssted medfører, at rente- og/eller royaltybetalinger fra et dansk anpartsselskab til et amerikansk moderselskab ikke medregnes i det amerikanske moderselskabs indkomstopgørelse, idet det skattemæssigt er en irrelevant intern overførsel. Det danske anpartsselskab har desuagtet fuld fradrag for rente- og/eller royaltybetalingerne, idet man – indtil vedtagelsen af SEL § 2 A – i dansk skatteret fastholdt anpartsselskabets selvstændige skattemæssige status. SEL § 2 A, ændrede som sagt på dette, idet et dansk selskab under visse betingelser skal betragtes som et ikke selvstændigt skattesubjekt. Det medfører konkret, at hvis det danske selskab omkvalificeres efter SEL § 2 A, afskæres rente- og/eller royaltyfradraget, hvormed den skattemæssige symmetri fastholdes.

Et dansk selskab efter SEL 1, eller et fast driftssted af et udenlandsk selskab efter 2, stk. 1, litra a, anses alene for at være en transparent enhed, hvis det efter reglerne i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland skattemæssigt behandles som en transparent enhed, hvorved indkomsten i det danske selskab mv. medregnes ved opgørelsen af det koncernforbundne udenlandske moderselskabs skattepligtige indkomst, jf. SEL § 2 A, stk. 1 og 2. Omkvalificeringen efter SEL § 2 A får virkning på det tidspunkt, hvor valget har effekt i USA. Tilsvarende vil den fulde danske skattepligt indtræde på det tidspunkt, hvor selskabet ikke læn-

gere anses for at være transparent efter amerikansk skatteret, jf. Notat fra Skatteministeriet, j.nr. 2004-309-008.

I SEL § 2 A, stk. 3, 1. pkt., bestemmes det, at et udenlandsk selskab, der anses for at være en transparent enhed efter andre udenlandske regler, også anses for en transparent enhed i forhold til selskaberne omfattet af SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a. Hvis der eksempelvis er indskudt et selskab beliggende i fx Portugal mellem det danske selskab og det amerikanske moderselskab, og det amerikanske moderselskab også har checket boxen i det mellemliggende portugisiske selskab, anses det danske selskab stadig for at være en transparent enhed. Dette gælder også, hvis det portugisiske selskab var fx et søsterselskab eller andet koncernforbundet selskab. Den eneste betingelse er, at boxen er checket ned til henholdsvis det rentebetalende og det rentemodtagende selskab.

Dette gælder dog ikke, hvis det »mellemliggende« selskab (i vort eksempel det portugisiske selskab) beskattes som hjemmehørende i den fremmede stat, og er beliggende i Færøerne, Grønland, i en EU-medlemsstat, eller en anden stat som Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med, jf. SEL § 2 A, stk. 3, 2. pkt. Begrundelsen for undtagelsen er ifølge forarbejderne, at det »mellemliggende« selskab beskattes efter intern ret i den fremmed stat (i vort eksempel: Portugal), og behovet for værnsreglen er derfor ikke til stede. Af tilsvarende grunde undtages udenlandske selskaber, der omfattes af en dansk sambeskatning, jf. SEL § 2 A, stk. 8. Ifølge forarbejderne – skatteministerens besvarelse af et spørgsmål stillet af Ernst & Young, bilag 91 – skal det danske selskab stadig betragtes som transparent i andre henseende, bl.a. ved transaktioner mellem SEL § 2 A-filialen og dets amerikanske moderselskab.

Et dansk selskab omfattet af SEL § 2 A, betragtes generelt som en filial af et udenlandsk selskab, og der kan derfor som udgangspunkt paralleliseres til reglerne i SEL § 2, stk. 1, litra a. Dette må gælde for alle SEL § 2 A-filialens transaktioner.

Der er imidlertid også to klare divergenser mellem SEL § 2 A-filialen og den almindelige filial reguleret i SEL § 2, stk. 1, litra a.

Den ene er, at aktiver og passiver, der civilretligt tilhørte selskabet inden omkvalificeringen, også er tilknyttet SEL § 2 A-filial, uanset om dette er i modstrid med de almindelige allokeringskriterier, der gælder for den almindelige filial. Hvis et dansk holdingselskab således omkvalificeres til en SEL § 2 A-filial, medfører dette derfor ikke, at aktierne anses for afstået, jf. ellers SEL § 2, stk. 1, litra a. Overgangen fra beskatning efter SEL § 1 til beskatning efter SEL § 2 A og omvendt er positivt

reguleret i SEL § 2 A, stk. 4. Hovedreglen er, at overgangen ingen skattemæssige konsekvenser har, idet der succederes fuldt ud, og idet det omkvalificerede selskab tillige indtræder i de fremførelsesberettigede underskud og uudnyttede kildeartstab.

Den anden er, at en SEL § 2 A-filial altid har fast driftssted i Danmark, uanset hvad de almindelige tilknytningskriterier fører til. Dette gælder dog ikke, hvis en dobbeltbeskatningsoverenskomst anfører andet, og skatteyderen påberåber denne. Der vil i denne situation ske afståelsesbeskatning efter de almindelige regler for aktiver, der glider ud af dansk beskatning.

Hvis et udenlandsk moderselskab har to eller flere SEL § 2 A-filialer i Danmark, hæfter disse danske selskaber for den samlede skattebetaling, jf. SEL § 2 A, stk. 7.

Det er mere end tvivlsomt, om SEL § 2 A holder for en fællesskabsretlig prøvelse, jf. *Søren Friis Hansen* i SpO 2004, s. 415, der påviser, at bestemmelsen udgør en restriktion mod bl.a. den frie etableringsret, og at den ikke kan retfærdiggøres ud fra et tvingende alment hensyn.

4.2. Anden mulighed: Filial i et andet land

Filialstiftelse er tillige en mulighed, og det kan ikke udelukkes på forhånd, at man ikke vil foretrække denne etableringsform frem for datterselskabsformen. Det tungtvejende EU-retlige udgangspunkt er da også, at disse to etableringsformer skal ligestilles, jf. hertil afsnit 1.

En filial er begrebsmæssigt en del af den juridiske person, der er etableret i en anden stat. Dette gælder såvel selskabsretligt som skatteretligt. Det er således ikke et selvstændigt rets- eller skattesubjekt.

Selskabsretligt er det tungtvejende udgangspunkt, at der ikke kan skelnes mellem hovedselskabet og filialen. Det er således hovedselskabet, der indestår for alle de forpligtelser, der indgås via filialen. Hvis hovedselskabet således går konkurs, indbefatter dette begrebsmæssigt, at filialen lider samme skæbne, jf. *UfR 1989.969 Ø.* Inden for EU er det blevet nemmere at etablere en filial i et andet EU-land, idet 11. selskabsdirektiv (filialdirektivet) bl.a. sikrer, at der hverken kan kræves filialregnskab eller –kapital, og desuden skaber direktivet et ensartet og udtømmende regelsæt i hele EU. Om udenlandske selskabers registreringspligt i Danmark, se *Kristine Riisberg* og *Katarina Johannesen* i R&R 2002, nr. 9, s. 38 ff.

Et fast driftssted er i skatteretlig henseende heller ikke forskellig fra dets hovedselskab. Det betyder, at de aktiver og passiver, der skatte-

retligt er tilknyttet det faste driftssted, også indgår i hovedselskabets skattemæssige statusbalance. Det faste driftssteds indkomst indgår tillige i hovedselskabets indkomstopgørelse. Det er her forudsat, at den stat, hvor hovedkontoret er beliggende, beskatter efter globalindkomstprincippet. Et fast driftssted er således transparent. Hovedkontoret bliver således juridisk dobbeltbeskattet af indkomst fra det faste driftssted: Først i kildestaten af det fast driftssteds indkomst opgjort efter kildestatens skatteregler dernæst i domicilstaten efter denne stats skatteregler. Dobbeltbeskatningen lempes som oftest ved, at hovedselskabet kan fratrække kildeskatten efter ordinær credit metoden, jf. LL § 33 eller den konkrete DBO.

Fast driftssteds begrebet omfatter dog ikke alene den aktive virksomhedsudøvelse. Omfattet af fast driftssteds kriteriet er også det forhold, hvor en tidligere interessent modtager en overskudsafhængig udtrædelsesgodtgørelse, jf. *TfS 1989.38 H,* eller hvor en virksomhedsejer forpagter sin virksomhed ud, jf. *TfS 1995.865 LSR.*

Hvornår foreligger der et fast driftssted?

Reglen er, at der kun foreligger et fast driftssted, hvis betingelserne såvel i intern lovgivning som i den konkrete DBO er opfyldt. Formuleret på en anden måde: 1) Hvis der foreligger et fast driftssted i henhold til DBO'en, men ikke i henhold til den interne lovgivning, kan staten, hvor det faste driftssted er beliggende, ikke beskatte den erhvervede indkomst. 2) Det samme gælder i den situation, hvor der foreligger et fast driftssted i henhold til intern lovgivning, men hvor DBO'en fortolkes således, at der ikke foreligger et fast driftssted i forhold til denne.

Den interne danske hjemmel til at territorialbeskatte indkomsten fra et fast driftssted findes i SEL § 2, stk. 1, litra a. »Fast driftsstedsbegrebet« fortolkes almindeligvis i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst's art. 5, stk. 1, jf. *TfS 1996.532 H*. Flere andre stater har tillige valgt denne konformitet mellem det interne og modeloverenskomstens fast driftsstedsbegreb. Det må imidlertid stedse haves i erindring, at der er tale om to vidt forskellige lovgivningsområder. Den konkrete DBO's må således altid konsulteres for at vurdere, om denne følger modeloverenskomsten. Det forhold, at modeloverenskomsten eller kommentarerne hertil ændres, medfører naturligvis ikke, at fast driftsstedsbegrebet i SEL § 2, stk. 1, litra a, skal fortolkes i overensstemmelse med den ændrede modeloverenskomst. Dette må kræve en lovændring.

På grund af konformiteten mellem art. 5 og SEL § 2, stk. 1, litra a, vil der i det følgende blive taget udgangspunkt i art. 5 i modeloverenskomsten.

Hovedformålet med at definere begrebet fast driftssted i henhold til art. 5 er at fastsætte en stats ret til at beskatte en erhvervsmæssig indkomst, der er indtjent af et selskab eller en person i anden stat. Art. 7 afskærer nemlig kildestaten muligheden for at beskatte en erhvervsmæssig indkomst, medmindre selskabet eller personen udøver sin virksomhed gennem et fast driftssted dér.

Tre betingelser skal være opfyldt, før der konstitueres fast driftssted.

1. Der skal være et »forretningssted.« Det er ligegyldigt, om man ejer eller lejer lokaliteten. Et forretningssted kan også eksistere, hvor der ingen lokaler findes eller er fornødne til udøvelsen af foretagendets virksomhed. Det vigtige er, at der gennem dette sker en erhvervsudøvelse. I kommentaren til OECD's modeloverenskomst, pkt. 4.5, angives der fx, at en maler, som gennem to år tilbringer 3 dage om ugen i en kundes store kontorbygning, vil konstituere fast driftssted for maleren.

2. Forretningsstedet skal være »fast.« Der skal således være en forbindelse mellem forretningsstedet og en særlig geografisk lokalitet. Kravet er, at der er en kommerciel og geografisk helhed i relation til aktiviteten. Kravet om, at forretningsstedet skal være fast, indebærer tillige, at varigheden ikke må være af midlertidig karakter. Der kan dog ikke angives nogen eksakt tidsperiode, men forretningsstedet skal dog typisk være opretholdt i mindst 6 måneder, jf. også norsk Højesteretsdom af 2004-06-08, PGS Geophysical AS Et forretningssted kan udgøre et fast driftssted fra dets begyndelse, selv om det faktisk kun eksisterede i meget kort tid som følge af upåregnelige omstændigheder (fx skatteyderens død eller fejlinvestering), hvis det var hensigten, at etableringen skulle have en længere varighed. Omvendt konstitueres der fast driftssted, såfremt skatteyderen imod sin oprindelige hensigt, beholder forretningsstedet i en længere periode.

3. Der skal ske »erhvervsudøvelse gennem forretningsstedet.« Erhvervsudøvelsen skal være regelmæssig og have et omfang, hvorefter den – efter intern ret, jf. MDBO'ens 3, stk. 2 – kan kvalificeres som erhvervsmæssig virksomhed, jf. *Niels Winther-Sørensen*: Skatteretten 3 (3. udg. 2000), s. 125. Hverken i *TfS 1989.465 V* eller i *LSRM 1983.61* kunne der konstitueres fast driftssted, idet erhvervsudøvelsen gennem det lokale kontor var for beskeden. Herudover skal erhvervsudøvelsen ske *gennem* forretningsstedet. Den erhvervsudøvelse, der sker gennem hovedkontoret, kan således ikke statuere fast driftssted. I det

forhold, hvor selskabets aktiviteter består i udlejning af formuegoder, må det således vurderes, om erhvervsudøvelsen sker gennem et fast driftssted, eller om erhvervsudøvelsen sker fra hovedkontoret. Dette er i vidt omfang et spørgsmål om, hvordan udlejningskontrakten er konciperet. En større retlig driftsherreforpligtelse til at betjene, vedligeholde og reparere det udlejede, der kræver en fast medarbejderstab, kan i sig selv medføre, at der konstitueres fast driftssted. Hvorvidt personellet er tegningsberettiget eller ej, er principielt uden betydning.

Ud fra ovenstående kriterier omfatter udtrykket »fast driftssted« især: a) et sted, hvorfra foretagendet ledes, b) en filial, c) et kontor, d) en fabrik, e) et værksted og f) en grube, gas- eller oliekilde, et stenbrud eller et andet sted, hvor naturforekomster udvindes.

Det har været meget omdiskuteret, om E-handel fra en anden stat kan konstituere fast driftssted, jf. *Troels Graff* i SpO 2001.75 og *Lars Villadsen* i S.U. 2001.70. Det er nu præciseret i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 5, pkt. 42.1-42.10, at en website, som er en kombination mellem data og software, ikke alene kan statuere fast driftssted, idet en website ikke kan udgøre »et forretningssted.« En server kan derimod godt i visse tilfælde udgøre et forretningssted. Det kræver imidlertid, at man har rådighed over serveren, og det har man ikke, hvis virksomheden blot lejer sig ind på en andens server. Forholder det sig således, at man selv ejer eller har leaset en server, og er denne fast placeret på en lokalitet i kildelandet, kan det ikke udelukkes, at en website på denne server kan udgøre et fast driftssted. Funktionen må dog ikke være af hjælpende eller forberedende art, jf. art. 5, stk. 4. En internetudbyder kan kun meget sjældent udgøre et fast driftssted efter art. 5, stk. 5, idet denne ikke i almindelighed har fuldmagt til at binde fuldmagtsgiver. Som det bemærkes – og er bemærket af *Niels Winther-Sørensen* i S.U. 2002.248 – vil E-handel således sjældent i sig selv medføre fast driftssted.

Modeloverenskomsten tager særlig stilling til, hvornår der foreligger et fast driftssted ved *bygge-, anlægs- og monteringsarbejde*, jf. dennes art. 5, stk. 3. Det fastslås her, at fast driftssted statueres fra første dagen, hvis arbejdet har en varighed på mere end 12 måneder. I SEL § 2, stk. 1, litra a bestemmes det derimod, at sådanne arbejder statuerer fast driftssted fra første dagen, uanset arbejdets varighed. En konkret DBO med en bestemmelse svarende til modeloverenskomsten kan lempe beskatningen med det resultat til følge, at fast driftssted først konstitueres, hvis arbejdet har en varighed på mere end 12 måneder.

Agentreglen i modeloverenskomstens art. 5, stk. 5 kan medføre, at selv om betingelserne efter art. 5, stk. 1 og 2 ikke er tilstede for at

konstituere fast driftssted, kan en *afhængig agent* i sig selv statuere fast driftssted. Betingelsen er, at agenten er afhængig, og har fuldmagt til at binde fuldmagtsgiver. Agentreglen i art. 5, stk. 5 er således subsidiær i forhold art. 5, stk. 1 og 2. Fuldmagtsforholdet må i dansk skatteret antages at referere til det indre bemyndigelsesforhold. Det skal dog understreges, at andre stater kan lægge et andet kriterium til grund. Hvorvidt agenten er afhængig (art. 5, stk. 5) eller uafhængig (art. 5, stk. 6) er en meget konkret vurdering. Retningsgivende kan det dog anføres, at en agent (der meget vel kan være en juridisk person) kun vil falde inden for stk. 6's anvendelsesområde, såfremt han dels er uafhængig af foretagendet såvel juridisk som økonomisk, og han dels handler inden for sin sædvanlige erhvervsvirksomheds rammer, når han handler på foretagendets vegne, jf. pkt. 37 i kommentaren til modeloverenskomsten, og for dansk rets vedkommende *TfS 1996.532 H*, hvor Højesteret fandt, at en ejendomsadministration foretaget af advokater faldt inden for advokatvirksomhedens sædvanlige rammer, og da advokaterne endvidere ikke havde fuldmagt til at binde fuldmagtsgiver, kunne der ikke konstitueres fast driftssted, eller *TfS 2004.162 H,* hvor Højesteret fandt, at en dansk skatteyders udlejning af en helikopter til et tysk selskab ikke kunne statuere fast driftssted efter agentreglen, idet det tyske selskab var uafhængigt og handlede inden for sin sædvanlige forretningsvirksomhed. Det tyske selskab handlede i eget navn og havde den fulde driftsrisiko ved udlejningen af helikopteren. Afgørelsen er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 2004 sm. 145 ff.

I intern dansk skatteret hjemler SEL § 2, stk. 5, at en repræsentant ikke konstituerer fast driftssted, selv om denne har fuldmagt til at binde fuldmagtsgiver. Det er en betingelse, at repræsentanten ikke er ansat hos fuldmagtsgiveren. Salgsvirksomheden må udelukkende bestå i fjernsalg via telefon, fax, mail mv. En aktiv kundeopsøgende salgsvirksomhed vil således falde uden for denne bestemmelse.

En negativ afgrænsning af fast driftsstedsbegrebet findes i art. 5, stk. 4 i OECD's modeloverenskomst. Der er således ikke et fast driftssted hverken efter art. 5, stk. 1 og 2 eller efter art. 5, stk. 5, hvis virksomhedsudøvelsen omfattes af nævnte bestemmelse. Disse forretningssteders fællestræk er, at de i almindelighed er af forberedende eller hjælpende art. Sondringen mellem, om virksomheden er af forberedende eller hjælpende art, kan være utrolig vanskelig. Det afgørende kriterium er, om det faste forretningssted i sig selv udgør en væsentlig og betydningsfuld del af foretagendets virksomhed i sin helhed. Et varelager eller en indkøbsfunktion statuerer ikke alene et fast driftssted. Forskning, hvis dette ikke

er foretagendets hovedformål, statuerer som udgangspunkt heller ikke fast driftssted. Vurderingen er meget konkret, og må tage udgangspunkt i den enkelte virksomhed. I *TfS 1991.309 LSR* fandt Landsskatteretten ikke, at det forhold, at et udenlandsk selskab etablerede et kontor i Danmark med 6-7 medarbejdere, hvis opgaver bl.a. var at rådgive og lave skitsetegninger til de danske kunder, konstituerede fast driftssted. Medarbejderne havde ikke tegningsfuldmagt og alle ordre mv. skulle accepteres af det udenlandske hovedselskab.

Fast driftssteds-princippet har også en central *betydning for beskatningen af personselskaber*, fx interessentskabet, kommanditselskabet og EØFG'et. Det er en betingelse, at skatteyderen efter intern dansk skatteret har en medejendomsret i virksomheden, jf. *TfS 2004.162 H*, Karsten Schedsted-Blad, hvor skatteyderen frafaldt anbringet om deltagelse i et tysk stille selskab for Højesteret, hvorfor spørgsmålet ikke blev prøvet ved denne instans. Om forholdet mellem lån contra medejendomsret, se *Nikolaj Vinther* i UfR 2003.180 ff., *Erik Werlauff* i Skatteretlig respons (2001), s. 22 ff., *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber (1. udg. 2003), s. 45 ff. og *Aage Michelsen* i R&R 2003, sm., s. 272. Det forhold, at skatteyderen har medejendomsret i et deltagerbeskattet selskab, er dog ikke – i hvert fald efter dansk skatteret – alene tilstrækkeligt til at statuere fast driftssted, jf. *TfS 2002.15 LR,* hvor Ligningsrådet fandt, at to amerikanske fonde ikke havde fast driftssted i Danmark som følge af deltagelsen i et dansk kommanditselskab, idet aktiviteten var for begrænset til at kunne kvalificeres som erhvervsvirksomhed.

Udgangspunktet må være, at personselskabet i sig selv kan statuere fast driftssted, hvis betingelserne herfor er til stede. Hvis en af betingelserne imidlertid svigter, fx som følge af manglende lokalitet, træffes afgørelsen dels efter det sekundære fast driftssteds kriterium, og dels efter den enkelte selskabsdeltagers forhold, jf. *TfS 1996.532 H.* Se tillige *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst (1. udg. 2000), s. 170 ff.

Økonomisk dobbeltbeskatning kan opstå, når en overenskomststat kvalificerer et kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt (fx Sverige), og en anden overenskomststat (fx Danmark) betragter det som et ikke-selvstændigt skattesubjekt, dvs. det er transparent, og det er dermed de enkelte deltagere, der selvstændigt beskattes. Økonomisk dobbeltbeskatning er principielt en problemstilling, der ikke løses via DBO'erne, hvis årsagen til den økonomiske dobbeltbeskatning ikke kan løses gennem en gensidig aftaleprocedure, jf. MDBO'ens art. 25.

Problemet er dog delvis løst i dansk skatteret, idet Ligningsrådet i *TfS 2002.913 LR* har statueret, at LL § 33 hjemler ret til lempelse i den situation, hvor den anden stat kvalificerer et kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt, og hvor Danmark fastholder, at det er et ikke-selvstændigt skattesubjekt. Lempelsesberegningen skulle foretages samlet, dvs. som et nettoresultat af det overskud som det ene kommanditselskab havde, fratrukket det underskud som det andet kommanditselskab havde. Afgørelsen er kommenteret af *Anders Oreby Hansen* i S.U. 2003.113.

I firmagruppeforordningen er der direkte taget stilling til, hvorvidt et *EØFG* skal kvalificeres som et ikke-selvstændigt skattesubjekt eller som et selvstændigt skattesubjekt. I forordningen bestemmes det i art. 21, stk. 1: »Den økonomiske gevinst, der følger af firmagruppens virksomhed, betragtes som medlemmernes egen økonomiske gevinst og fordeles mellem dem i det forhold, der er fastsat i stiftelsesoverenskomsten, eller, hvis et sådant ikke er fastsat, i lige store bidrag.« Og videre i art. 40: »Kun de enkelte medlemmer skal svare skat af resultatet af firmagruppens virksomhed.« Et EØFG er således et ikke selvstændigt skattesubjekt. Hvorvidt et EØFG kan konstituere fast driftssted, må afgøres efter principperne i art. 5 i modeloverenskomsten. Man skal i den forbindelse være opmærksom på, at som udgangspunkt har hver enkelt forretningsfører tegningsbeføjelse, jf. nærmere forordningens art. 20. Dette taler for fast driftssted. Det, der taler imod, at EØFG'et udgør et fast driftssted, er dens hjælpende og understøttende karakter i forhold til selskabsdeltagerne, jf. forordningens art. 3, stk. 1. Formålet med et EØFG må ikke være at opnå en økonomisk gevinst, idet det ikke må overtage selskabsdeltagerens egne aktiviteter, og idet firmagruppen ikke må lede eller kontrollere deltagerens eller andres virksomheder, jf. art. 3, stk. 2, litra a.

Et *fast driftssted opstår på det tidspunkt*, hvor selskabet begynder at udøve sin erhvervsvirksomhed gennem det faste driftssted. Hvis erhvervsudøvelsen i forbindelse med etableringen af det faste driftssted har en væsentlig anden karakter, end den virksomhed det faste driftssted almindelighed skal udøve permanent i kildestaten, udskydes konstitueringen af det faste driftssted, indtil den permanente erhvervsudøvelse påbegyndes, jf. *TfS 1996.619 LSR*. En svensk kraftværksvirksomhed deltog sammen med en dansk virksomhed i et interessentskab, hvis formål var at opføre, eje og drive et kraftværk i Danmark. I opførelsesperioden stillede det svenske selskab visse medarbejdere til rådighed på timelønsbasis, men projektering og opførelse blev forestået af et andet

dansk selskab, og det svenske selskab havde ikke indtægter herved og drev ikke bygge- og anlægsvirksomhed. Landsskatteretten fandt, at det svenske selskab først fik fast driftssted i Danmark fra tidspunktet for idriftsættelsen af kraftværket.

Beskatning af det faste driftssted

Indkomstopgørelsen for et fast driftssted afhænger af, om man betragter det ud fra en ubegrænset eller en begrænset selvstændighedsfiktion. Formuleret på en anden måde: Skal indkomstopgørelsen for det faste driftssted ske på en tilsvarende måde, som var det et datterselskab, eller skal man også i skattemæssig henseende acceptere, at det faste driftssted og dets hovedkontor er én og samme juridiske person. I dansk skatteret, der er overensstemmende med OECD's modeloverenskomst, lægger man til grund, at indkomstopgørelsen skal foretages efter den begrænsede selvstændighedsfiktion.

Der gælder to hovedprincipper: 1) Et vedrørende de problemer, der knytter sig til *allokeringen* (fordelingen) af indkomst, og 2) et vedrørende de problemer, der knytter sig til *interne ydelser* mellem et fast driftssted og dets hovedkontor, jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst (1. udg. 2000), s. 195 ff.

Problemet om *allokering af indkomst* vedrører fordelingen af foretagendets faktiske indtægter og udgifter mellem det faste driftssted og dets hovedkontor. Dette er egentligt et spørgsmål om, hvorvidt det er det faste driftssted eller hovedkontoret, der er rette indkomstmodtager. Dette skal vurderes primært ud fra, hvem der er »ejer« af indkomstgrundlaget, herunder ved en forudgående allokering af aktiver og passiver, og sekundært ud fra ledelsens hensigt på dispositionstidspunktet. Det er for så vidt uden betydning for henføringen af indkomst til det faste driftssted, om indkomsten er erhvervet i kildestaten, domicilstaten eller i en tredjestat. Afgørende er blot, at indkomsten kan henføres til det faste driftssted.

Hvem, der er »ejer« af indkomstgrundlaget, der fx kan være en salgsfunktion eller et aktiv/passiv, afgøres efter, om indkomstgrundlaget har tilknytning til den erhvervsmæssige aktivitet, som det faste driftssted udøver. Kriteriet er således særligt velegnet, når der er tale om indkomst arter, der har en direkte forbindelse til den erhvervsmæssige aktivitet, som det faste driftssted udøver. Består den erhvervsmæssige aktivitet således i at sælge varer i et bestemt geografisk område, er det selvfølgeligt, at allokeringen af *salgsindtægter* og de hermed forbundne udgifter må henføres til det faste driftssted. Hvis det derimod ud fra en konkret

bevisvurdering må lægges til grund, at hovedkontoret reelt har forestået den indkomstskabende handling, skal indkomsten dog henføres til hovedkontoret, jf. *TfS 1989.605 H.*

De *driftsmidler* mv., som er nødvendige i forbindelse med det faste driftssteds erhvervsaktivitet, må ligeledes henføres til dette. Dette er ofte nemt konstaterbart, idet driftsmidlernes geografiske placering og tilknytningen til det faste driftssteds erhvervsmæssige aktivitet mange gange er sammenfaldne. Der er dog intet i vejen for, at driftsmidlerne stadig er tilknyttet det faste driftssted, uanset at den geografiske placering er et andet sted end kildestaten, fx domicilstaten. Det kan eksempelvis forekomme, at det faste driftssted udøver en erhvervsmæssig aktivitet i en anden stat. Antag eksempelvis, at et københavnsk byggefirma har et fast driftssted lige syd for grænsen. Dette faste driftssted vinder en entreprise i Sønderjyllands amt. Den indkomst, entreprisen resulterer i, skal henføres til det tyske faste driftssted og ikke til hovedkontoret i København. Indtægter og udgifter i tilknytning til sådanne driftsmidler skal selvsagt indregnes henholdsvis fratrækkes i det faste driftssteds indkomstopgørelse, idet driftsmidlerne udgør indkomstgrundlaget. Om de skattemæssige problemstillinger i relation til afskrivningsloven, se *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst (1. udg. 2000), s. 466 ff.

Et driftsmiddel er forholdsvist nemt at allokere, idet aktivet normalt udgør et nødvendigt led i erhvervsaktiviteten. Et fast driftssted, der fx driver vognmandsforretning, har selvsagt et antal lastbiler tilknyttet. Andre aktiver udgør ikke på samme måde et nødvendigt led i det faste driftssteds erhvervsudøvelse, og om disse aktiver derfor er tilknyttet hovedkontoret eller dets fast driftssted, er således ikke afgørende for foretagendet som helhed. *Aktier og fordringer* er eksempler på sådanne svævende aktiver. Det er i sådanne tilfælde, at det sekundære kriterium om ledelsens hensigt på dispositionstidspunktet især finder anvendelse. Det vil således være hensigtsmæssigt, hvis man i købsaftalen præciserer, at fordringen eller aktien er købt af det faste driftssted. Det må være uden betydning, hvorvidt der er tale om nærings- eller anlægsaktiver, jf. *Saint-Gobain, C-307/97.* I nævnte afgørelse er det forudsat, at etableringsreglernes krav om ligebehandling af et datterselskab og en filial fordrer, at en filial også kan eje anlægsaktier. Anlægsaktier kan dog ikke alene statuere fast driftssted, jf. *TfS 2002.15 LR.* Det er ved Lov nr. 394 af 28/5 2003 bestemt, at det som udgangspunkt kun er næringsaktier (ABL § 3), der kan tilknyttes et fast driftssted, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Den skattepligtige har dog mulighed for at vælge, at visse anlægs-

aktier skal tilknyttes et fast driftssted, der opstår i forbindelse med, at et selskab ophører med at være fuld skattepligtig efter SEL § 1 eller efter en DBO. Valget skal foretages i forbindelse med fraflytningen. De anlægsaktier, som ville kunne tilknyttes et fast driftssted, er aktier i selskaber, hvis formål det er at fremme aktionærernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde som led i den skattepligtiges erhvervsmæssige virksomhed her i landet. Dette forekommer som nævnt svært uforeneligt med fællesskabsretten.

Omstændighederne vedrørende erhvervelsen af aktien eller fordringen kan indgå som et moment angående allokeringen. Et fast driftssted, der modtager en vederlagsfordring, er således som udgangspunkt skattepligtig af denne. Skattepligten omfatter såvel en kursgevinst som et kurstab samt renter af fordringen. Andre omstændigheder såsom fx selvstændige bankkonti, placering af overskydende likviditet mv. kan tillige have afgørende betydning. Hvis et aktiv udgør indkomstgrundlaget for det faste driftssted, skal afkastet herfra også medregnes indkomstopgørelsen.

Immaterielle aktiver udgør også et væsentligt allokeringsproblem. De praktiske problemer, der er i forbindelse med at henføre »ejendomsretten« til disse rettigheder, har medført, at man i OECD regi har valgt den løsningsmodel at undlade at henføre »ejendomsretten.« Det er i stedet valgt, at udviklingsomkostningerne skal henføres til de dele af foretagendet, der vil gøre brug af det udviklede immaterielle aktiv. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst (1. udg. 2000), s. 506 ff. gør dog – på overbevisende måde – gældende, at immaterielle rettigheder også skal allokeres efter de generelle allokeringskriterier. De praktiske vanskeligheder bør med andre ord ikke resultere i, at man ikke kan henføre et immaterielt aktiv til et fast driftssted, fx hvor dette egenhændigt såvel udvikler aktivet som sørger for den senere kundekontakt. Royalty- og rentedirektivet 2003/49 ses tillige at forudsætte en sådanne allokering. »Ejeren« af det immaterielle aktiv indregner selvsagt også licensindtægterne mv.

Det er først, når der er tale om *interne ydelser,* at der gælder en begrænset selvstændighedsfiktion. I de andre tilfælde er det som oven for anført nødvendigt at allokere indtægter og udgifter, som om det var et selvstændigt skattesubjekt.

Det er ved de interne ydelser, at den juridiske realitet virkelig kommer frem. Dette kan illustreres ved interne lån mellem et hovedkontor og et fast driftssted.

Et låneforhold mellem et moderselskab og et datterselskab er en juridisk bindende aftale mellem to selvstændige juridiske personer, hvor det ene selskab er kreditor og det andet selskab er debitor. Mellem hovedkontoret og det faste driftssted er det et låneforhold mellem én og samme juridiske person, hvor hovedkontoret er kreditor og det faste driftssted er debitor. Denne form for konfusion giver ingen civilretlig mening, men skatteretligt skal det faste driftssted under visse forudsætninger betragtes som et begrænset selvstændigt skattesubjekt, jf. art. 7 i OECD's modeloverenskomst. Der skal således sondres mellem, hvornår hovedkontoret og dets faste driftssted skal betragtes som én enhed, og hvornår de skal betragtes som to selvstændige enheder.

Efter dansk ret og i overensstemmelse med kommentaren i OECD's modeloverenskomst lægges det til grund, at det følger af den begrænsede selvstændighedsfiktion, at der som udgangspunkt ikke skal beregnes fiktive renter af interne lån. Begrebsmæssigt betyder dette, at der ikke er et låneforhold mellem hovedkontoret og det faste driftssted. Det medfører, dels at foretagendets finansieringsudgifter mv. må deles forholdsmæssigt mellem foretagendets enkelte enheder, og dels at tynd kapitaliseringsreglerne som udgangspunkt ikke finder anvendelse i denne relation.

Udgangspunktet fraviges, hvis det er et internt lån, der er ydet i forbindelse med det faste driftssteds indkomstskabende aktiviteter, fx en bankfilial (eller når lånet præsteres af et koncernforbundet selskab, jf. *TfS 1993.7 H*). I de to relationer skal der afregnes en intern rente, og tynd kapitaliseringsreglerne skal tillige tages i betragtning.

Det afgørende for, om der skal beregnes fiktive interne avancer i henhold til armslængde prisen, er, om de interne ydelser har en nær tilknytning til foretagendets aktivitet. Eller med andre ord: Der skal indregnes en fiktiv avance, såfremt foretagendet almindeligvis indregner en avance for at præstere denne ydelsen, idet dette er foretagendets næringsvej. Dette gælder, uanset om ydelsen fx består i salg af varer, tjenesteydelser eller et lån. I de øvrige tilfælde skal indtægter og udgifter allokeres efter de sædvanlige kriterier.

Interne overførsler af *materielle og immaterielle aktiver fra* et fast driftssted i Danmark *til* det ubegrænsede skattepligtige hovedkontor skal efter intern dansk skatteret sidestilles med en afståelse til handelsværdier, jf. SEL § 7 A, jf. hertil *Aage Michelsen*: International skatteret (3. udg. 2003), s. 354 ff.

Aktiver, der for fremtiden skal allokeres til et fast driftssted i Danmark, får en indgangsværdi svarende til handelsværdien. Det må antages

at gælde trods det, at der ingen klar lovhjemmel er vedrørende dette forhold, og det må antages, at reglen gælder, uanset om der er tale om materielle eller immaterielle aktiver henholdsvis fordringer eller aktier, jf. *Niels Winther-Sørensen*: Skatteretten 3 (3. udg. 2000), s. 178 f.

Art. 7, stk. 4 i OECD's modeloverenskomst åbner tillige mulighed for, at en stat kan fastholde en *indirekte indkomstopgørelse*, hvor det så at sige er hele foretagendets fortjeneste, der forholdsmæssigt deles ud på de enkelte afdelinger. Den primære metode er den direkte indkomstopgørelse, eftersom det er ganske få stater, der anvender den indirekte indkomstopgørelsesmetode. En kildestat kan finde det ubehageligt også at skulle dele underskuddet forholdsmæssigt, især hvis underskuddet ikke er opstået i kildestaten. I Luxembourg havde man derfor regler, der medførte, at overskuddet forholdsmæssigt skulle allokeres til kildestaten, hvis der var overskud i hele foretagendet, hvorimod hvis der var underskud, var det kun det faktiske underskud, der kunne allokeres til kildestaten opgjort efter luxembourgske regnskabsprincipper. Disse princippers fællesskabsretlige lovmæssighed blev prøvet ved EF-domstolen, jf. *Singer, C-250/95*. Domstolen fandt, at det ikke var i strid med fællesskabsretten, at en medlemsstat anvendte et indirekte indkomstopgørelsesprincip i overskudssituation og et direkte indkomstopgørelsesprincip i underskudssituationen. Medlemsstaten måtte dog ikke kræve et egentligt regnskab, men kunne kun forlænge, at opgørelsen skete med tilstrækkelig klarhed og præcision. Opstilling af regnskab blev kun kravet i underskudssituationen.

4.3. Tredje mulighed: Repræsentant

En tredje etableringsmulighed er at lade virksomheden repræsentere i en anden stat gennem en agent. Denne etableringsmulighed er generelt mindre risikofyldt end etableringen af et datterselskab eller en filial. Det er ofte set, at repræsentationen i en anden stat er første skridt til en egentlig etablering i form af enten et datterselskab eller en filial.

Det, man i skattemæssig henseende skal være opmærksom på, er, at agentreglen i art. 5, stk. 5 udvider begrebet fast driftssted, idet den også omfatter den situation, hvor det er et andet skattesubjekt, der handler på foretagendets vegne. Det er således en selvstændig skatteretlig kvalifikation, hvor kriterierne for, at repræsentanten (der også kan være en juridisk person) konstituerer fast driftssted, er, at denne a) handler på foretagendets vegne, b) har fuldmagt til i overenskomstens kildeland

at indgå aftaler i foretagendets navn og c) sædvanligvis udøver denne fuldmagt, jf. *Niels Josephsen* i S.U. 1996.110.

Den selvstændige skatteretlige begrebsdannelse medfører, at det ikke er muligt alene ud fra en civilretlig begrebsfastlæggelse af »repræsentanten« at anføre, om denne konstituerer fast driftssted. Kan eksempelvis en handelsagent eller en kommissionær konstituere fast driftssted? Det kan ikke på forhånd udelukkes. En handelsagent er en selvstændig erhvervsdrivende, jf. hagl. § 2, og denne har ikke gennem sin stilling en »selvskreven« fuldmagt, jf. modsætningsvis hagl. § 16. Det må dog antages, at meget vil tale for, at der konstitueres fast driftssted, hvis agenten tildeles en fuldmagt. En kommissionær kan dog næppe konstituere fast driftssted, idet denne handler i eget navn – men for kommittentens regning, jf. kommissionslovens § 4.

Det kan helt udelukkes, at en eneforhandler kan konstituere fast driftssted, idet denne handler i eget navn og for egen regning. Der foreligger således ikke et mellemmandsforhold, hvilket er en forudsætning for at bringe agentreglen i anvendelse. Det samme må gælde for »mæglere.«

Det, det drejer sig om, hvis man ikke ønsker, at der skal statueres fast driftssted, er at gøre en repræsentant så uafhængig, at denne omfattes af modeloverenskomstens art. 5, stk. 6. Denne bestemmelse har forrang frem for agentreglen i art. 5, stk. 5. Er repræsentanten således uafhængig i modeloverenskomstens art. 5, stk. 6' forstand, er det ensbetydende med, at der ikke kan statueres fast driftssted efter art. 5, stk. 5, jf. *Anders Oreby Hansen* og *Nikolaj Bjørnholm*: Lempelse af dobbeltbeskatning (3. udg. 2002), s. 304 ff.

Dette effektueres konkret ved at gøre ham såvel økonomisk som juridisk uafhængig. Hvis det vurderes, at der er tale om en afhængig agent, kan det alligevel imødegås, at der konstitueres fast driftssted, nemlig ved at sikre, at agenten ikke har fuldmagt til at binde foretagendet, jf. atter *TfS 1991.309 LSR.*

I *TfS 1992.294 LR* var spørgsmålet, om en afhængig repræsentant, hvis aktivitet udgik fra dennes private bolig, ville statuere fast driftssted. Der kunne ikke statueres fast driftssted ud fra art. 5, stk. 1 og 2, idet det tyske foretagende ikke havde et fast forretningssted i Danmark. Spørgsmålet om fast driftssted ville derfor afhænge af, om repræsentanten kunne anses som agent for foretagendet, jf. art. 5, stk. 5. Dette var Ligningsrådets opfattelse, men det var en betingelse, at han havde fuldmagt til at gennemføre salget. Hvis han havde dette, vil der foreligge fast driftssted, medmindre kunderne udtrykkeligt blev gjort opmærksom på, at salget var betinget af det tyske selskabs godkendelse. Afgørelsen

er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 1992, sm. 154 ff. Han argumenterer på overbevisende måde for, at fuldmagtsforholdet i art. 5, stk. 5, skal læses som den indre bemyndigelse bl.a. ud fra den betragtning, at begrebet »authority,« der er anvendt i den originale engelske tekst, refererer til den indre bemyndigelse i henhold til engelsk ret. Se tillige *Poul Erik Hjerrild-Nielsen* i S.U. 1992.305, hvor han tillige støtter, at det må være den indre bemyndigelse, der er gældende, idet dette er den mindst vidtgående betydning af begrebet fuldmagt.

Skatteretligt er der typisk ikke knyttet goodwill til en virksomhed, hvis aktivitet alene baseres på en agent- eller eneforhandleraftale, idet agent- eller eneforhandleraftalen indskrænker agentens eller eneforhandlerens muligheder for at disponere over den kundekreds mv., der er opbygget, jf. hertil *Jens Wittendorff* i R&R 2004, nr. 11, s. 40 ff. og i R&R 2004, nr. 12, s. 26 ff. I *UfR 1999.348 H* fandt Højesteret, at et erlagt beløb på 850.000 skr. ikke kunne kvalificeres som goodwill, idet agenten ikke kunne overdrage sit agentur uden agentgiverens samtykke. I *UfR 2000. 1104 H* fandt Højesteret, at et beløb på ca. 3.500.000 kr. ikke kunne kvalificeres som goodwill, selv om aftalen principielt hjemlede ret til at overdrage rettigheder og forpligtelser i henhold til eneforhandleraftalen, da producenten på et hvilket som helst tidspunkt kunne opsige aftalen med 6 måneders varsel. Der kunne således ikke være tale om overdragelse af en kundekreds, forretningsforbindelser o. lign., når producenten således kunne afskære kundekontakten. Højesteret har i *TfS 2002.563 H* stadfæstet sin praksis i UfR 2000.1104 H, idet det forhold, at det var eneforhandleren, der opsagde aftalen, at eneforhandleren og leverandøren/producenten var bundet af en konkurrenceklausul, og at eneforhandleren ikke alene overdrog eneforhandlingsretten, men hele virksomheden med inventar og personale, ikke ændrede Højesterets begrebsfastlæggelse af begrebet goodwill. *Ole Bjørn* bemærker med rette i SR-Skat 2003, s. 176, at kun i den situation, hvor der ingen opsigelsesfrist overhovedet er i eneforhandlingskontrakten, kan en undtagelse komme på tale. Der indgås imidlertid næppe mange eneforhandlingskontrakter uden en opsigelsesfrist, og desuden medfører almindelige obligationsretlige principper vedrørende længerevarende aftaler, at en sådan kontrakt kan opsiges med et passende varsel – typisk 6 måneder. Hvis der er andre aktiviteter udover agent- eller eneforhandleraktiviteten, skal værdien af goodwillen fordeles mellem kontraktparterne, jf. *TfS 2000.392 LR*, hvor Ligningsrådet fandt, at 20% kunne henføres til automobilforretningen, mens de resterende 80% vedrørte navnet på bilmærket og tilhørte det selskab, der drev grossistvirksom-

hed med salg af bilerne i Danmark, jf. hertil *Niels Josephsen* i S.U. 2004.84.

4.4. Fjerde mulighed: Sælger varer eller tjenesteydelser fra domicillandet

Et selskab kan tillige vælge at blive i domicilstaten og derfra servicere sine kunder. Dette kan være en mulighed, hvis man ikke finder, at markedet kan bære en egentlig etablering i kildestaten.

EU-retligt må det ikke være mere restriktivt for et selskab i en anden medlemsstat at præstere en tjenesteydelse, end det er for de indenlandske selskaber, jf. art. 49 EF.

Tjenesteydelsesmodtageren er tillige beskyttet efter dette regelsæt, jf. *Eurowings Luftverkehrs AG, C-294/97.*

En tysk leasingtager havde leaset et luftfartøj af et Irsk selskab. De tyske skatteregler var indrettet således, at der blev pålignet et selskab en erhvervsskat én gang. Hvis skatten blev pålignet leasinggiveren, var leasingtageren fritaget for erhvervsskatten. Hvis det derimod forholdte sig således, at erhvervsskatten ikke blev pålignet leasinggiveren, blev leasingtageren erhvervsbeskattet. EF-domstolen fandt, at skattebestemmelserne indebær en forskellig behandling af tjenesteydere, der er etableret i en anden medlemsstat, hvilket var i strid med art. 49 EF. EF-domstolen lagde til grund, at den tyske erhvervsbeskatningsordning altid ramte udenlandske tjenesteydere, hvorimod de indenlandske tjenesteydere, der principielt var erhvervsskattepligtige, ofte kunne indrette sig således, at erhvervsbeskatningen faktisk ikke indtrådte. Den tyske regerings udligningsbetragtning om, at erhvervsskattens endelige placering var uden betydning, idet skattebetalingen indvirkede i leasingydelsen, kunne heller ikke tiltrædes af EF-domstolen.

Udgangspunktet efter modeloverenskomsten er, at domicilstaten har beskatningsretten, hvis der ikke er særskilt hjemmel til at beskatte en indkomst i kildestaten, jf. art. 21.

Det betyder, at langt de fleste indkomstarter beskattes i domicilstaten, hvis foretagendet ikke har et fast driftssted i kildestaten. Et selskab, der grænseoverskridende præsterer varer eller tjenesteydelser, konstituerer ikke i almindelighed fast driftssted i en anden stat. Et selskab er dog indeholdelsespligtig, hvis det overfører en rettighed, der statuerer begrænset skattepligt. Dette gælder også ved en overførsel af et immaterielt aktiv via et andet produkt, jf. *Jørgen Juul Andersen* og *Thomas Bjerre* i S.U.

2004.85. I et sådant tilfælde skal prisen på varen/tjenesteydelsen og det immaterielle aktiv opdeles.

Der gælder dog særlige regler for udbytte-, rente og royaltyindkomst, jf. art. 10-12. For rente- og udbytteindkomst er der en delt beskatningsret.

Fortjeneste ved afståelse af aktiver kan som udgangspunkt også kun beskattes i domicilstaten, jf. art. 13, stk. 5. Et *fast driftssteds aktiver* beskattes dog i kildestaten, hvor det fast driftssted er placeret, jf. art. 13, stk. 2, og hvis kildestaten er Danmark, er der beskatningshjemmel i SEL § 2, stk. 1, litra a. *Fast ejendom* beskattes altid i kildestaten, jf. art. 13, stk. 3, og hvis det er Danmark, der er kildestat, er hjemlen i SEL § 2, stk. 1, litra b.

4.5. Femte mulighed: Royalty fra licensbetaler i en anden stat

Royaltybeskatningen er reguleret i SEL § 2, stk. 1, litra. g, i art. 12 i OECD's modeloverenskomst og i rente- og royaltydirektivet 2003/49.

I et videnssamfund er det ikke bemærkelsesværdigt, at royalty og dennes skattemæssige behandling bliver af stadig større betydning. Da immaterielle aktiver tillige må henføres under kategorien: »mobile income,« jf. tillige listen i SEL § 32, stk. 5, skærpes betydningen endnu mere, idet det er forholdsvist nemt at placere et immateriel aktiv i et lavskatteland og derved kanalisere indkomst via royaltybetalinger til udlandet.

Princippet om rette indkomstmodtager fordrer, at indkomst skal henføres til det skattesubjekt, der besidder indkomstgrundlaget. En vigtig forudsætning er derfor at få fastlagt, hvem der ejer indkomstgrundlaget. Det kan være nødvendigt at opdele rettigheden i sine bestanddele og fordele disse blandt flere rettighedshavere, jf. *TfS 2003.392 LR,* hvor Ligningsrådet fandt, at af den samlede værdi af goodwill kunne 20% henføres til automobilforretningen, og de resterende 80% kunne henføres til navnet på det bilmærke, forretningen forhandlede.

Ejeren af indkomstgrundlaget skal indtægtsføre royaltybetalingerne på retserhvervelsestidspunktet og kan – efter dansk ret – afskrive immateriel aktivets anskaffelsessum, jf. nærmere AL § 40. Licenshaveren kan fratrække såvel et up-front beløb som de løbende royaltybetalinger på det endelige forpligtelsestidspunkt, jf. for dansk rets vedkommende SL § 6 a, jf. *Jørgen Vestergaard-Jensen* og *Albert Kusk* i TfS 2000.649.

En immaterielrettighed adskiller sig fra øvrige formuerettigheder ved, at værdien af rettigheden består i at kunne modsætte sig an-

dres brug af denne. Det er kun ejeren af fx varemærket, patent- eller ophavsrettigheden, der kan udnytte disse rettigheders værdi. Udnyttelsen kan bestå i, at han via en licensaftale giver licensmodtageren ret til eksempelvis at udnytte retten i et bestemt geografisk område, i en begrænset periode og på en bestemt måde. Det er en fortolkning af den underliggende civilretlige aftale, der er afgørende for, hvorvidt der er sket en fuldstændig, endelig ejendomsretsoverdragelse, eller om aftalen kun hjemler en licensrettighed. Sondringen har væsentlig skattemæssig betydning.

Retspraksis er i forhold til immaterielrettighedernes værdi og betydning relativt beskeden. Højesteret har dog i *TfS 2004.76 H, EBCD Film A/S*, afsagt en dom af betydelig præjudikatværdi.

> Sagen handlede om, hvorvidt tre aftaler vedrørende filmrettigheder indgået i indkomståret 1993 skulle kvalificeres som en overdragelsesaftale, hvorefter skatteyderen erhvervede en ophavsretlig immaterielrettighed, eller om aftalerne skulle betragtes som en licensaftale. Hvis det var en ophavsretlig immaterielrettighed, skulle denne afskrives efter dagældende LL § 16 F, stk. 2, eller dagældende § 15, stk. 1, i lov om særlig indkomst. Der var enighed mellem parterne om, at disse bestemmelser skulle fortolkes på samme måde. Hvis det var en licensaftale, var denne skatteretligt omfattet af SL § 6 a, og var derfor fradragsberettiget på forpligtelsestidspunktet. De tre aftaler var alle karakteriseret ved, at EBCD Film A/S erhvervede en filmrettighed. Den *ene* aftale, der var indgået med Merry Film ApS, gav EBCD Film A/S ret til som licenstager at udleje 27 filmtitler for en periode på tre år til »nontheatrical« brug. Købsprisen var 81.000 kr. ekskl. moms, hvoraf 50% blev betalt ved kontraktens indgåelse, og de øvrige 50% skulle betales året efter den 10. januar 1994. Den *anden* aftale, der var indgået med CHS Film ApS, gav EBCD Film A/S ret til som licenstager at erhverve samtlige 16 mm filmkopier samt eneretten til at udleje disse film for en tidsubegrænset periode. Købsprisen var 133.000 kr. ekskl. moms. Den *tredje* aftale, der var indgået med United International Pictures, overførte rettighederne til en række 16 mm film for en periode på 4 år. EBCD Film A/S skulle for dette betale en forudbetaling på 200.000 kr. ekskl. moms.
>
> Højesterets flertal (3-2) fandt, at alle tre aftaler skulle kvalificeres som licensaftaler, hvilket skattemæssigt betød, at EBCD Film A/S kunne fradrage omkostningerne i anvendelsesåret, jf. SL § 6 a. Det afgørende for Højesterets flertal var, at »Ordet »tidsbegrænsede« i § 2, nr. 4, i lov om særlig indkomstskat må forstås som sigtende til den tidsbegrænsning, der følger af, at de pågældende rettigheders varighed er begrænset i henhold til de retsregler, der gælder på det pågældende område, jf. navnlig ophørsbestemmelserne i ophavsretslovens kapitel 4 om ophavsrettens gyldighedstid.« Hovedreglen i nævnte bestemmelse

er, at beskyttelsestiden varer, indtil 70 år er forløbet efter ophavsretsmandens dødsår, jf. hertil *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer (2. udg. 1998), s. 495 ff. Højesteret præmisudtalelse kan ikke forstås anderledes, end at bestemmelsen i såvel dagældende ligningslov og lov om særlig indkomst skulle fortolkes således, at en skatteyder ikke har afskrivningsret, før han har erhvervet den fulde ejendomsret og ikke alene en brugsrettighed. Højesteret afviser også, at aftale nr. 2 indgået med CHS Film ApS medfører, at EBCD Film A/S erhvervede en ejendomsret til filmrettighederne. Der var stadig tale om en begrænset brugsrettighed, selv om aftalen var tidsubegrænset. Aftalen gav således ret til at udleje 16 mm film, men eksempelvis ikke ret til udlejning gennem et andet medie, fx videofilm. Dommen er kommenteret af *Jan Pedersen* i R&R 2004, sm. 30 ff.

Afgørelsen må læses således, at Højesteret tilsidesætter de øvrige instansers selvstændige skatteretlige begrebsdannelser for i stedet at lægge en civilretlig (læs: immaterielretlig) kvalifikation til grund. Afgørelsen har også betydning efter indkomståret 1999, hvor den nye afskrivningslov trådte i kraft.

En selvstændig skatteretlig begrebsdannelse kan for skatteyderen få uventede skattemæssige følger, hvis denne ikke er bekendt med denne. Goodwillbegrebet er et eksempel på en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse, jf. *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten (2004), s. 103 ff. Det er bl.a. set i *UfR 2002.816 H, Bakemark Danmark A/S:*

Sagen handlede om et svensk moderselskab og dets danske datterselskabs køb af aktiviteterne i to aktieselskaber, der drev henholdsvis en konfekturevirksomhed og en hudplejevirksomhed. Koncernen var egentligt kun interesseret i at overtage konfekturevirksomheden, men sælgeren betingede, at der skulle ske et samlet salg. I overdragelsesaftalen var bl.a. et vederlag på 72 mio. kr. for »goodwill« knyttet til de overdragne produktionsvirksomheder. Dette beløb blev betalt af det svenske moderselskab. De delte de overtagne aktiver og passiver, således at det danske datterselskab, der hidtil ikke havde haft nogen aktivitet, overtog konfekturevirksomheden. Skattemyndighederne henførte hele goodwillen til det danske datterselskab, således at denne skulle medregne de 72 mio. kr. i indkomstopgørelsen som et skattepligtigt tilskud fra moderselskabet til datterselskabet. Landsskatteretten fastsatte tilskuddet til 48 mio. kr., der skønsmæssigt udgjorde goodwill for konfekturevirksomheden. Landsretten og Højesteret stadfæstede. Højesteret udtalte herved bl.a., at ejendomsretten til goodwill i form af kundekreds, forretningsforbindelser og lignende ikke kan overdrages som et særskilt aktiv løsrevet fra den virksomhed, som goodwillen knytter sig til. Dommen er kommenteret af *Ole*

Bjørn i SR-Skat 2003. s. 176 f. og af *Bent Ramskov* i SpO 2002, s. 241 ff.

Hvem, der er »retmæssig ejer« i overenskomstmæssig henseende, kan variere fra de enkelte lande. Sådanne eventuelle konflikter må afklares i begge de respektive lande, inden aftalen underskrives. Er aftalen endeligt indgået, er skatteyderen henvist til en mulig løsning via den gensidige aftaleprocedure.

Da rente- og royaltydirektivet 2003/49 i vidt omfang er kalkeret fra modeloverenskomsten, anvender også direktivet begrebet »retmæssig ejer.« Det skal dog i den henseende bemærkes, at begrebet da er et autonomt EU-retligt begreb, der i sidste instans bliver fortolket af EF-domstolen.

Overdragelse af immaterielrettigheder

Sælgeren skal som hovedregel beskattes af immaterielrettigheden på overdragelsestidspunktet, jf. AL § 40, stk. 6. Beskatningsgrundlaget udgør forskellen mellem afståelsessummen og den nedskrevne værdi. Om afståelse og erhvervelse af immaterielrettigheder generelt, se *Jørgen Vestergaard-Jensen* og *Albert Kusk* i TfS 1999.959.

Sælgeren har dog mulighed for, hvis det i kontrakten er aftalt, at vederlaget ikke skal betales fuldt ud på overdragelsestidspunktet at indtægtsføre vederlagsbeløbene efterhånden som disse forfalder efter aftalen. Vederlagsbeløbende skal dog seneste indtægtsføres i det år, hvori de betales, jf. periodiseringsreglen i LL § 27 A. Det er en betingelse for anvendelse af reglen, at sælgeren enten er ophavsmand til den afhændede rettighed, eller at denne er erhvervet som led i selskabets næringsvej eller i spekulationsøjemed. Det er ikke muligt at ændre den oprindelige aftale med den virkning at ændre på periodiseringsplanen. Den oprindelige aftale fastlåser så at sige periodiseringsplanen. De rettigheder, der er omfattet af LL § 27 A, er afhændelse af patentret, ophavsret til litterære og kunstneriske værker, ret til mønster eller varemærker eller lignende tidsbegrænsede rettigheder eller afhændelse af en særlig fremstillingsmetode eller lignende (knowhow.)

Køberen kan afskrive anskaffelsessummen med indtil 1/7 årligt startende i anskaffelsesåret. Det gælder ved erhvervelse af goodwill og ved erhvervelse af andre immaterielle aktiver såsom særlig fremstillingsmetode eller lignende (knowhow), patentret, forfatter- og kunstnerret og ret til mønster eller varemærke eller ved erhvervelse af retten ifølge en udbytte-, forpagtnings-, eller lejekontrakt. Ved erhvervelse af rettig-

heder, der er beskyttet efter anden lovgivning, fx ophavsretsloven eller patentloven, og hvor beskyttelsesperioden på aftaletidspunktet er mindre end 7 år, kan ejeren afskrive efter en sats, der svarer til, at anskaffelsessummen afskrives med lige store årlige beløb over den resterende beskyttelsesperiode, jf. i det hele AL § 40, stk. 1 og 2.

Det er muligt efter AL § 41 at straksafskrive udgifter til erhvervelse af knowhow og patentrettigheder. Reglen åbner således op for enten af afskrive anskaffelsessummen med 1/7 årligt efter AL § 40, stk. 2 eller at straksafskrive efter AL § 41. Den samme mulighed for straksafskrivning gælder for udgifter til erhvervelse af licens- eller brugsrettigheder til knowhow eller patentrettigheder.

Et efterfølgende salg af knowhow eller patentrettigheder, der er afskrevet efter AL § 41, stk. 1, skal medregnes fuldt ud i selskabets indkomstopgørelse, jf. AL § 41, stk. 2.

Det er muligt at udnytte denne afskrivningsret gennem et komplekst samspil mellem inden- og udenlandsk skatteret. Det viser *TfS 2003.850 LR, TDC A/S,* med alt tydelighed.

I *TfS 2003.850 LR* havde en dansk koncern et tysk datterselskab, der var eneejer af et tysk anpartsselskab (GmbH). GmbH'et havde oparbejdet en betydelig goodwillværdi på baggrund af den markedsmæssige udvikling. GmbH'et blev i ultimo 2002 omdannet til et KG (kommanditselskab). Omdannelsen (Formwechsel) kunne efter Umwandlungsgesetz ske, uden det medførte likvidation, og den kunne foretages skatteneutralt efter Umwandlungssteuergesetz. Det mellemliggende tyske moderselskab blev enekommanditist, hvorimod et andet koncernselskab blev komplementar uden medejendomsret. Da et KG er skattemæssigt transparent, havde omdannelsen som resultat, at alt hvad dette tjente og ejede, tillige var indtjent og ejet af det overliggende datterselskab. Det tyske datterselskab blev primo 2003 inddraget under dansk sambeskatning. Spørgsmålet var herefter, om det tyske datterselskab ved omdannelsen af sit datterselskab til et kommanditselskab havde erhvervet en ideel andel af aktiviteterne i kommanditselskabet, herunder goodwill, til handelsværdien på omdannelsestidspunktet, således at der i sambeskatningsindkomsten kunne foretages afskrivninger med udgangspunkt i denne værdi. Forespørgerens opfattelse var, at omstruktureringen alene skulle vurderes efter dansk skatteret. Formuleret på en anden måde: Når der hverken i dansk selskabs- eller selskabsskatteret er successionshjemmel, skulle omstruktureringen sidestilles med en afståelse af samtlige aktiver og passiver til handelsværdier i GmbH'et, og en erhvervelse af samtlige aktiver og passiver til handelsværdier i KG'et. Da KG'et er transparent, vil det sige, at enekommanditisten (her: det tyske datterselskab) tillige erhvervede alle aktiver og passiver til handelsværdier. Told- og Skattestyrelsen anførte i sin indstilling, at »sagens centrale spørgs-

mål ikke alene skulle afgøres på grundlag af dansk skatteret, men at de tyske *civilretlige* regler også havde betydning for bedømmelsen af sagen. Hvis de tyske *civilretlige* regler tillægges betydning, skal der ske en »kvalifikation« af faktum. Det var her Told- og Skattestyrelsens opfattelse, at den pågældende selskabsomdannelse, der er sket uden likvidation af det ophørende selskab og på en måde, hvor kommanditselskabet indtræder i aktieselskabets stilling, måtte sammenlignes med en dansk selskabsomdannelse med succession.« [min kursivering] Ligningsrådet fulgte ikke Styrelsens indstilling, men tiltrådte forespørgerens synspunkter, dvs. den opfattelse, at opgørelsen af udenlandsk sambeskatningsindkomst skal ske efter dansk skatteret, og at dette medførte, at der var tale om *erhvervet* goodwill, som datterselskabet kunne afskrive på med den indgangsværdi, der var fastsat efter reglerne i SEL § 31, stk. 6.

SEL § 8 B er vedtaget for at imødegå denne »spekulationsmulighed.« Det bestemmes heri, at selskaber, der erhverver afskrivningsberettigede aktiver fra et koncernforbundet selskab, jf. KGL § 4, stk. 2, uden at dette har medført beskatning i Danmark eller udlandet, eller hvis beskatningen er udskudt efter udenlandske regler, indtræder det erhvervende selskab i det overdragendes selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. De afskrivningsberettigede aktiver anses for afskrevet maksimalt efter danske regler indtil erhvervelsestidspunktet, jf. SEL § 8 B, stk. 1. Genvundne afskrivninger på aktiver, der anses for afskrevet maksimalt forud for inddragelsen under dansk beskatning, vil højst kunne udgøre det beløb, hvormed summen af foretagne afskrivninger efter skattepligtens indtræden overstiger det faktiske værditab efter inddragelsen.

Erhverves goodwill eller andre immaterielle aktiver, og er disse oparbejdet, er retsfølgen, at disse betragtes som oparbejdet af det erhvervende selskab, jf. SEL § 8 B, stk. 2. Formuleret på en anden måde: anskaffelsessummen udgør 0 kr.

Step-up muligheden er med disse regler udelukket. Reglerne, herunder ikrafttrædelsesreglerne, er imidlertid så restriktive, at de må betragtes som såvel fællesskabsstridige som i strid med menneskerettighedskonventionens art. 1, protokol 1, jf. *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i TfS 2004.21 og i SpO 2004.1.

Et salg af et immaterielt aktiv kan afregnes i form af en løbende ydelse, jf. LL § 12 B. Der er tale om en løbende ydelse, når der hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, når ydelsen løber udover aftaleåret. Ligningsrådet har i *TfS 2003.852 LR* fastslået, at LL § 12 B ikke finder anvendelse, hvis det yderli-

gere vederlag er et engangsvederlag. Sagen handlede om en aktionær, der ønskede at sælge sine aktier tilbage til det udstedende selskab. I overdragelsesaftalen var der indsat et vilkår om, at der ved opgørelsen af afståelsessummen skulle reguleres for resultatet i afståelsesåret i et underliggende datterselskab. Afståelsessummen ville således blive reguleret i året efter afståelsen. Da der kun skete én efterfølgende regulering, fandt Ligningsrådet, at reguleringsbeløbet skulle beskattes som yderligere vederlag for afståelse af aktierne – og beløbet blev derfor ikke kvalificeret som en løbende ydelse omfattet af LL § 12 B.

Efter LL § 12 B er det muligt skattemæssigt at tage højde for den usikkerhed, der er ved at værdiansætte et immaterielaktiv, idet systemet har indbygget en reguleringsmekanisme. Det *første* trin efter LL § 12 B er at opgøre det overdragendes kapitaliseringsværdi og beskatte herudfra. Det er efter AL § 40, stk. 7 muligt at få rentefri henstand i indtil 7 år med betalingen af skatten, der er pålignet et immateriel aktive efter AL § 40, stk. 1 og 2. De modtagne beløb skal til gengæld direkte anvendes til afdrag af henstandsbeløbet. Såfremt de løbende ydelser endeligt ophører inden 7 år, uden at overdrageren fra erhververen har opnået et tilstrækkeligt beløb til dækning af henstandsbeløbet, frafaldes kravet på det ikke betalte henstandsbeløb.

Det *næste* trin er at postere kapitaliseringsbeløbet på en saldo. Det skal begge parter gøre. Så længe at saldoen er positiv, dvs. summen af de løbende ydelser er mindre end saldobeløbet, sker der ikke skattemæssigt yderligere. Bliver saldoen negativ, medfører dette, at overdrageren yderligere skal beskattes, og erhververen kan fradrage. Ophører den løbende ydelse, inden saldoen er gået i nul eller i minus, reguleres der forskelligt for henholdsvis overdrageren og erhververen. Overdrageren kan som udgangspunkt fradrage differencen i ophørsåret. Dette gælder dog ikke, hvis det overdragende aktiv ikke er skattepligtigt, eller hvis der er et skyldigt henstandsbeløb efter AL § 40, stk. 7. Erhververen skal som udgangspunkt medregne differencen i sin indkomstopgørelse. Dette gælder ikke, hvis han hverken har kunnet afskrive eller fradrage anskaffelsessummen. Differencen skal heller ikke medregnes, såfremt erhververen har indtrådt i overdragerens skattemæssig stilling efter ABL §§ 11 og 11 A eller efter KSL § 33 C. Se også *Christen Amby* i Festskrift til Ole Bjørn, hvori han anbefaler, at LL § 12 B ikke skal finde anvendelse ved overdragelse af aktier.

Efter modeloverenskomstens art. 13, stk. 5 er det som udgangspunkt »afhænderstaten,« der er berettiget til at beskatte en fortjeneste. Hvis immaterielaktivet er tilknyttet et fast driftssted, er det kildestaten, hvor

det faste driftssted er beliggende, der har beskatningsretten, jf. art. 13, stk. 2.

Licensbetalinger

Royaltybetalinger skal medregnes i rettighedshaverens indkomstopgørelse, jf. SL § 4, og kan fratrækkes i royaltybetalerens indkomstopgørelse, jf. SL § 6, jf. atter *Jørgen Vestergaard-Jensen* og *Albert Kusk* i TfS 2000.649.

I intern ret kan der være hjemmel til at kildebeskatte royalty, hvis betalingerne sker fra et indenlandsk foretagende til et udenlandsk foretagende. Da rente- og royaltydirektivet 2003/49/EF imidlertid skal være implementeret i national ret fra den 01.01.2004, kan der ikke indeholdes kildeskat, når en betaling sker mellem associerede selskaber hjemmehørende i hver sin medlemsstat.

I dansk skatteret kan der henvises til SEL § 2, stk. 1, litra g, der hjemler ret til en endelig beskatning på 30% Dette gælder dog ikke for royalty af en eneret, som er knyttet til et fast driftssted i Danmark. Skattepligten omfatter heller ikke royalty, som er omfattet af rente- og royaltydirektivet 2003/49/EF. Betingelserne for at være omfattet af rente- og royaltydirektivet er, at a) det betalende og det modtagende selskab er omfattet af direktivet, dvs. at det er selskaber af aktie- og anpartsselskabstypen, og b) det er hjemmehørende i en medlemsstat efter national skattelovgivning, at c) de ikke efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst er hjemmehørende i stater uden for EU, at d) de er omfattet af den generelle selskabsskat i det land, hvor de er hjemmehørende og at e) det betalende og det modtagende selskab er associerede. Selskaberne er associerede, hvis det betalende selskab ejer mindst 25% af kapitalen i det modtagende selskab, eller hvis det modtagende selskab ejer mindst 25% af kapitalen i det betalende selskab, eller hvis et tredje selskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, ejer mindst 25% af kapitalen i begge selskaber. Undtagelsen vedrørende rentebetalingerne omfattet af rente/royaltydirektivet gælder ifølge SEL § 2, stk. 1, litra d, 4. pkt. kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i direktivet i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. Det er således ikke alle koncernforbundne transaktioner, der omfattes af direktivet, idet betalinger mellem to selskaber, der ejes af hver sit mellemliggende moderselskab, ikke opfylder betingelsen om direkte ejerskab.

Royalty defineres i denne henseende, jf. KSL § 65 C, stk. 4 som betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller

retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.

Det er dette regelsæt, der gælder, hvis der ikke kan lempes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fx fordi der ikke indgået en sådanne. Da alle medlemsstaterne skal have implementeret rente- og royaltydirektivet 2003/49/EF inden den 01.01.2004, betyder dette, at fra den dato kan ingen medlemsstater i henhold til deres interne lovgivning kildebeskatte royaltybetalinger.

Hvis betalingerne foretages mellem et inden- og et udenlandsk foretagende, og er der mellem staterne indgået en DBO bygget over modeloverenskomsten, bestemmes det i dennes art. 12, at royalties kun kan beskattes i den stat, hvor rettighedshaveren er hjemmehørende. Modeloverenskomsten lægger således ikke op til en delt beskatningsret mellem domicil- og kildestaten.

Royalty defineres i art. 12, stk. 2 som betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende enhver ophavsret til litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode, eller for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.

Det er vigtigt hele tiden at holde samspillet mellem en DBO og intern lovgivning klart. Hvor såvel intern ret som overenskomstretten regulerer en transaktion, afhænger beskatningen af disse reglers indbyrdes samspil. Om dette samspil gælder, at en overenskomst kun kan lempe på en intern beskatning. Det betyder eksempelvis, at kildebeskatningen skal nedsættes til nul kroner, hvis man efter intern dansk ret kan kildebeskatte royalty med 30%, og den konkrete overenskomst bestemmer, at kildestaten er afskåret fra at kildebeskatte. Det er endvidere væsentligt at bemærke, at det danske beskatningsgrundlag efter SEL § 2, stk. 1, litra g ikke omfatter ophavsretlige rettigheder, såsom litterære, kunstneriske og videnskabelige arbejder, hvilket er omfattet modeloverenskomstens beskatningsgrundlag. Det betyder, at nævnte rettigheder efter dansk ret ikke kan beskattes.

Der er ingen tvivl om, at immaterielle aktiver grundet deres værdi og mobile karakter typisk indgår i overvejelserne vedrørende selskabernes skatteplanlægning. I denne relation er der flere forhold, opmærksomheden skal henledes på. For det første henhører immaterielle aktiver under betegnelsen »mobile income« efter CFC-reglerne i SEL § 32. For

det andet er selve overdragelsen af et immaterielt aktiv skattepligtigt i afhænderstaten. Dette faktum kan være medvirkende til at formindske fordelen ved at flytte dette til et lavskatteområde. Det vil som oftest være en fordel at udvikle immaterielaktivet i lavskattelandet, og på den måde undgå afståelsesbeskatningen. Hvis immateriel aktivet tillige placeres i separate datterselskaber, er det tillige muligt for moderselskabet på et senere tidspunkt at overdrage dette via en aktieoverdragelse uden beskatning til følge, jf. ABL § 4, stk. 6. Det praktiske problem er imidlertid på forhånd at definere hvilke forsknings- og udviklingsaktiviteter, der ender med at blive til noget og dernæst at vurdere dette aktivs generering af indkomst, jf. i det hele *Niels Josephsen* og *Niels Reinau* i S.U. 2003.52. For det tredje er det muligt at udnytte det forhold, at stater anvender forskellige kriterier for fastlæggelsen af ejendomsretten til immaterielle aktiver. Fastlæggelsen af ejerskabet til immaterielle aktiver må i princippet ske i forhold til skatteretten i alle de lande, hvor en koncern har selskaber, jf. *Jens Wittendorff* i R&R 2004, nr. 11, s. 40 ff. og i R&R 2004, nr. 12, s. 26 ff. Nogle stater anvender f.eks. et juridisk ejendomsbegreb og andre et økonomisk ejendomsretsbegreb, og det er klart, at dette åbner op for skatteplanlægningsmuligheder.

Et andet spørgsmål er imidlertid, hvordan man løser det problem, hvor en koncern nedtrapper en aktivitet i et højskatteland mod at optrappe en tilsvarende aktivitet i et lavskatteland. Scenen er: En koncern har et større netværk af datterselskaber i forskellige lande, heriblandt et datterselskab i Danmark og et i Irland, hvor selskabsskatten er på 12,5%. Koncernen ønsker, at over en årrække skal aktiviteten i det danske datterselskab afvikles, idet det irske datterselskab for fremtiden skal overtage aktiviteten. Dette sker konkret ved, at kunderne langsomt henvises til at kontrahere med det irske selskab i stedet for det danske. Der er ingen tvivl, at det irske selskab i et eller andet omfang vil drage nytte af viden mv., der er i det danske selskab. Spørgsmålet er imidlertid, om dette kan bevises, herunder om myndigheder kan bevise, at der er sket en faktuel overdragelse. Dette er vel mere end svært for visse immaterielle rettigheder, fx knowhow. Derved kan viden skattefrit flyttes fra et land til et andet uden beskatning, idet det er forudsat, at ledelsens sæde ikke er flyttet, jf. SEL § 5, stk. 7.

4.6. Sjette mulighed: Renter fra debitor i en anden stat

Begrænset skattepligt

Danmark har indtil vedtagelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119) ikke haft intern hjemmel til at kildebeskatte renter eller kursgevinster. Dette er begrundet i, at Danmark som en debitornation har erkendt, at indførelsen af en rentekildeskat vil have som resultat, at renteniveauet vil stige til ugunst for erhvervslivet.

Årsagen til, at der alligevel indføres en rentekildeskat, skal ses i sammenhæng med indførelsen af en ny tynd kapitaliseringsregel i SEL § 11.

Det kan derfor ikke undre, at hovedreglen er, at den begrænsede skattepligt af renter alene omfatter renter af kontrolleret gæld, dvs. hvor det betalende og det modtagende selskab mv. er koncernforbundet i SKL § 3 B's forstand, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d. Rentekildeskatten er på 30%, jf. KSL § 65 D og er endeligt opfyldt ved indeholdelsen, jf. SEL § 2, stk. 2, 3 pkt.

Om kursgevinster bestemmes det i SEL § 2, stk. 1, litra h, at der er begrænset skattepligt af oppebårne kursgevinster fra kilder her i landet på fordringer, der er stiftet på sådanne vilkår, at gælden skal indfries til en forud fastsat overkurs i forhold til værdien på stiftelsestidspunktet, såfremt debitor er et selskab mv. omfattet af SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, og kreditor kontrollerer debitor som nævnt i SKL § 3 B. Bestemmelsen finder alene anvendelse, når fordringen er stiftet på sådanne vilkår, at den skal indfries til overkurs, uanset om der på stiftelsestidspunktet er tale om kontrolleret gæld eller ej. Det afgørende er, om gælden ved indfrielsen er kontrolleret. Den skattepligtige kursgevinst opgøres som forskellen mellem fordringens værdi på stiftelsestidspunktet, og den aftalte indfrielsessum. Sker indfrielsen gennem afdrag, medregnes en så stor del, som svarer til forholdet mellem på den ene side indfrielsessummen med fradrag af anskaffelsessummen og på den anden side indfrielsessummen. Kildeskatten er på 30%, og opkræves ved indeholdelse.

Der er i SEL § 2, stk. 1, litra. d, 2-6 pkt. opregnet en række tilfælde, hvor kildebeskatningen af renter alligevel ikke finder sted. De samme undtagelser gør sig gældende vedrørende begrænset skattepligt på kursgevinster, hvis:

– det udenlandske foretagende har et *fast driftssted i Danmark* efter SEL § 2, stk. 1, litra d, og renteindtægten indgår i det faste drifts-

steds indkomstopgørelse. Det samme må gøre sig gældende, hvis renteindtægten tilfalder en SEL § 2 A-filial

– rentebetalingen er omfattet *af enten rente- og royaltydirektivet eller af en dobbeltbeskatningsoverenskomst* med den virkning, at beskatningen skal frafaldes eller nedsættes. Betingelserne for at være omfattet af rente- og royaltydirektivet er, at a) det betalende og det modtagende selskab er omfattet af direktivet, dvs. at det er selskaber af aktie- og anpartsselskabstypen, og b) det er hjemmehørende i en medlemsstat efter national skattelovgivning, at c) de ikke efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst er hjemmehørende i stater uden for EU, at d) de er omfattet af den generelle selskabsskat i det land, hvor de er hjemmehørende og at e) det betalende og det modtagende selskab er associerede. Selskaberne er associerede, hvis det betalende selskab ejer mindst 25% af kapitalen i det modtagende selskab, eller hvis det modtagende selskab ejer mindst 25% af kapitalen i det betalende selskab, eller hvis et tredje selskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, ejer mindst 25% af kapitalen i begge selskaber. Undtagelsen vedrørende rentebetalingerne omfattet af rente/royaltydirektivet gælder ifølge SEL § 2, stk. 1, litra d, 4. pkt. kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i direktivet i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. Hvis Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor rentemodtageren er hjemmehørende, skal der heller ikke indeholdes rentekildeskat. Det betyder, at den mulighed, Danmark som kildestat har til at beskatte bruttorentebeløbet med op til 10% efter modeloverenskomstens art. 11, stk. 2, er udelukket, idet det allerede efter intern dansk ret ikke er hjemmel til beskatning. Ejertidskravet på 1 år gælder ikke, hvis indeholdelse af rentekildeskat bortfalder som følge af, at beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter en DBO.
– det modtagende selskab er kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et dansk hjemmehørende foretagende, jf. kontrolbegrebet i SEL § 32, stk. 6. Reglerne om tvungen sambeskatning sikrer i dette tilfælde, at renteindkomst ikke kanaliseres til lavskattelande, idet renter hører til kategorien »mobil indkomst« i SEL § 32, stk. 5.
– der er tale om rentebetalinger til et udenlandsk selskab beliggende i et lavskatteland, som er kontrolleret af et andet udenlandsk selskab beliggende i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, hvis sidstnævnte selskab efter deres interne regler kan

CFC-beskatte det kontrollerede selskab beliggende i lavskattelandet. Det fremgår af motiverne, at den udenlandske CFC-beskatning ikke behøver at være identisk med den danske CFC-beskatning efter SEL § 32. Den udenlandske CFC-beskatning skal dog bygge på et princip om, at et moderselskab beskattes af datterselskabets indkomst under visse betingelser.

– det modtagende selskab kan godtgøre, at det ikke ville have været omfattet af SEL § 32, hvis kontrolbetingelsen var opfyldt. Det er et krav, at det modtagende selskab ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, der ikke er kontrolleret af et dansk selskab, som ville opfylde betingelserne i SEL § 32. Det modtagende selskab bliver i så fald begrænset skattepligtig.

SEL § 2, stk. 1, litra d om rentekildeskat kan sammenfattende karakteriseres som en art »omvendt CFC-beskatning,« dvs. en værnsregel mod et lavt beskattet udenlandsk moderselskabs udtynding af et højt beskattet dansk datterselskabs indkomstgrundlag, jf. *Jakob Bundgaard* i S.U. 2004.2. SEL § 2, stk. 1, litra h om kursgevinstkildekildeskat kan sammenfattende karakteriseres som en værnsregel mod omgåelse af rentekildeskatten, jf. følgende bemærkninger til nr. 11-13 i betænkningen: »Konverteres rentebetalinger til gældsindfrielse til overkurs, vil kursgevinsterne på gældsfordringerne i lovforslaget ikke være omfattet af en begrænset skattepligt.« Der er ikke noget at sige til, at skatteretten til tider kan forekomme uoverskuelig, når det er nødvendigt at lave værnsregler for at imødegå omgåelse af en anden værnsregel.

I de fleste tilfælde bør det ikke volde problemer for et dansk debitorselskab at afgøre, om det har pligt til indeholde kildeskat i renter og kursgevinster, der betales til et udenlandsk, koncernforbundet selskab. Det skyldes, at betalinger til selskaber i EU-lande og overenskomstlande normalt ikke er omfattet af de nye regler om begrænset skattepligt til Danmark.

Tynd kapitalisering

Lån mellem koncernforbundne selskaber er den nemmeste måde, hvorpå man kan flytte indkomst fra et højskatteland til et lavskatteland. Det er derfor ikke ubegrundet, at flere stater indretter deres skattelovgivning på en måde, der kan dæmme op for en sådan indkomstoverflytning. Hvis en koncern betragtes som en enhed, må det lægges til grund, at det, der er en renteudgift for et selskab, er en renteindtægt for et andet selskab. I koncernregnskabet vil en sådan intern transaktion blive elimineret ud fra

den betragtning, at transaktionen ikke har haft indflydelse på koncernresultatet. Skattemæssigt lægger man derimod en enhedsbetragtning til grund, og transaktionen har derfor en indvirkning i de respektive skatteregnskaber, hvor nettovirkningen samlet er positiv. Renteudgiften kan jo trækkes fra til en høj skatteværdi, hvorimod renteindtægten kun skal medregnes i en indkomst, der bliver lavt eller oftest ikke beskattet. Koncernen opnår således en gratis skattefortjeneste, der udgør differencen mellem de to skatteværdier.

Der er ingen tvivl om, at EU-retten lægger visse bånd på lovgivningsmagten, når reglerne om tynd kapitalisering skal udformes.

Tynd kapitaliseringsreglerne blev for første gang indført i dansk ret ved lov nr. 432 af 26.06.1998 og havde virkning fra og med indkomståret 1999. Reglerne havde kun en begrænset levetid, idet de under indtryk af EF-domstolens afgørelse i *Lankhorst-Hohorst GmbH, C-324/00* og af den kritik, der blev rejst på baggrund af dommen, jf. *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i SU 2003.1, *samme* i EC tax review 2003/2, p. 97 ff., og *Jakob Bundgaard* og *Jeppe Rune Stokholm* i SU 2003.2, blev tilsidesat. De tidligere tyndkapitaliserings reglers manglende fællesskabsretlige lovmæssighed har medført, at tidligere skatteansættelser kan genoptages efter anmodning fra den skattepligtige, jf. § 12, stk. 14 i lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119). Dette gælder kun i de tilfælde, hvor betalingsmodtageren var hjemmehørende i en EU-medlemsstat. Det betyder, at der ikke er hjemmel til genoptagelse. hvis betalingsmodtageren eksempelvis var hjemmehørende i USA.

De ændrede regler om tynd kapitalisering finder anvendelse, hvis det danske debitorselskab er omfattet af SEL § 1, stk. 1-2 a, 2 c-f, 3 a-5 b, eller er et udenlandsk foretagende med fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a., hvis kreditor er et dansk eller udenlandsk koncernforbundet foretagende, jf. kontrolbegrebet i LL § 2, og hvis debitorselskabets gæld set i forhold til egenkapitalen ved udløbet af indkomståret overstiger 4:1, og hvis den kontrollerede gæld overstiger 10 mio. kr., jf. SEL § 11, stk. 1. Det fremgår hverken af lovteksten eller af lovbemærkningerne på hvilket tidspunkt gælden skal overstige 10 mio. kr., men det må antages at være ved udløbet af indkomståret.

De omfattede *debitorselskaber* kan afgrænses negativt derved, at det alene er selskaber mv. omfattet af andelsbeskatningen efter SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og foreningsbeskatningen efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6, der ikke er omfattet af tynd kapitaliseringsreglerne. Alle aktieselskabsbeskattede selskaber er således omfattet af SEL § 11. Dette gælder tillige udenlandske selskaber, der har sæde her i landet, jf. SEL § 1, stk. 6. Det

antages tillige, at udenlandske selskaber, der via sambeskatningsreglerne er inddraget under dansk beskatning, er omfattet af SEL § 11, men ikke selskaber omfattet af tvungen sambeskatning efter SEL § 32. Et fast driftssted af et udenlandsk foretagende er også omfattet af reglerne. Det er myndighedernes opfattelse, at dette kun gælder i de situationer, hvor der er tale om en skatterelevant intern overførsel mellem et fast driftssted og dets hovedkontor, dvs. typisk, hvor der er tale om et låneforhold mellem en bankfilial og dets hovedkontor. Et låneforhold er i almindelighed en skattemæssig irrelevant intern overførsel inden for samme enhed. Formuleret på en anden måde: Det faste driftssted er afskåret fra at fradrage renterne. Nævnte problemstilling er med indførelsen af SEL § 2 A-filialen blevet yderligere aktualiseret.

Kreditorselskabet skal være en juridisk person, hvorimod det er uden betydning, om det er hjemmehørende i eller uden for Danmark. Med begrebet »juridisk person« refereres der til en begrebsafklaring i overensstemmelse med SEL § 1. Kontrolbegrebet defineres i overensstemmelse med LL § 2. Gæld til fysiske personer er således ikke længere omfattet af tynd kapitaliseringsreglerne.

Hvis et låneforhold er omfattet af reglerne om tynd kapitalisering, betyder det som udgangspunkt, at debitor ikke kan fradrage renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, som ligger ud over 4 x egenkapitalen ved udløbet af indkomståret. Der sker således en *rentebeskæring*. Fradragsbeskæringen skal alene finde anvendelse for den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital, for at fradragsbeskæring kunne være undgået. Det betyder, at selskabet stilles ens, hvad enten den kontrollerede gæld konverteres til egenkapital eller ikke. Bestemmelsen indeholder to prioriteringsregler, hvor den første er, at koncernintern gæld fradragsbeskæres før gæld til tredjemand, og den anden er, at fradragsbeskæringen foretages for dansk kontrolleret gæld forud for udenlandsk kontrolleret gæld. Der skal dog ikke foretages fradragsbeskæring for beløb, som den udenlandske rentemodtager er begrænset skattepligtig af efter SEL § 2, stk. 1, litra d. Hvis der er såvel dansk som udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld og såvel dansk som udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand, indebærer de to prioriteringsregler, at fradragsbeskæringen foretages i følgende rækkefølge: 1) dansk koncernintern kontrolleret gæld, 2) udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld, 3) dansk kontrolleret gæld til tredjemand, 4) udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand.

Selv om forholdet mellem gæld og egenkapital er større end 4:1, kan rentebeskæringen bortfalde, hvis debitorselskabet kan godtgøre, at

lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter, jf. SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. Bevisbyrden kan eksempelvis løftes ved, at debitorselskabet kan sandsynliggøre, at dennes soliditetsgrad svarer til den almindelige inden for den pågældende branche. Pengeinstitutter mv., hvis soliditetsgrad beregnes på baggrund af direktivbaserede matematiske formler, må antages umiddelbart at opfylde nævnte bevisbyrde. En anden måde at løfte bevisbyrden på kunne være at dokumentere over for skattemyndighederne, at en ekstern långiver ville have præsteret et tilsvarende lån. Heri ligger selvsagt også, at lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere. Om dokumentationskravet i forbindelse med tynd kapitalisering, se *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2001, s. 83 ff. Spørgsmålet er imidlertid, om tiden ikke er ved løbe bort fra et så snævert forretningsmæssigt kriterium. Lankhorst-Hohorst viser jo, at det kan være forretningsmæssigt velbegrundet, at der *ikke* disponeres på markedsvilkår mellem forbundne virksomheder: Det tyske datterselskab kunne ikke have fået et lån på tilsvarende vilkår fra tredjemand (lav rente, ikke-pantsikret, tilbagetrædelse for andre kreditorer), men det var forretningsmæssigt velbegrundet, at det hollandske moderselskab ydede lånet på sådanne vilkår for at fremme rekonstruktionen af datterselskabet. Måske er det i disse tider med fokus på armslængdevilkår og på transfer pricing et kættersk spørgsmål at stille, men hvorfor skal der i grunden altid handles på armslængdevilkår og i modsat fald ske skattemæssig korrektion? Burde automatikken ikke afløses af en mere konkret bedømmelse i retning af den, Domstolen lægger op til i Lankhorst-Hohorst, dvs. en bedømmelse af, om der tilsigtes skatteunddragelse eller skattetænkning, eller om der modsætningsvis er tale om en forretningsmæssigt velbegrundet konstruktion, som ikke burde udløse skattemæssige konsekvenser? Måske vil Lankhorst-Hohorst ikke blot foranledige en nødvendig nytænkning af flere landes regler om tynd kapitalisering, *men også af den hovedløse automatik, der efterhånden er kommet i armslængdetankegangen,* jf. hertil *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i S.U. 2003.1

Som *gæld* betragtes både fordringer omfattet af kursgevinstloven og konvertible obligationer, og gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb, jf. SEL § 11, stk. 2. Der anvendes således et obligationsretligt gældsbegreb.

Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber har stillet sikkerhed for, anses også som kontrolleret gæld. Sikkerhedsstillelsen kan ske i form af en kaution, eller mere indirekte i form af et back-to-back-lån, jf. *Jakob Bundgaard*: Tynd

kapitalisering (2000), s. 128 ff. Det er skattemyndighedernes opfattelse, at der tillige foreligger »lån fra tredjemand« i de tilfælde, hvor et koncernforbundet selskab har afgivet støtte- eller hensigtserklæring til fordel for den långivende tredjemand. Denne opfattelse har støtte i motiverne (L 101 – bilag 9). Det kan dog betvivles, hvorvidt der er hjemmel til et sådant standpunkt, når det tages i betragtning, at en hensigtserklæring civilretligt er et indispositivt løfte, jf. henholdsvis *UfR 1994.470 H* (Thyholms Tømmerhandel A/S) og *UfR 1998.1289 H* (SCS), der illustrerer den hårfine grænse mellem dispositive og indispositive aftaler.

Egenkapitalen opgøres også ved udgangen af indkomståret, og den opgøres som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld. Egenkapital, der er indskudt af ejerkredsen, medregnes kun, i det omfang den forbliver i selskabet i mindst 2 år.

En koncern med flere datterselskaber i Danmark kunne nemt omgå kravet om, at gælden i forhold egenkapitalen ikke måtte overstige 4:1 ved at indskyde yderligere selskaber (datterdatterselskaber), hvor hvert led opfyldte 4:1-forholdet. Kapitalen ville på denne måde blive udtyndet. *Konsolideringsreglen* i SEL § 11, stk. 4 er indført for at hindre denne omgåelsesmulighed. Konsolidering betyder, at forholdet mellem gæld og egenkapital i henhold til SEL § 11, stk. 1, skal opgøres samlet ved udløbet af indkomståret for hvert selskab, hvor fradragsbeskæring kan komme på tale. Ved opgørelsen elimineres der for aktier, gæld og fordringer, herunder koncerninterne renteudgifter og kurstab, dvs. der foretages en fuld konsolidering, jf. også *Jacob Bundgaard* og *Jens Wittendorff* i TfS 1999.36. Den samlede beskæring fordeles mellem alle omfattede danske datterselskaber i forhold til hvert datterselskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Dette omfatter tillige datterselskaber, hvor forholdet mellem gæld og egenkapital er mindre end 4:1. Den samlede koncerninterne gæld, der skal være genstand for fradragsbeskæring, fordeles forholdsmæssigt på grundlag af det enkelte selskabs andel af den samlede danske koncerninterne gæld. Herefter opgøres fradragsbegrænsningen i det enkelte selskab som den andel af renteudgifter og kurstab af koncernintern gæld (naturligvis uden medregning af renteudgifter mv., der er elimineret ved konsolideringen), der svarer til forholdet mellem den gæld, der skal være genstand for fradragsbeskæring og den samlede koncerninterne gæld i det pågældende selskab. Viser opgørelsen, at fradragsbeskæringen er større end de samlede *danske* koncerninterne renter mv., fordeles det overskydende gældsbeløb i forhold til det enkelte selskabs andel af den samlede *udenlandske* kontrollerede gæld. Overstiger fradragsbeskæringen renteudgifter mv.

af koncernintern gæld i alt (dvs. koncernintern gæld til såvel danske som udenlandske forbundne selskaber), fordeles det overskydende beløb i forhold til det enkelte selskabs andel af kontrolleret gæld til tredjemand. Der kan herefter ikke ske yderligere fradragsbeskæring, idet der er tale om finansiering mellem uafhængige parter.

Konsolideringsreglen finder kun anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for koncernforbundne, jf. koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2. Det har skabt uklarhed, hvordan henvisningen til koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2 skal fortolkes, idet en ordlydsfortolkning medfører, at der skal bortses fra »alle udenlandske aktionærer«, hvorimod der for danske koncerner udelukkende skal bortses fra et »dansk ultimativt moderselskab«, men ikke dets danske aktionærer, der udgør en aktionærkreds i KGL § 4, stk. 2's forstand, jf. *Jakob Bundgaard* i S.U. 2004.207. Skatteministeriet har hertil udtalt, *at* ved begrebet »dansk ultimativt moderselskab« forstås et dansk moderselskab, der ikke er kontrolleret af udenlandske selskaber, og *at* det må anses for irrelevant ved fortolkningen af SEL § 11, stk. 4, sidste pkt., hvem der ejer aktierne i det danske ultimative moderselskab, jf. Notat fra Skatteministeriet, j.nr. 2004-309-008. Skatteministeriets fortolkning kan tiltrædes, idet denne forståelse af bestemmelsen klart lægges til grund i forarbejderne til L 119, jf. også *Johanne Minke* og *Lars Nyhegn-Eriksen* i R&R 2004, nr. 6, s. 6 ff. Bestemmelsen blev netop indført for at ligestille en ren dansk koncern og en koncern kontrolleret fra udlandet, således at der ikke forelå en fællesskabsstridig forskelsbehandling ved anvendelsen af konsolideringsreglen. Denne fortolkning giver endvidere den bedste forståelse af bestemmelsen, idet det forekommer mærkværdigt at se bort fra det danske ultimative moderselskab, når koncernforbindelsen mellem fx to underliggende søsterselskaber genetableres via fælles aktionærkreds. Så er det alene moderselskabet, der bortses fra, og dette forekommer ikke meningsfyldt.

Et udenlandsk moderselskab, der eksempelvis er eneaktionær i to danske selskaber, skal således ikke konsolidere de danske søsterselskabers regnskaber. Dette kan være en ulempe for koncernen, hvis det ene datterselskab har en høj soliditetsgrad, og det andet har en lav soliditetsgrad, idet koncernen herved helt eller delvis kunne imødegå anvendelsen af tynd kapitaliseringsreglen. Et løsningsforslag kunne være at indskyde et mellemliggende dansk moderselskab. Det kan også være en fordel, at der ikke skal ske konsolidering af danske søsterselskaber. Baggrunden

er, at konsolidering gør det vanskeligere at holde sig under 10 mio. kr.'s grænsen.

Der er indtil videre kun taget stilling til de skattemæssige konsekvenser, tynd kapitalisering har for debitor. *Rentebeskæringens betydning for kreditor* er endnu ikke afklaret. Forholdet er reguleret i SEL § 11, stk. 6, hvori det bestemmes, at en dansk kreditor ikke skal beskattes af renteindtægter mv., hvis debitor ikke har fradrag for de modsvarende renteudgifter. Et udenlandsk sambeskattet selskab sidestilles i denne henseende med en dansk kreditor, dvs. at det udenlandske sambeskattede selskab heller ikke beskattes af renteindtægter i sambeskatningsindkomsten, hvor debitor ikke har kunnet fradrage renteudgifterne efter SEL § 11. Der er dog ikke skattefrihed for renter af et lån, ydet af tredjemand, hvor lånet direkte eller indirekte er sikret af den kontrollerende ejerkreds. Prioritetsreglerne reducerer dog ulemperne ved den manglende skattefrihed for renter af lån fra tredjemand, derved at fradragsbeskæring først sker i koncernintern gæld, og hvis dette er den danske gæld, har dette for koncernen ingen skattemæssig betydning. Alligevel kan rentebeskæringen medføre en økonomisk skævvridning, fx hvor flere danske selskaber ejer et dansk debitorselskab og kun et af selskaberne yder lån til debitorselskabet.

Den revidering af tynd kapitaliseringsregler i SEL § 11, der skete ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119), blev foretaget for at imødekomme de fællesskabsretlige krav. Det er dog yderst tvivlsomt, om de fællesskabsretlige krav faktisk er tilstrækkeligt tilgodeset. Argumentationen i de almindelige bemærkninger til lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119), jf. pkt. 3.3.1 forekommer ikke overbevisende. Det anføres heri, at der ikke vil være nogen forskelsbehandling, der kan give anledning til EU-retlige problemer, når *anvendelsesområdet* udvides til også at gælde danske selskaber. Herefter anføres det: »Som konsekvens af at danske selskaber inddrages under fradragsbeskæringen, forslås som modstykke, at danske skattepligtige selskaber er skattefri af de renter, som låntager efter de nye regler ikke får fradrag for, på samme måde som Danmark ikke beskatter selskaber i andre EU-lande af sådanne renter.« Nettovirkningen af disse to ændringer – udvidelsen af bestemmelsens anvendelsesområde og skattefrihed for danske hjemmehørende låntagere – er, at rentebeskæringen ingen nettovirkninger har for en koncern med en dansk låntager, hvorimod der er en nettovirkning for en udenlandsk låntager. Det er rigtigt, at Danmark ikke beskatter selskaber i andre EU-lande af sådanne renter, men det gør jo den medlemsstat, hvor det långivende selskab er hjemmehørende.

Realiteten er derfor, at det kun er udenlandske långivende selskaber, der rammes af den nye § 11, og dette kan vel næppe klare en fællesskabsretlig prøvelse? SEL § 11 udgør derfor stadig en restriktion i fællesskabsretlig forstand. At der samtidigt indføres en 10 mio. kr.'s-grænse, eller at rentebeskæringen kan bortfalde, hvis skatteyderen kan bevise, at et lignende lån kunne være opnået mellem uafhængige parter, retfærdiggør ikke denne restriktion, jf. allerede *Lankhorst-Hohorst GmbH, C-324/00,* præmis 37 og 38, hvor Domstolen tager stilling til en tilsvarende bestemmelse i tysk ret, jf. hertil *Erik Werlauff* og *Nikolaj Vinther* i TfS 2004.242.

5. Transfer pricing i koncernforhold

Transfer pricing er udtryk for prisfastsættelsen ved national eller grænseoverskridende handelsmæssig og finansiel ressourceoverførsel mellem interesseforbundne virksomheder. En koncerns transfer pricing-politik bliver herved et udtryk for de retningslinjer, koncernen følger for i videst muligt omfang at forebygge skattemæssig korrektion i ét eller flere lande, jf. *Erik Werlauff* i UfR 1999 B, s. 157 ff.

Dette kommer tillige til udtryk i den danske transfer pricing-regel i LL § 2, hvori det anføres: »Skattepligtige skal ved opgørelsen af den skatte- og/eller udlodningspligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner … i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.« En prisfastsættelse i overensstemmelse med, hvad man ville have aftalt mellem uafhængige parter, er derfor uangribelig.

For staterne er transfer pricinglovgivning et instrument til at imødegå en udhulning af deres beskatningsgrundlag. Udhulningen kunne ske ved at prisfastsætte transaktionerne således, at indkomsten flyttes til den lavest beskattede stat. Det sælgende selskab i det højtbeskattede land kunne fx sælge for billigt til det koncernforbundne selskab i det lavtbeskattede land, hvorved indtjeningen ville akkumuleres i sidstnævnte selskab. Uoverensstemmelsen opstår, idet koncernledelsen anlægger en pragmatisk økonomisk betragtning over koncernens samlede nettoresultat efter skat, hvorimod staterne anlægger en streng juridisk betragtning, hvorefter hvert selskab udgør en selvstændig juridisk og skatteretlig enhed med selvstændige indkomstopgørelser. De fleste koncerner lader dog forretningsmæssige overvejelser om et ret-

visende billede af enhedernes indkomstgenerering vægte tungere end skattemæssige overvejelser.

Selskaber, der indgår i en sambeskatning efter SEL § 31, betragtes også som et selvstændigt skatteretssubjekt, idet sambeskatningen alene medfører, at selskaberne under visse betingelser kan pulje deres nettoresultater. Det er ikke som ved et koncernregnskab, hvor koncerninterne transaktioner elimineres, hvorved koncernregnskabet viser et samlet billede af koncernens resultat, som om det var ét selskab. Der skal til stadighed handles på armslængdevilkår.

5.1. Hjemmelsgrundlag for skattemæssig korrektion

I GRL § 43 bestemmes det: »Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov …« Det er derfor uomtvisteligt, at korrektion som følge af ensidig ressourceoverførsel alene kan ske, hvis der er positiv hjemmel i lov.

I koncernforhold er det specielt LL § 2, der udgør det materiale hjemmelsgrundlag for korrektion, og SKL § 3 B, der udgør det formelle hjemmelsgrundlag for oplysnings- og dokumentationsforpligtelsen. Afgrænsningen af hvem, der omfattes af bestemmelserne, er ens dog med den undtagelse, at SKL § 3 B kun gælder for grænseoverskridende transaktioner. At det kun er selskaber med grænseoverskridende transaktioner, som skal udarbejde transfer pricing-dokumentation, vurderes ikke at kunne holde til en fællesskabsretlig prøvelse. I den fællesskabsretlige bedømmelse skal medtages, at udarbejdelsen af dokumentationsmateriale kan være særdeles bekosteligt for virksomheder med grænseoverskridende aktiviteter og herforuden påvirke beviskravet, hvis en transfer pricing sag opstår. Bestemmelsen udgør derfor en fællesskabsstridig restriktion.

Følgende skattepligtige er omfattet af LL § 2 (og dermed også af SKL § 3 B, hvis der er et grænseoverskridende moment):

Skattepligtige, hvorover en juridisk eller fysisk person har bestemmende indflydelse, eller som udøver bestemmende indflydelse over en juridisk person. Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne. I bedømmelsen medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves af (a) koncernforbundne selskaber, jf. koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2, af (b) personlige aktionærer og deres nærtstående (ægtefælle, forældre, bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses

ægtefæller eller en af disses dødsboer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold.) eller af (c) en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående mv. eller af fonde eller truster stiftet af disse. *For opfyldelse af stemmeretskriteriet* er det nødvendigt, at den skattepligtig har en reel indflydelse, dvs. at kriteriet er ikke opfyldt, hvis man besidder over 50% af stemmerne, men stemmeretten er indskrænket via eksempelvis aktionæroverenskomster mv. Indirekte kontrol via stemmeret fordrer, at man har en reel indflydelse i det indirekte ejede selskab. *Ejerandelskriteriet er opfyldet,* hvis man ud fra en matematisk metode direkte eller indirekte kontrollerer et andet selskab. Ejer et moderselskab således 51% af et datterselskab, der atter ejer 51% i et (datter)datterselskab, er ejerandelskriteriet i datterdatterselskabet ikke opfyldt, idet moderselskabet kun besidder en ejerandel på (51% * 51%) 26%. Stemmeretskriteriet vil dog som udgangspunkt være opfyldt i dette tilfælde.

Skattepligtige, der er koncernforbundet med en juridisk person, omfattes tillige af bestemmelsen. Ved koncernforbundne selskaber forstås 1) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab, 2) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab, 3) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab, eller 4) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab. Aktionærer som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 3, anses ved bedømmelsen af aktionærkredsen som én og samme aktionær. Ved opgørelsen af stemmeandele ses bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier. Indflydelse, der overstiger 50%, kan fx foreligge i forbindelse med aktionæroverenskomster. Ved indirekte ejerskab forstås ejerskab via andre selskaber mv., hvori den pågældende aktionærkreds ejer mere end 50% af aktiekapitalen. Tilsvarende forstås ved indirekte indflydelse stemmeret via andre selskaber, hvori den pågældende aktionærkreds råder over mere end 50% af stemmerne. I *TfS 1999.976 LR* fandt Ligningsrådet, at et interessentskabslignende konsortium med tre ligestillede ejere som ejede datterselskaber ikke omfattes af SKL § 3 B i relationen moderkonsortium og datterselskaberne, men da moderkonsortiumet kunne henføres til begrebet »samme kreds af aktionærer« var relationerne på tværs mellem datterselskaberne

omfattet af SKL § 3 B. Ligningsrådet bemærkede endvidere som et obiter dictum, at:

> »Afslutningsvis bemærkes, at selvom aktierne i de selskaber, der udgør moderselskaberne i de enkelte underkoncerner, havde været ejet direkte af de tre konsortiedeltagere, ville underkoncernerne også være kontrolleret af samme kreds af aktionærer og dermed omfattet af skattekontrollovens § 3 B, stk. 1, nr. 3«.

Det må betyder, at en hvilken som helst gruppe (dog ikke nødvendigvis en flerhed) af personer, selskaber eller fonde, der ejer mere end 50% af aktiekapitalen i de to selskaber eller råder over mere end 50% af stemmerne, er koncernforbundet efter KGL § 4, stk. 2, jf. også *Jakob Bundgaard* i S.U. 2004.207 og samme i Festskrift til Ole Bjørn, s. 61 ff.: »Skatterettens koncernbegreb«.

Skattepligtige, der har et fast driftssted i eller uden for Danmark, omfattes tillige af bestemmelsen. Det er efter myndighedernes opfattelse en forudsætning herfor, at transaktionerne mellem hovedkontoret og det fast driftssted er af skattemæssig relevans.

Hvis en skattepligtig omfattes af LL § 2, må nævnte bestemmelse have forrang frem for den almindelige, mere omfattende regel i SL §§ 4-6. Bestemmelserne i SL §§ 4-6 finder alene anvendelse, hvis transaktionen ikke omfattes af LL § 2. I litteraturen er der ikke enighed om, hvorvidt SL §§ 4-6 udgør et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for korrektion. Usikkerheden er opstået på baggrund af højesteretsafgørelsen i *TfS 1998.199 H*, hvor Højesteret fandt, at der ikke var tilstrækkelig hjemmel til skattemæssig korrektion af et rentefrit lån fra en hovedaktionær til hans selskab. Det var på den baggrund, at LL § 2 blev vedtaget, idet man ønskede at lovfæste den praksis, man forudsatte var gældende inden højesteretsafgørelsen. Landsskatteretten har senere i *TfS 2003.500 LSR* fulgt denne praksis. I sagen begunstigede et selskab sine fire anpartshavere, idet et lån fra dette ikke blev forrentet. Landsskatteretten fandt, at da hver anpartshaver ejede 24% af anparterne, var de ikke omfattet af LL § 2, og der var derfor ikke hjemmel til at foretage en rentefiksering. Det er imidlertid tvivlsomt, om højesteretsafgørelsens præjudikatværdi kan udstrækkes til videre end det forhold, hvor hovedaktionæren begunstiger selskabet. De cirkulære mv., som Højesteret henviste til, angik alene dette forhold, og det forekommer naturligt, idet det ikke i almindelighed er nogen fordel at begunstige selskabet (i modsætning til at begunstige aktionæren.) I en sag, hvor

en moder udlejede en lejlighed til sin datter til en væsentlig lavere leje end markedsprisen, har Højesteret da også statueret, at korrektion kunne foretages med hjemmel i SL § 4, litra b, jf. *TfS 2002.967 H*. Dommen er kommenteret af *Jane Bolander* i SpO 2002, s. 395 ff., af *Aage Michelsen* i R&R 2003, sm. 2 og af *Bent Ramskov* i SR-Skat 2003, s. 220 ff. Landsretten har dog i *TfS 2004.714 Ø* statueret, at der ikke i relationen mellem et selskab og en hovedaktionær er hjemmel i SL § 4, litra b, 2. pkt. til at foretage en huslejefiksering, medmindre der foreligger omgåelse. Landsretten fandt i den konkrete sag, at der ikke forelå omgåelse, og selskabet kunne således ikke beskattes af en fikseret husleje.

En begunstigelse af aktionæren beskattes som udbytte efter LL § 16 A, eller hvis aktionæren er en fysisk person og ansat i selskabet eventuelt som lønvederlag efter SL § 4. En hovedaktionær, som vederlægges med en løn, der er højere end en markedsmæssig løn, jf. hertil ASL § 64, vil blive udbyttebeskattet af det overskydende beløb, hvilket for selskabet betyder, at det ikke kan fratrække det overskydende beløb, jf. *TfS 2003.198 Ø*.

I modeloverenskomstens art. 9 er der hjemmel til, at en stat kan forhøje foretagendets fortjeneste, hvis prisen og aftalevilkårene ikke svarer til armslængde-vilkår, og vilkårene er indgået mellem interesseforbundne parter. Modeloverenskomsten lægger op til – uden at forpligte – at den anden stat nedsætter foretagendets fortjeneste, således at økonomisk dobbeltbeskatning undgås. Hovedparten af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Danmark har indgået, har en bestemmelse svarende til art. 9 i modeloverenskomsten.

5.2. Transfer pricing-systematik

Kan det bevismæssigt lægges til grund, at interesseforbundne parter ikke har handlet på armslængdevilkår, skal der foretages korrektion såvel hos den ressourceoverførende part (den, der afgiver en fordel) som hos den begunstigede part (den, der modtager en fordel). Om Transfer pricing-systematik, se *Jakob Bundgaard* i R&R 2003, nr. 3, s. 45 ff.

Det første led i systematikken er *den primære korrektion*, der foretages hos den skatteyder, hvis indkomst forhøjes, idet denne enten har købt for dyrt eller har solgt for billigt. De øvrige korrektioner – den korresponderende og den sekundære korrektion – er blot følgevirkninger af den primære korrektion. Når den primære korrektion er foretaget, er den skattemæssige behandling af denne skatteyder (den ressourceoverførende part) tilendebragt.

De resterende korrektioner finder sted hos den begunstigede part. I forbindelse med den primære korrektion er der sket en forhøjelse på grundlag af en prisjustering, og hvis den tilsvarende prisjustering ikke foretages hos den anden, vil der indtræde økonomisk dobbeltbeskatning. Den tilsvarende prisjustering hos den begunstigede part benævnes en *korresponderende korrektion* og medfører, at dennes indkomst nedsættes. Slutresultatet er hermed på »papiret«, at skatteansættelsen er som den oprindeligt burde være. Pengestrømmene er imidlertid ikke i overensstemmelse med skatteansættelsen, idet pengene stadigvæk er hos den begunstigede part (den, der har købt for billigt eller har solgt for dyrt). Det er på den baggrund, at den *sekundære korrektion* foretages, idet den begunstigede beskattes af dette beløb. Beskatningen afhænger af, hvordan overførslen kvalificeres i skattemæssig forstand, jf. om dette nedenfor.

Eksempel: Korrektion mellem to søsterselskaber:

Søsterselskab 1 køber en vare af søsterselskab 2 til en overpris på 100 kr.

Søsterselskab 1	
Primær korrektion	100
I alt forhøjelse	100
Søsterselskab 2	
Korresponderende korrektion	-100
Sekundære korrektion	100
I alt forhøjelse	0
Konvernmæssige nettovirkninger	100

Den sekundære korrektion er udtryk for, at der rettes op på det forhold, at der er foretaget en ensidig ressourceoverførsel til den begunstigede. Spørgsmålet er imidlertid, dels hvordan beløbet beskattes hos den begunstigede, og dels om den ressourceoverførende part kan fradrage dette. Overordnet kan det anføres, at beskatningen afhænger af, hvordan pengestrømmen vender og overførslen kvalificeres i skattemæssig henseende. Den ressourceoverførende part kan sjældent fradrage beløbet, idet betingelserne herfor er særdeles snævre. Se også *Jakob Bundgaard* i SpO 2004, s. 355 ff.: »Tilskud som skatteretlig konstruktion.«

Et datterselskabs begunstigelse af dets moderselskab medfører sjældent beskatning hos moderselskabet, idet overførslen kvalificeres som

en maskeret udbytteudlodning. Et udbytte er skattefrit, hvis moderselskabet ejer 20% (fra 2007: 15%, fra 2009 og fremefter: 10%) af datterselskabskapitalen i mindst 1 år. Dette medfører reelt, at den sekundære korrektion er skatteneutral, og at den samlede koncernmæssige nettovirkning er nul. Dette gælder dog ikke, hvis den primære korrektion sker i et foretagende beliggende i et land med en højere gennemsnitlig skatteprocent end i det land, hvor den korresponderende korrektion foretages. Det må antages, at der ikke er valgfrihed til at kvalificere en begunstigelse som enten et maskeret tilskud, der er fuldt skattepligtigt efter SL § 4, eller som et maskeret udbytte, der kan være skattefrit efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2, jf. ligeledes med rette *Morten Jappe* og *Martin K. Jensen* i TfS 2002.127. Forfatterne anfører bl.a., at det forhold, at en begunstigelse »opad« i koncernen er omfattet af SL § 4, ikke ændrer på retsstillingen, idet SEL § 13, stk. 1, nr. 2, har forrang ud fra en lex specialis-betragtning. I *TfS 2001.770 LSR* fandt Landsskatteretten, at afholdte revisor- og advokatudgifter ikke vedrørte datterselskabets forhold, men holdingselskabets forhold. Landsskatteretten kvalificerede i første omgang denne begunstigelse som et maskeret tilskud. Sagen blev genoptaget i henhold til SSL § 29, stk. 2, angående tilskudsbetragtningen, og Landsskatteretten ændrede her holdning, og kvalificerede nu begunstigelsen til hovedaktionæren (holdingselskabet) som et maskeret udbytte, der var skattefrit efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2, jf. *TfS 2002.153 LSR*.

En begunstigelse »ned ad« i koncernen medfører skattemæssigt, at det begunstigede selskab beskattes ud fra en tilskudsbetragtning, jf. SL § 4. Det betyder, at datterselskabet er skattepligtig efter SL § 4 af et tilskud fra moderselskabet. Skattepligten fraviges, hvis dispositionen er en aktieemission efter de selskabsretlige regler. De selskabsretlige formalia skal følges, for at skattefritagelsesbetingelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er opfyldt. At aktieemissionen opfylder de selskabsretlige formalia, er dog ikke ensbetydende med, at overkursen i alle henseender er skattefri efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Ligningsrådet har i *TfS 2004,126 LR* fundet, at når værdien af et apportindskud langt overstiger værditilvæksten på de modtagne aktier, kvalificeres beløbet ikke som en overkurs efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, men som et tilskud efter SL § 4. Den urealiserede formueforskydning sidestilles ikke med en aktieafståelse for anpartshaverne i det modtagne selskab. SEL § 13, stk. 1, nr. 1, fandt ud fra almindelige lovfortolkningsprincipper ikke anvendelse i dette tilfælde, hvorfor det var berettiget at anvende den almindelige, mere omfattende regel i SL § 4, jf. *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i TfS

2004.281. TfS 2004.126 LR er tillige kommenteret af *Martin K. Jensen* i TfS 2004.706, af *Tommy V. Christiansen* i JUS 2004/11, af *Ole Bjørn* i SR-Skat 2004, s. 123 f., og af *Niels Josephsen* i R&R 2004 sm., s. 202 ff. samt af *Jan Pedersen* i R&R 2005 sm. 50 ff. Ligningsrådet har i *TfS 2003.95 LR* anerkendt, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, tillige omfatter den situation, hvor et udenlandsk hjemmehørende selskab efter dette lands selskabsregler foretager *indskud uden aktieemission.* I dansk ret må dette nærmest beskrives som indbetaling på en overkursfond med oprindelig virkning for aktieudstedelsen, dvs. »overkursen« må skulle tillægges den indskydende parts anskaffelsessum på aktierne. Det skal betones, at det var de udenlandske selskabsretlige emissionsregler, man respekterede. Der er intet sagt om en tilsvarende dansk sag. Begrundelsen for skattefriheden i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er, at den basale betingelse for at kvalificere en overførsel som en gave, tilskud mv. ikke er til stede. Gave-/tilskudsbegrebet forudsætter, at modtageren øger sin formue mod at giveren tilsvarende får reduceret sin formue. Nævnte betingelse er sædvanligvis ikke opfyldt i dette tilfælde, idet indskuddet tilsvarende forøger aktiernes handelsværdi, hvorved aktionærens formue ikke reduceres, jf. hertil *J.O. Engholm Jakobsen*: Selskabsskatteloven med kommentar (1997), s. 253, note 6. Med en vis vægt kunne det tilsvarende anføres, at dette også må gælde, når indskuddet ikke sker i form af en aktieemission. Forudsætningen er, at indskuddet ikke indebærer en formueforskydning, men retspraksis er på dette punkt endnu uafklaret.

Begunstiges et selskab på bekostning af et andet søsterselskab, beskattes selskabet altid af den realiserede indkomst ud fra en tilskudsbetragtning, jf. SL § 4. Tilskuddet kan maskeres på flere måder, fx ved et enkeltstående eller ved et længerevarende handelsforhold. Den sekundære korrektion elimineres derfor ikke i denne situation. Det skal dog betones, at omgørelse i visse forhold er muligt enten efter SSL § 37 C eller efter LL § 2, stk. 4, jf. gennemgangen nedenfor.

For at undgå skattemæssig korrektion må koncernen hele tiden holde i hævd, at de enkelte koncernbundne selskaber er selvstændige skattesubjekter, der skal handle på armslængdevilkår. Dette gælder også, når en koncern sammenblander arbejdsfunktioner, eller når der etableres koncernkonti. Fra retspraksis kan der henvises til *TfS 2000.253 LSR,* hvor Landsskatteretten statuerede tilskudsbeskatning hos et datterselskab, idet et moderselskab udarbejdede løn- og månedsregnskab for datterselskabet uden at modtage administrationsbidrag. Ligeledes forholder det sig med lån mellem koncernselskaber, jf. *TfS 2003.290 LSR.* I denne sag statuerede Landskatteretten, dels at markedsrenten skulle

svare til den almindelige lånerente for anfordringslån, og dels at beregningsgrundlaget var årets gennemsnitlige månedlige saldi, hvor disse blev bestemt som gennemsnittet mellem de månedlige primo og ultimo saldi. Om cash pooling i selskabsretlig henseende, se *Søren Vandsø Jacobsen* og *Christian Lindekilde Schmidt* i NTS 2002, s. 451.

5.3. Princippet om rette indkomstmodtager i koncernforhold

Princippet om rette indkomstmodtager går ud på at bestemme det retssubjekt, der virkeligt burde indtægts- eller udgiftsføre et beløb. I modsætning til transfer pricing forhold, er det således ikke prisen og vilkårene for overdragelsen, der er i centrum, men mere om det retssubjekt, der udgifts- eller indtægtsfører et beløb, er det rette subjekt. Der er tale om at henføre indkomsten til den, der har indkomstgrundlaget. En essentiel del af prøvelsen er således at bestemme indkomstgrundlagets placering. Dets placering følger dog oftest af de obligationsretlige regler, dvs. at den, der obligationsretligt ejer indkomstgrundlaget, også skal beskattes af indkomsten heraf, jf. hertil *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten (2004), s. 85 ff. og s. 209 ff. Hvis realiteten ikke svarer til formaliteten, kan myndighederne med hjemmel i SL § 4 beskatte i overensstemmelse med realiteten. At udfinde det »virkelige aftalte« beror på en helhedsvurdering.

Den ledende dom på området er *UfR 1960.535 H, Aalborg Havnemølle A/S*. Skatteyderen, Havnemøllen A/S, drev mølleri og havde i tilknytning hertil et korntørreri. Korntørriet blev senere udskilt til et interessentskab – der var oprettet af Havnemøllens aktionærer – og Havnemøllen udlejede sit korntørreri til interessentskabet. Udlejningen skete på vilkår, hvorefter der ikke var nogen driftsmæssig risiko for interessentskabet, idet der allokeres denne en sikker indtægt. Herudover var interessentskabet i betydeligt omfang integreret med Havnemøllens virksomhed, idet det var dennes direktør, mandskab og bogholderi, der varetog den faktiske drift af interessentskabet. Højesteret fandt, at dispositionen ikke kunne antages at have haft en almindelig forretningsmæssig baggrund, ligesom der næppe kunne formodes at have ligget driftsmæssige hensyn bag udskillelsen af korntørreriet, og da aktionærerne i Havnemøllen ved dannelsen af interessentskabet fandtes at have tilvejebragt en ordning, hvorved der årligt tilflød dem et udbytte af deres aktiebesiddelse i Havnemøllen udover den almindelige dividende, antoges det, at interessentskabets udbytte måtte medregnes til Havnemøllens skattepligtige indkomst, jf. SL § 4. Man fandt med andre ord, at *Havnemøllen var rette*

indkomstmodtager af de indtægter, korntørriet gav i afkast til interessentskabet. Højesterets bedømmelse er sket ud fra en helhedsvurdering. De enkelte dispositioner i sagen er ikke anfægtelige, men det er derimod *dispositionernes samlede virkning*. Først når lejen af korntørriet, mandskabet mv. sammenholdes med den sikre indtægt, åbenbares det, at dispositionerne er sådan indbyrdes forbundet, at interessentskabet fremstår som en pengemaskine.

Afgørelserne i *TfS 1993.321 LSR* og i *TfS 1997.184 LSR* viser også, at det ikke er tilstrækkeligt at overdrage »indkomstgrundlaget«, hvis ikke formalia er overholdt. I begge sager kunne myndighederne påvise, at de faktiske forhold ikke stemte overens med det aftalte. Når aftalens indhold på denne måde kan betvivles på baggrund af faktuelle forhold, afhænger beskatningen af, hvorvidt myndighederne har løftet bevisbyrden for, at det »virkelige aftalte« svarer til de faktuelle forhold. Hvis bevisbyrden løftes, foretages beskatningen på dette grundlag, dvs. den reelle ejer beskattes af afkastet fra indkomstgrundlaget, og den formelle ejer beskattes ud fra en tilskudsbetragtning. I *TfS 2004.703 H, GSK 1 ApS,* havde en slagterikoncern udskilt en indkøbsfunktion til et underskudsselskab, men Højesteret fandt ud fra sagens omstændigheder, at et kommanditselskab var rette indkomstmodtager til underskudsselskabets indkomst. Højesteret bemærkede bl.a., at indkøbsselskabet ingen ansatte havde udover direktøren, at direktørens løn var lav i forhold til overskuddet, at flere funktioner blev varetaget af kommanditselskab, at alt salg skete til kommanditselskabet, og at afregningsprisen aftaltes mundtligt mellem direktøren for underskudsselskabet og kommanditselskabet, der var én og samme person.

Den civilretlige aftale skal heller ikke anerkendes skatteretligt, såfremt aftalen ikke er i overensstemmelse med den skatteretlige begrebsdannelse, jf. atter *UfR 2002.816 H*, hvor en koncern erhvervede en virksomhed. Aktiverne i virksomheden blev fordelt således, at moderselskabet erhvervede goodwillen, og et datterselskab erhvervede de øvrige virksomhedsaktiviteter. En sådan ordning anerkendtes ikke skatteretligt, idet der inden for skatteretten er en stærk formodning for, at virksomhed og goodwill er uløseligt forbundet. Moderselskabets køb af goodwillen blev derfor betragtet som et maskeret tilskud til datterselskabet.

Ved internationale transaktioner får princippet om rette indkomstmodtager en endnu videre betydning, jf. *TfS 1989.605 H.* Daværende hovedaktionær i Dandy-koncernen stiftede et schweizisk kommanditselskab (herefter KG) og et schweizisk aktieselskab (herefter AG). AG'et havde royaltyindtægter fra tre licenstagere, og licensrettighederne var

købt af skatteyderen. KG'et havde indtægter fra salg af råmateriale mv. til de tre licenstagere, udbytte fra AG'et, og indtægter fra salg af tyggegummi på det schweiziske marked. Overenskomsten mellem Danmark og Schweiz lempede efter eksemptionsmetoden. Tvisten angik ikke salget af tyggegummi på det schweiziske marked. KG'et havde fra 1976 ansat en række medarbejdere, der forstod salget fra lejede lokaler. Denne indkomst var derfor tilknyttet det faste driftssted. Tvisten angik derimod, om udbyttet og salg af råmateriale mv. kunne anses for tilknyttet det faste driftssted. Alt faktisk arbejde foregik fra Danmark, og KG'et foretog alene bogholderimæssige funktioner. Højesteret fandt, at der ikke forelå en sådan tilknytning til KG'et, at Danmark var udelukket fra at beskatte indkomsten, dvs. efter dansk opfattelse var indkomsten ikke skattepligtig i Schweiz, men alene i Danmark. De schweiziske skattemyndigheder havde en anden opfattelse og beskattede faktisk indkomsten. Den samme indkomst blev således beskattet i begge stater. Skatteyderen nedlagde på den baggrund påstand om, at den schweiziske skat skulle lempes efter LL § 33, stk. 1. Højesteret frifandt også på dette punkt skatteministeriet, idet LL § 33, stk. 2 alene hjemler ret til creditlempelse, hvis de schweiziske skattemyndigheder efter dansk opfattelse har ret til efter overenskomsten at beskatte indkomsten, hvilket de som førnævnt ikke var berettiget til. *B. Munch Pedersen* bemærker i TfS 1989.651, at dette tillige må gælde i de tilfælde, hvor der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Resultatet af afgørelsen var, at de danske skatteydere måtte tåle dobbeltbeskatningen. Afgørelsen er kommenteret af *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst (2000), s. 458 ff., og af *Aage Spang-Hanssen* i TfS 1989.604. Dobbeltbeskatning kan tillige forekomme, hvis domicilstaten ikke anerkender, at kildestaten har en beskatningsret over en økonomisk aktivitet, fx fordi staterne er uenige om, hvorvidt der er et fast driftssted i kildestaten. Hvis kildestaten statuerer, at der er et fast driftssted, vil denne stat beskatte den indkomst, der kan henføres hertil. Domicilstaten vil tillige beskatte den samme indkomst, men vil ikke være indforstået med at lempe for kildeskatten, idet kildestaten ikke efter domicilstatens vurdering har en beskatningsret over den økonomiske aktivitet, jf. MDBO'ens art. 7, stk. 1, 1. pkt. Se tillige norsk Højesteretsdom af 2004-06-08, der også må have præjudikatværdi i dansk international skatteret.

Formodningen er, at henføringen af indkomsten til indkomstgrundlaget er uangribeligt, hvis indkomstgrundlaget er endeligt overdraget. Dette ses i særegne tilfælde ikke at være tilstrækkeligt, hvis dispositionen er absolut uden forretningsmæssig værdi, jf. *TfS 1999.950 H.* Højesteret

fravalgte i nævnte sag at anvende armslængdeprincippet til fordel for princippet om rette indkomstmodtager. Omstændighederne i sagen var, at et selskab i Jysk Sengetøjslager-koncernen blev nægtet fradrag for provision til et andet indkøbsselskab. De to selskaber var sambeskattede, og indkøbsselskabet havde et fremførbart underskud. Der var mellem parterne indgået en aftale, hvorefter selskabernes indkøbsfunktion, der hidtil havde været udført i forening, blev overført til indkøbsselskabet. Det aftaltes tillige, at indkøbsselskabet skulle have en provision på 5% af indkøbet. En effektuering af aftalen ville have medført en helt usædvanlig stor indkomstoverførsel til indkøbsselskabet. Højesterets flertal (3-2) bemærkede på den baggrund: »Forretningsmæssige hensyn kan utvivlsomt i større virksomheder tale for en funktionsopdeling, således at visse opgaver henlægges til særlige selskaber. Som det fremgår af revisors opstilling over den beregnede provision, ville aftalen af 25/8 1989 imidlertid indebære, at indkøbsselskabet i løbet af 9 regnskabsår på basis af et samlet varekøb på 5,7 mia. kr. ville have fået overført en provisionsindtægt på ca. 288 mio. kr. fra skatteyderen, mens indkøbsselskabets faktiske omkostninger i samme periode kun udgjorde ca. 51 mio. kr. Med denne bemærkning og af de grunde, landsretten har anført, finder vi, at aftalen i den grad afviger fra normale, forretningsmæssigt begrundede funktionsopdelinger, at den aftalte ordning i det hele må tilsidesættes i skattemæssig henseende. Af de samme grunde finder vi, at sagen ikke bør hjemvises til ligningsmyndighederne med henblik på nedsættelse af den aftalte provisionssats.« Dissensen ville ikke have tilsidesat aftalen i sin helhed, men ville have hjemvist sagen til fornyet behandling ved ligningsmyndighederne, idet de dissentierende dommere fandt, at indkøbsfunktionen trods alt havde en forretningsmæssig betydning. Om det forretningsmæssige kriterium, se *Nikolaj Vinther* i Juristen 2004, s. 310 ff. Hovedreglen må dog stadig være, at armslængdeprincippet ud fra grundtanken om det mindre i det mere vil være den almindelige regel ved prisjusteringer.

5.4. Tripelbeskatning

En særlig variant af princippet om rette indkomstmodtager er problemstillingen om tripelbeskatning. Hjemlen til at foretage tripelbeskatning er LL § 16 A. Tripelbeskatningen bygger på den fiktion, at et selskab begunstiger en anden juridisk eller fysisk person, men det sker i den parts interesse, der har bestemmende indflydelse i det givende selskab. Hovedaktionæren anvender således sin bestemmende indflydelse i sel-

skabet til at begunstige et andet skattesubjekt. Hvis dette statueres, beskattes hovedaktionæren som det overførende led. Det ressourceoverførende selskab får eventuelt forhøjet dets indkomst, og begunstigede, hvad enten dette er et selskab eller en person, får eventuelt nedsæt sin indkomst, dog samtidig med at selve begunstigelsen beskattes efter SL § 4. For at rekapitulere: Tre led beskattes ved tripelbeskatning, og det er 1) det ressourceoverførende selskab, 2) det overførende led og 3) den begunstigede, hvad enten det er en person eller et selskab.

Tripelbeskatning kan kun statueres, hvis det givende selskabs transaktion *savner forretningsmæssig begrundelse*. For det andet skal der være *realiseret en økonomisk fordel for det overførende led, der er videregivet,* jf. *Ole Bjørn* SR-Skat 2001, s. 271 f. og *Erik Werlauff* i TfS 2002.954. Eksempelvis foreligger der ikke en realiseret økonomisk fordel, når et søsterselskab begunstiger et andet søsterselskab, og hvor begge selskaber er ejet af samme eneaktionær, idet indkomstoverførslen er økonomisk neutral for eneaktionæren, jf. *TfS 2001.510 LSR*. Der skal imidlertid ikke ændres meget på ejerbrøkerne, før der kan statueres tripelbeskatning, jf. *TfS 2002.336 V.* I nævnte sag statuerede Landsskatteretten, at et søsterselskabs begunstigelse af et andet søsterselskab udløste maskeret udbytte hos én af aktionærerne, idet denne ejede 11% mindre i det begunstigede selskab end i det ressourceoverførende selskab. Ved landsretten løftede skatteyderen imidlertid bevisbyrden for, at der var handlet på armslængdevilkår, og af den grund bortfaldt tripelbeskatningen. Se herimod *TfS 2005.42 LSR*, hvor der blev statueret maskeret udlodning ved en kapitalforhøjelse til en ekstrem overkurs trods det, at de 2 foreningsmedlemmer tegnede aktieposter svarende til medlemmernes andel i foreningen. Hvis forholdet derimod var således i *TfS 2002.336 LSR*, at hovedaktionæren ejede 11% mindre i det ressourceoverførende selskab end i det begunstigede selskab, må det antages, at tripelbeskatning er udelukket. Det overførende led får jo ikke en formuefordel, dette kan »videregive.«

Tripelbeskatning vil altid forekomme, hvor den begunstigede er en selvstændig og uafhængig part i forhold til den ressourceoverførende part og det overførende led, jf. *TfS 1990.367 Ø,* hvor en hovedaktionær havde begunstiget sin ex-kone gennem sit anpartsselskab. At en hovedaktionær gennem sit selskab begunstiger sin hustrus selskab, bevirker tillige, at der statueres tripelbeskatning, jf. *TfS 2004.309 H.* I sammenhæng hermed forekommer *TfS 2002.531 LR* en anelse uforståelig. Sagen handlede om et moderselskab, der vederlagsfrit overdrog sine datterselskabsaktier til en almennyttig fond, hvor hovedaktionæren ikke havde

nogen bestemmende indflydelse gennem fondsbestyrelsen, og som heller ikke var begunstiget via fundatsen. Ligningsrådet fandt, at da fonden var løsrevet og uafhængig fra hovedaktionæren, ville der ikke foreligge tripelbeskatning. Dette sagsforhold burde ellers med styrke tale for, at der foreligger en realiseret økonomisk fordel, og når dette sammenholdes med, at fondskonstruktionen er afstedkommet af hovedaktionærens personlige interesser, burde der være statueret maskeret udbytte. Det må endvidere anses for tvivlsomt, om gavens størrelse kan indeholdes inden for rammerne af ASL § 114.

5.5. Koncernbidrag med fradragsvirkning

Det sidste materielle spørgsmål, der må stilles i forbindelse med en skattemæssig korrektion, er, hvorvidt det ressourceoverførende selskab kan fradrage det overførte beløb. Atter afhænger den skattemæssige vurdering af, hvordan det overførte beløb skatteretligt er kvalificeret. Maskeret udbytte er ikke fradragsberettiget, ligesom ordinær udbytte heller ikke kan fradrages. Maskeret løn kan fradrages, ligesom almindelige lønomkostninger kan fradrages osv.

Maskeret tilskud er altid skattepligtigt og kan som hovedregel ikke fradrages, medmindre det er en driftsomkostning, jf. SL § 6 a, der er afholdt for at erhverve, sikre eller vedligeholde indkomsten i det tilskudsgivende selskab. En driftsomkostning er karakteriseret ved at påvirke den løbende indkomsterhvervelse, hvorimod en ikke fradragsberettiget formueudgift er kendetegnende ved at være afholdt for at varetage aktionærinteressen, dvs. det tilskudsgivendes selskabs formueinteresse. Det er – som *Kjeld Hemmingsen*: Driftsomkostninger i teori og praksis (2003), s. 111 påpeger – lettere at løfte bevisbyrden for driftsomkostningsbetragtningen, hvis der kan påvises særlige lovgivningsmæssige krav eller andre udfra dikterede omstændigheder, som skatteyderen ikke har indflydelse på.

I *TfS 2000.243 H, Egnsbank Han Herred,* havde seks pengeinstitutter erhvervet et leasingselskab, således at disse kunne tilbyde deres kunder produkter svarende til dem, der blev udbudt i større pengeinstitutter. Leasingselskabet fremstod over for omverdenen som en integreret del af de seks pengeinstitutter. Selskabet var hovedsageligt finansieret via fremmedkapital, og pengeinstitutterne havde i den forbindelse stillet en tabsgaranti. Det var under sagen oplyst, at alt samarbejde mellem øvrige banker ville ophøre, hvis en bank lod et nødlidende datterselskab gå konkurs uden at rekonstruere det, hvilket kunne få væsentlig negativ betydning for en bank. Da garantien blev aktuel,

var spørgsmålet, om banken kunne fradrage beløbet. Efter bevisførelsen lagde Højesterets flertal til grund, at leasingselskabet var en integreret del af bankvirksomheden, og at en eventuel manglende garantistillelse vil have påvirket bankens løbende indkomsterhvervelse, jf. den oplyste pengeinstitutpraksis. På den baggrund fandt Højesteret, at banken var berettiget til at fratrække beløbet.

I *UfR 1976.60 H, Dansk Esso A/S,* havde et moderselskab ydet datterselskaber tilskud, således at sidstnævntes underskud blev dækket. Moderselskab var et større olieselskab, der udover at levere olie til selvstændige forhandlere eller til forpagtere tillige havde egne datterselskaber, der var beliggende på forretningsmæssige strategiske knudepunkter. Det var vigtigt for moderselskabet at beholde disse tankstationer, og det accepterede derfor at dække datterselskabernes underskud. Højesteret fandt, at tilskuddene var fradragsberettiget, idet datterselskabernes opretholdelse havde konkurrence- og omsætningsmæssig betydning for moderselskabet.

Der kan tillige henvises til *TfS 1993.457 V, Haarup Maskinfabrik.*

Det er skatteyderen, der skal løfte bevisbyrden vedrørende udgiftsafholdelsens direkte forbindelse til den løbende indkomsterhvervelse, jf. *TfS 1996.282 Ø, Haribo Lakrids A/S,* hvor selskabet ikke kunne bevise omfanget og karakteren af de påståede markedsføringsaktiviteter. Hvis tilskuddet udelukkende er præsteret for at opretholde datterselskabet, vil tilskuddet allerede af den grund ikke kunne kvalificeres som en driftsomkostning, jf. *TfS 1990.214 H, Christiani og Nielsen A/S* og *TfS 2004.756 V, Familieaktieselskabet Per N. Ørnstrand.* Sidstnævnte dom må tages til indtægt for, at fradragsretten først aktualiseres, hvis tilskuddet gives på et tidspunkt, hvor præstationen af ydelsen er den *sidste* udvej for at sikre tilskudsgiverens løbende indkomsterhvervelse. At det efter udenlandske regler er muligt at yde koncernbidrag, ændrer ikke på den danske skatteretlige vurdering, jf. *TfS 2001.538 LR.* Ligningsrådet blev anmodet om at fravige vilkår 2.7. i sambeskatningscirkulæret. Heraf fremgår det, at udenlandske selskaber, der er sambeskattet med et dansk moderselskab, skal opgøre deres skattepligtige indkomst efter danske regler. Sagen angik det forhold, at de udenlandske selskaber, der alle havde hjemsted i det samme land, indgik i en lokal sambeskatning, hvorved indkomstudjævningen skete ved koncernbidrag, således at bidragsgiveren havde fradrag og bidragsmodtageren var skattepligtig af beløbet. I dansk ret er sådanne bidrag som udgangspunkt ikke fradragsberettigede, jf. SL § 6 a, og dette kunne der ikke dispenseres fra.

5.6. Forebyggelse ex ante

Et grundigt udarbejdet dokumentationsgrundlag er den bedste måde at sikre imod, at koncernens interne transaktioner og prisfastsættelser tages op til revision, jf. det lovmæssige krav herom i SKL § 3 B, stk. 4. Told- og Skattestyrelsen har udarbejdet en vejledning, hvori der redegøres generelt om deres opfattelse af et passende dokumentationsgrundlag. Styrelsen finder, at følgende punkter bør medtages:

1) *Beskrivelse af virksomheden*, dvs. en beskrivelse af virksomhedens egne forhold, herunder dens intern forhold som koncernstrukturen og organisatoriske opbygning samt dens eksterne forhold som branche- og markedsmæssige position.
2) *Beskrivelse af de kontrollerede transaktioner,* dvs. en redegørelse af, hvilke forbundne selskaber der handles med, hvilket omfang det har, og hvilke handelsmæssige betingelser de er undergivet.
3) *Funktions- og risikoanalyse.* Her identificeres, hvor i koncernen de enkelte funktioner udføres, hvilke parter som ejer og anvender de relevante aktiver, samt hvem som løber de risici, som er forbundet med transaktionerne.
4) *Beskrivelse af økonomiske forhold,* dvs. en udarbejdelse af tilpassede regnskaber samt beregning af relevante nøgletal.
5) *Sammenlignelighedsanalyse,* dvs. en analyse af andre sammenlignelige transaktioner. At være sammenlignelig betyder, at 1) ingen af de eventuelle forskelle mellem de transaktioner, som sammenlignes, kan have en væsentlig indvirkning på de forhold, som undersøges, dvs. hovedsageligt priser eller avancer, eller at 2) det er muligt at foretage justeringer, der kan tage højde for eventuelle forskelle, jf. definitionen i OECD's guidelines pkt. 1.15. Faktorer, der kan være afgørende for sammenligneligheden, er det overdragendes karakteristikon, selskabernes funktions- og risikopåtagelse, kontraktbetingelser, markedsmæssige forhold og forretningsstrategier.
6) *Valg af prisfastsættelsesmetode.* OECD anbefaler fem metoder, som vil blive gennemgået nedenfor.
7) *Skriftlige aftaler*

Det er utvivlsomt, at mange koncerner finder dokumentationspligten for at være en betydelig administrativ og bekostelig byrde. Der er derfor også koncerner, der vælger ikke at udarbejde dokumentationsmateriale, og således løber risikoen for en transfer pricing-sag. Dette understre-

ger også bestemmelsens restriktive og dermed dens fællesskabsstridige karakter.

Kravet om dokumentation er især begrundet i, at hidtidige sager har vist, at myndighederne har tabt sagen, idet man ikke har kunnet løfte bevisbyrden, jf. oliedommene i *UfR 1987.60 Ø (Texaco)* og *UfR 1988.527 H (BP)*. Begge afgørelser er tydeligt præget af, at Skatteministeriet manglede konkrete oplysninger til på klar og præcis måde at sandsynliggøre, at der ikke var handlet på armslængdevilkår. Ministeriets anbringender for, at prisfastsættelsen var forkert, begrundes på et mere abstrakt grundlag, hvilket ikke var nok til at korrigere i handelspriserne, selv om beviskravet var svækket, fordi olieselskabernes moderselskab ikke ville oplyse om andre interne og eksterne handelspriser. Sammenlignelighedsgrundlaget var derfor spinkelt.

Bestemmelsen ændrer ikke på, at det stadig er skattemyndighederne, der har den objektive bevisbyrde, jf. nærmere *Peter Bang* i S.U. 1999.59. Såfremt den skattepligtige ikke har udarbejdet dokumentation, finder SKL § 5, stk. 3, anvendelse, dvs. at myndighederne kan foretage en skønsmæssig ansættelse. Sidstnævnte betyder, at forholdet vendes 180 grader, idet skatteyderen skal påvise, at det grundlag, hvorpå skønnet er foretaget, er forkert. Dette skal sammenholdes med, at Højesteret generelt er tilbageholdende med at prøve forvaltningens værdiskøn, jf. *Malene Kerzel* i TfS 1999.478. Bevisbyrdeproblematikken i forbindelse med SKL § 3 B er ikke entydig. Hvis det lægges til grund, at virksomheden har udarbejdet et fyldigt dokumentationsgrundlag, må det forventes, at *fiscus'* bevisbyrde er relativt større. Et mangelfuldt dokumentationsgrundlag vil lette *fiscus'* bevisbyrde, men *fiscus* skal stadig løfte en kumulativ bevisbyrde for henholdsvis tilsidesættelsen og substituttet. Er der ikke udarbejdet dokumentationsgrundlag, eller er det klart utilstrækkeligt, kan *fiscus*, hvis denne kan bevise, at der ikke er handlet på armslængdevilkår, foretage en skønsmæssig ansættelse. Enhver korrektion skal godkendes af Told- og Skattestyrelsen – hvilket vil sige kontoret for international selskabsbeskatning, og godkendelsen er en gyldighedsbetingelse, jf. TSS-cirkulære 2004-26. Selv om det må antages, at bevisbyrden er lempet for myndighederne, er hele problemstillingen imidlertid med til at understrege, at der skal særlige omstændigheder til, før fiscus kan ændre en aftale i skattemæssig henseende. Der skal foreligge et tilnærmelsesvist klart grundlag for at ændre aftalen i skattemæssig henseende.

Som førnævnt anbefaler OECD fem metoder til at prisfastsætte forbundne transaktioner, og disse er i prioriteret rækkefølge:

Den fri markedsprismetode (Comparable Uncontrolled price (CUP) method). Ved denne metode sammenlignes den kontrollerede prisfastsættelse med den pris, der kræves over for uafhængige parter under tilsvarende omstændigheder. Denne metode er særlig relevant, hvis det sælgende selskab tillige sælger det tilsvarende produkt til en uafhængig køber. Det kan være, at mindre justeringer skal foretages, hvis kontraktbetingelserne ikke er identiske.

Videresalgsprismetoden (Resale price method). Denne metode tager udgangspunkt i videresalgsprisen fra et afhængigt selskab til et uafhængigt selskab. Prisen reduceres derefter med den bruttoavance, som »videresalgsselskabet« skal have i betragtning af de funktioner og risici, der er pålagt den. Den reducerede pris udgør armslængdeprisen mellem de koncernforbundne selskaber. Metoden er særlig anvendelig, når et produktionsselskab handler med dets dattersalgsselskab, idet sidstnævnte selskab har begrænsede funktioner, og der skal derfor foretages få justeringer for at beregne armslængdeprisen.

Kostpris plus avancemetoden (Cost plus method). Ved denne metode tages der udgangspunkt i selskabets direkte og indirekte omkostninger og tillægges en bruttoavance, der afhænger af de funktioner og risici selskabet har. Metoden er særlig anvendelig ved beregningen af armslængdeprisen for transaktioner omfattende halvfabrikata og serviceydelser.

Alle tre ovenstående metoder har taget udgangspunkt i transaktionsniveauet. De to sidste metoder tager derimod udgangspunkt i de forbundne parters nettoavancer, dvs. »bundligne resultater«.

Avancefordelingsmetoden (Profit split method) fordeler begge de forbundne selskabers nettoavance ud fra den relative værdi, som selskaberne har bidraget med. Fastlæggelsen af parternes bidrag tager udgangspunkt i en funktions- og risikoanalyse og om muligt ud fra eksterne data.

Den transaktionsbestemte nettoavancemetode (Transactional net margin method – TNMM) adskiller sig fra avancefordelingsmetoden derved, at metoden ensidigt fokuserer på et selskab i transaktionen. Metoden baseres på en begrundet antagelse om, at virksomheder inden for samme branche vil tendere at opnå den samme indtjening for de samme transaktioner. Det er den mest enkle virksomhed, der analyseres.

Det kan – som det med alt tydelighed fremgår ovenfor – være en vanskelig sag at fastlægge armslængdeprisen eller intervallet for denne. Et interessant spørgsmål er derfor, om prisfastsættelsen på for-

hånd kan afklares med skattemyndighederne i form af en bindende forhåndsbesked.

Det er formelt Ligningsrådet, som er tildelt kompetencen til at afgive bindende forhåndsbesked. En forhåndsbesked binder kun de danske myndigheder. De udenlandske skattemyndigheder er selvsagt ikke bundet af Ligningsrådets svar. Det betyder, at en international virkende koncern, der får en bindende forhåndsbesked om en bestemt metode for prisfastsættelsen, ikke kan garanteres imod dobbeltbeskatning, eftersom den udenlandske skattemyndighed, hvori det forbundne selskab er hjemmehørende, kan bestemme en anden prisfastsættelse. Hvor en bindende forhåndsbesked er et effektivt værn ved vurderingen af en ren dansk sag, falder værdien af den bindende forhåndsbesked mærkbart, når bedømmelsen angår en grænseoverskridende transaktion.

En forhånds bedømmelse bliver først interessant, når de respektive skattemyndigheder i såvel det danske selskab som det koncernforbundet udenlandske selskab med bindende virkning kan afgive et fælles svar. I de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Danmark har indgået, er der i alle en bestemmelse om en gensidig aftaleprocedure, jf. hertil MDBO'ens art. 25. Ifølge denne kan de kompetente myndigheder træde sammen, såfremt en løsning på et dobbeltbeskatningsproblem ikke umiddelbart kan findes. Det anføres i OECD's transfer pricing guidelines pkt. 4.140-4.142, at »advance pricing arrangements« (APA) også kan hjemles i denne bestemmelse, idet formålet med APA er at i møde dobbeltbeskatning.

En APA muliggør, at staternes kompetente myndigheder kan indgå en aftale, der for fremtiden skal fastlægge principperne for prisfastsættelsen, som skal anvendes ved delingen af beskatningsrettem mellem staterne, og som selskaberne kan selvangive efter, jf. herom *Phillip Noes* og *Lars Kollerup* i S.U. 2002.68. Initiativet til en APA må nødvendigvis komme fra skatteyderen. Udarbejdelsen af APA'en sker i et tæt samarbejde mellem de respektive forbundne selskab og de kompetente skattemyndigheder, også selv om forhandlingerne formelt sker mellem nævnte myndigheder.

En forhåndsbesked på løbende transaktioner over en afgrænset tidsperiode på fx 3 år vil afspejle de vilkår, den er givet under. Det vil således ikke kunne forventes, at styrelsen vil godkende en fikseret pris, idet en sådan prisfastsættelse ikke tager højde for ændrede markedsmæssige forhold. Det er mere nærliggende, at styrelsen vil godkende bestemte kriterier for prisfastsættelsen, idet disse vil have den fornødne fleksibilitet til at reagere over for ændrede markedsvilkår. Det afgørende

er derfor i APA at få fastlagt fx metoden for prisfastsættelsen, forudsætningerne for den økonomiske udvikling og egnede ændringsforslag, hvis forudsætningerne svigter. Detaljeringsgraden vil afhænge af den konkrete situation.

Fordelen ved en APA er selvsagt, at en metode for prisfastsættelse er forhåndsgodkendt, således at selskabet kan disponere og selvangive herefter. En eventuel bekostelig og ressourcekrævende transfer pricing sag kan endvidere hindres – eller med andre ord forebygges.

Ulempen ved en APA er imidlertid, at det kan være vanskeligt, dels at opnå medlemsstaternes tiltrædelse til en sådan aftale, og dels at udarbejde denne, således at aftaleforudsætningerne tager højde for fremtidige ændringer af økonomiske, driftsmæssige og politiske forhold, jf. også *Jan Pedersen*: Transfer Pricing (1998), s. 306.

Når de kompetente myndigheder indgår en aftale, vil skatteyderen modtage en afgørelse. En afgørelse truffet af Told- og Skattestyrelsen kan ikke indbringes for en højere administrativ myndighed, jf. udlægningsbekendtgørelse nr. 520 af 25.06.2002 § 14, stk. 2 og § 26, stk. 1, nr. 4. Sagen kan indbringes for en af landsretterne inden 3 måneder, jf. SSL § 31, stk. 3.

5.7. Forebyggelse ex post

Undgåelse af juridisk dobbeltbeskatning kan alene ske ved, at begge stater anvender den samme armslængdepris. Spørgsmålet er, hvilke reaktionsmuligheder et selskab har, hvis skattemyndighederne foretager en primær korrektion, dvs. foretager en indkomstforhøjelse.

Nationale forskrifter

Hvis staterne er enige om, at den primære korrektion er retmæssig, og den anden stat foretager en korresponderende korrektion, vil dobbeltbeskatningen kunne imødegås. De koncernforbundne selskabers kvaler er dog ikke herved slut, idet den stat, hvor det begunstigede selskab er hjemmehørende, kan foretage en sekundær korrektion hos selskabet. Det må jo fastholdes, at selv om en stats primære korrektion er fulgt op af en stats korresponderende korrektion, og den skattemæssige indkomstfordeling derfor er i overensstemmelse med armslængdeniveauet, er der realøkonomisk stadig ikke sket betaling til den pris, uafhængige parter ville have handlet til. Der er med andre ord overført en merindkomst fra den ene part til den anden. Flere stater beskatter denne merindkomst, dvs. de foretager en sekundær korrektion. Hvorvidt den

sekundære korrektion kan omgøres, afhænger af de nationale skatteregler, der gælder for det pågældende selskab. Med begrebet omgørelse menes der, at en allerede gennemført disposition kan ændres med den virkning, at de skattemæssige virkninger bortfalder og erstattes af de skattemæssige virkninger, der følger af den ændrede aftale. Hjemmel til omgørelse findes i LL § 2, stk. 4 og SSL § 37 C

Betalingskorrektion, jf. LL § 2, stk. 4

I LL § 2, stk. 4 bestemmes det, at ved ændringer i ansættelsen af den skattepligtige indkomst, kan den skattepligtige undgå den sekundære korrektion ved at forpligte sig til betaling i overensstemmelse med armslængdeprisen. Med begrebet »forpligtelse« understreges det, at den begunstigede part ikke nødvendigvis skal betale beløbet med det samme, men kan afvente til den verserende sag afsluttes. Forpligtelsen afgives over for det forbundne selskab, det har indgået de transaktioner med, som skattemyndigheder nu anfægter prisfastsættelsen af. Påtagelsen af betalingsforpligtelsen medfører, at selskabets skatteansættelse ændres, idet det beløb (den sekundære korrektion), der er indkomstført som maskeret tilskud eller udlodning mv., bortfalder. Der kan ikke stilles krav om, at klagebehandlingen vedrørende den primære eller den sekundære korrektion er afsluttet, førend den omhandlede ansættelse genoptages, jf. *TfS 2003.40 LSR*. Det er uden betydning, om transfer pricing-sagen starter ved de udenlandske eller de danske skattemyndigheder. Der kan ikke stilles yderligere betingelser for undgåelsen af den sekundære korrektion end betalingsforpligtelsen. Ansøgning om tilladelse til omgørelse er derfor unødvendigt, jf. i modsætning hertil SSL § 37 C.

Betalingsforpligtelsen er et almindeligt obligationsretligt skyldforhold mellem de koncernforbundne selskaber. Den eneste betingelse, der kan knyttes til betalingsforpligtelsen, er udfaldet af den verserende sag, hvilket begrundes med, at det først er ved sagens endelige afslutning, at armslængdeniveauet kendes og dermed tillige størrelsen af betalingskorrektionen. Påklage af korrektionen udskyder ikke tidspunktet for påtagelsen af betalingsforpligtigelsen, jf. *Hans Henrik Bonde Eriksen* og *Kurt Hansen*: Betalingskorrektion, omgørelse & skatteforbehold (2003), s. 137 ff.

At betalingsforpligtelsen er et almindeligt skyldforhold, indebærer, at aftalen skal indgås på armslængdevilkår. Der skal dels aftales en markedsrente og dels skal øvrige vilkår svare til markedsvilkår. Fordringen omfattes af kursgevinstlovens regler, og opmærksomheden skal især her henledes på KGL § 4, hvorefter udgangspunktet for koncernfordringer

er, at kreditorselskabet ikke kan fradrage et kurstab, og at debitorselskabet til gengæld ikke skal medregne en kursgevinst, jf. KGL § 8. Hvis betalingsforpligtelsen påtages på et tidspunkt, hvor det er »stensikkert«, at debitorselskabet aldrig ville kunne betale beløbet, må det være berettiget, at myndighederne bortser fra betalingsforpligtelsen.

Hvis den skattepligtige ønsker at forpligtige sig til betaling i overensstemmelse med de efter LL § 2, stk. 1, anvendte priser og vilkår (armslængdeniveauet), skal denne forpligtelse påtages i tilknytning til gennemførelsen af korrektionen efter stk. 1, jf. de enkelte bemærkninger i lov nr. 432 af 26/6 1998. Forpligtelsen skal med andre ord påtages ved påbegyndelsen af transfer pricing sagen. Myndighederne har pligt til at vejlede om muligheden for påtagelsen af betalingsforpligtelsen. Manglende eller forkert vejledning må medføre, at tidspunktet for rettidig påtagelse af betalingsforpligtelsen udskydes, indtil skatteyderen er vejledt korrekt, jf. *Nikolaj Vinther* og *Sten Bønsing* i TfS 2002.955, og dette ses nu at være bekræftet af Landsskatteretten i *TfS 2004.314 LSR*. Hvis betalingsforpligtelsen ikke er påtaget i rette tid, er det alene muligt at foretage omgørelse efter SSL § 37 C.

Reglen om betalingskorrektion finder alene anvendelse for en udenlandsk transaktion, såfremt den udenlandske skattemyndighed foretager en beskatning, der er i overensstemmelse med det armslængdeniveau, der er lagt til grund ved ansættelsen af den danske indkomstansættelse. Den sekundære korrektion (tilskudsbeskatningen mv.) får således fuld indkomstvirkning for det begunstigede selskab, hvis de to kompetente skattemyndigheder ikke kan blive enige om et fælles armslængdeniveau. Den sekundære korrektion beregnes efter det armslængdeniveau, der er fastsat efter intern dansk ret.

Den ordinære genoptagelsesfrist er for transfer pricing sager forlænget fra en 3 års-frist til en 6 års-frist, jf. SSL § 34, stk. 5. Reglen gælder alene for skattepligtige omfattet af SKL § 3 B, dvs. for transaktioner mellem et dansk og et udenlandsk skattesubjekt. Fristforlængelsen er begrundet i, at sagsbehandlingen vedrørende internationale transfer pricing sager er langvarige, men dette kan ikke begrunde en regel, der udelukkende rammer grænseoverskridende transaktioner, og bestemmelsen er derfor fællesskabsstridig.

Den almindelige omgørelsesregel, jf. SSL § 37 C

En sag kan behandles som en omgørelsessag efter reglerne i SSL § 37 C, når en viljesbestemt og gyldig disposition af rent privatretlig karakter ønskes helt eller delvis ændret som følge af skattemyndighedernes

skattemæssige behandling af dispositionen, således at de hidtidige skatteansættelser ophæves og erstattes af skatteansættelser foretaget på grundlag af den ændrede privatretlige disposition, jf. *Told- og Skattestyrelsens* notat om betalingskorrektion og omgørelse i TfS 2000.740. Omgørelsesreglerne er således reserveret for de tilfælde, hvor en gyldig aftale ønskes omgjort med ex tunc virkning. Ugyldige eller uvirksomme privatretlige dispositioner samt rene fejlekspeditioner er ikke omfattet af omgørelsesinstituttet, idet disse sagstyper behandles som genoptagelsessager, jf. *cirkulære nr. 158 af 10. oktober 2000.* Herved er det også klart tilkendegivet, at ugyldighedsreglerne mv. har forrang frem for omgørelsesreglerne.

Om forholdet mellem LL § 2, stk. 4 og SSL § 37 C kan det generelt anføres, at hvor LL § 2, stk. 4 kan anvendes, vil denne omgørelsesmulighed typisk foretrækkes frem for SSL § 37 C. En prisjustering af den i aftalen angivne pris, man ønsker ændret, for at undgå en sekundær korrektion kan ske efter LL § 2, stk. 4, såfremt man er omfattet af hovedaktionærkredsen i LL § 2, stk. 1. Betingelsen er, at den skattepligtige forpligter sig til at betale differencen. Opfyldes denne betingelse, er betalingskorrektion som sagt et retskrav for den skattepligtige. De tilfælde, hvor betalingskorrektion ikke er mulig, er ved *fuldstændig omgørelse* og ved *delvis omgørelse uden for hovedaktionærkredsen* i LL § 2, stk. 1. Det er inden for dette afgrænsede område, at SSL § 37 C vil finde anvendelse.

Det er kun civilretlige dispositioner, der kan omgøres – hvis de overhovedet kan omgøres. Det er således en stående forudsætning, at tilbageføring af civilretlige forhold rent faktisk kan lade sig gøre, jf. hertil *Poul Erik Hjerrild-Nielsen* i SR-Skat 1999, s. 321. Eksempelvis hindrer de selskabsretlige regler, at et stiftelsesgrundlag efterfølgende kan ændres, jf. *EANK af 25. juni 1998, j.nr. 97-190.878*, hvor stiftertilgodehavendet oversteg 25% af den disponible kapital, således at en virksomhedsomdannelse ikke kunne ske skatteneutralt. Skattemyndighederne tillod omgørelse under forudsætning af, at *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* godkendte, at der selskabsretligt også blev tilladt en omgørelse af åbningsbalancen for selskabet. Da *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* ikke tillod dette, bortfald den skatteretlige mulighed for omgørelse. Se også *EANK af 5. november 1999, j. nr. 99-56.394*, hvor rådgiverne havde foretaget en forkert opgørelse af 10%-kontantvederlaget efter daværende ABL § 13, således at en aktieombytning ikke kunne ske skatteneutralt, medmindre omgørelse blev tilladt. En sådan tilladelse kunne ikke opnås, idet de selskabsretlige regler hindrede, at stiftelsesgrundlaget ændres. Se tillige *Søren Halling-Overgaard m.fl.*:

Generationsskifte (2002), s. 70 f., og *Erik Werlauff*: Selskabsret (2003), s. 159. Et andet eksempel kunne være, at fuldstændig omgørelse var udelukket, idet formuegenstanden var videreoverdraget til tredjemand. Ophævelse er i denne situation meningsløst, idet formuegenstanden ikke kan tilbageleveres.

Der er fem betingelser, der skal opfyldes, før en disposition kan omgøres:

1) Dispositionen må ikke i overvejende grad være *båret af hensyn til at spare eller udskyde skatter eller afgifter*, jf. fx *TfS 2003.847 LR,* hvor en indkomstmanipulering i strid med princippet om rette indkomstmodtager ikke blev tilladt omgjort, idet Ligningsrådet fandt, at dispositionen i overvejende grad var båret af skattemæssige hensyn. Da omgørelse tillige ikke kan finde sted efter LL § 2, stk. 4, idet denne bestemmelse alene omfatter armslængdekorrektioner og ikke korrektioner grundet princippet om rette indkomstmodtager, jf. *TfS 2001.176 LSR,* er skatteansættelsen endelig. Tilladelse til omgørelse kan heller ikke forventes, hvis differencen mellem handelsværdien og den faktiske overdragelsessum er væsentlig, jf. *TfS 2002.756 LR,* hvor handelsværdien på aktierne var dobbelt så stor som den aftalte overdragelsessum.
2) Dispositionen skal utvivlsomt have haft *utilsigtede skattemæssige virkninger, der er væsentlige*. Heri ligger et krav om, at det er de skattemæssige virkninger, der er årsagen til, at dispositionen ønskes omgjort. Det kan herfra modsætningsvis sluttes, at en aftale, der ønskes annulleret af andre årsager, ikke kan omgøres efter SSL § 37 C. nr. 2-kravet er førhen blevet læst som et krav om god tro, men dette er nu forladt, efter at omgørelsesinstituttet er lovfæstet i SSL § 37 C, jf. *TfS 2002.86 LR*. Ligningsrådet blev anmodet om tilladelse til omgørelse, således at den oprindelige aftale om fastsættelse af vederlaget for goodwill ved overdragelsen af automobilværksted/bilforhandling mv. fra A ApS til B ApS blev ændret. Ligningsrådet imødekom anmodningen, idet alle betingelserne i SSL § 37 C var opfyldt. Ligningsrådet fandt i denne forbindelse ikke, at kravet om god tro kan indeholdes i ordlyden af SSL § 37 C, stk. 1, nr. 2. Bemærkningerne om godtros-kravet var: »Efter den ændrede formulering af skattestyrelseslovens § 37 C er det tvivlsomt, om der som efter den tidligere praksis kan stilles krav om, at konsekvenserne ikke kunne eller burde være forudset. Således som bestemmelsen i skattestyrelseslovens § 37 C er formuleret, finder Ligningsrådet

ikke, at der fortsat kan stilles krav om, at konsekvenserne kunne eller burde være forudset. Med andre ord finder Ligningsrådet ikke, at kravet om god tro kan indeholdes i ordlyden af skattestyrelseslovens § 37 C, stk. 1, nr. 2. Ligningsrådet finder, at vurderingen af, hvorvidt den sidste betingelse for at meddele tilladelse til omgørelse er opfyldt, må baseres på ordlyden af skattestyrelseslovens § 37 C, stk. 1, nr. 2. Eftersom skatteyder utvivlsomt ikke havde tilsigtet, at en del af vederlaget for goodwill i stedet skulle karakteriseres som et tilskud, finder Ligningsrådet, at dispositionen utvivlsomt har haft utilsigtede skattemæssige konsekvenser. Som ovenfor anført finder Ligningsrådet tillige, at disse er væsentlige.« Se tillige afgørelserne i *TfS 2001.639 LR* og *TfS 2002.215 LR*. Der kan endvidere henvises til *Ole Bjørn* i SR-Skat 2002.154

3) Dispositionen skal være *lagt klart frem* for myndighederne. I *TfS 2002.756 LR* fandt Ligningsrådet, at det forhold, at en aktieavance for et år ikke var selvangivet, medførte, at dispositionen ikke var lagt klart frem. Skatteyderen havde ellers anført, at dette beroede på en beklagelig fejl. Det må antages, at en disposition er lagt klart frem, hvis skatteyderen har opfyldt de skattemæssige og regnskabsmæssige bogførings- og oplysningskrav, uanset om man ud fra disse oplysninger kan konkretisere dispositionen, jf. ligeledes *Tommy V. Christiansen* i Festskrift til Ole Bjørn, s. 117 ff.
4) De privatretlige virkninger af den ændring af dispositionen, der ønskes tillagt skattemæssig virkning, skal *være enkle og overskuelige*. Det beror på den, der ansøger om tilladelse til omgørelse efter skattestyrelseslovens § 37 C at redegøre for i detaljer hvilke ændringer, der skal ske i de privatretlige dispositioner. Dette indebærer blandt andet, at ansøger skal foretage en fuldstændig redegørelse for, i hvilket omfang parterne kompenserer hinanden for statusændringer i den mellemliggende periode. Det gælder eksempelvis kompensation som følge af forbedringer, forringelser og afdrag på lån. Endelig skal der redegøres for, i hvilket omfang parterne skal forrente beløb, der betales som led i omgørelsen. Redegørelsen skal indeholde de talmæssige specifikationer, og skal være bilagt dokumentation for, at aftaleparterne er enige om at omgøre og om hvordan omgørelsen gennemføres, jf. *TSS-cirkulære nr. 2000-28.*
5) *Alle, der skatteretligt vil blive berørt af en tilladelse til omgørelse, skal tiltræde omgørelsesanmodningen*. Dette krav kan naturligvis ikke opfyldes, hvis en af kontraktparterne er en juridisk person, der er opløst, jf. *TfS 2002.648 LR.*

Det er muligt at indgive en omgørelsesanmodning sideløbende med et klageforløb. Praksis vedrørende dobbelt sagsbehandling er, at en omgørelsesanmodning, der indgives sideløbende med et klageforløb, som udgangspunkt skal sættes i bero af den skatteansættende myndighed, medmindre skatteyderen angiver, at en omgørelsestilladelse vil være at foretrække frem for at udnytte klagemuligheden til ende. Foretrækkes en omgørelsestilladelse betinges denne af, at tilladelsen udnyttes inden 3 måneder, og at klagen vedrørende det pågældende punkt trækkes tilbage. Den verserende klagesag bortfalder ved udnyttelsen af tilladelsen.

Internationale forskrifter

Hvis to eller flere stater ikke kan blive enige om fastsættelsen af en armslængdepris, kan en faktisk juridisk dobbeltbeskatning indtræde. Skatteyderen har da to midler til at imødegå dette, og det ene er at anmode de kompetente skattemyndigheder om at indlede en gensidig aftaleprocedurer i håb om, at de kan opnå et mindeligt resultat, og det andet er at indlede en voldgiftprocedure.

Den gensidige aftaleprocedure

Den gensidige aftaleprocedure er hjemlet i de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Bestemmelsen er som oftest udformet i overensstemmelse med modeloverenskomstens art. 25. Ifølge denne er der tre forskellige procedurer:

1) Den konkrete aftaleprocedure, hvor sagen er rejst af skatteyderen,
2) Den generelle aftaleprocedure, hvor de kompetente myndighederne generelt fortolker overenskomsten, og
3) Den generelle aftaleprocedure, hvor de kompetente myndigheder træder sammen for at løse et dobbeltbeskatningsproblem, der falder uden for overenskomstens anvendelsesområde.

Det er udelukkende førstnævnte aftaleprocedure, der her vil blive behandlet. Som det fremgår, er det skatteyderen, der rejser sagen ved de kompetente myndigheder i den stat, hvor denne er hjemmehørende.

Den kompetente myndighed i Danmark er Told- og Skattestyrelsen. Der stilles ingen formelle krav for at anmode om en gensidig aftaleprocedure. Told- og Skattestyrelsen har dog i TfS 2005.103 udtalt, at ved indsendelse af anmodningen bør den indeholde informationer svarende til pkt. 1-8, der er beskrevet nedenfor i afsnittet om voldgiftskonventionen.

Sagen skal ifølge overenskomsten indgives inden 3 år efter den første meddelelse om de foranstaltninger, der ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst.

Told- og Skattestyrelsen vil i hvert enkelt tilfælde vurdere, om de til kontakte den udenlandske kompetente myndighed. Hvis styrelsen finder, at dobbeltbeskatningsproblemet kan løses nationalt, idet man fx acceptere en korresponderende nedsættelse af den danske indkomst, vil dette ske uden inddragelsen af den anden stats kompetente myndighed. Det er alene, hvis styrelsen finder, at dobbeltbeskatningsproblemet alene kan løses i den anden medlemsstat, at der vil blive rettet henvendelse til den kompetente udenlandske myndighed.

Staterne har kun pligt til at træde sammen for om muligt at løse dobbeltbeskatningsproblemet. Den gensidige aftaleprocedure indebærer ingen pligt til at opnå et forhandlingsresultat. En faktisk dobbeltbeskatning kan således være uundgåeligt, hvis staterne ikke kan blive enige, jf. fx norsk Højesteretsdom af 2004-06-08.

Det fremgår af art. 25, stk. 1, at den gensidige aftaleprocedure ikke forhindrer, at sagen sideløbende prøves ved domstolene. Hvis en domstol imidlertid træffer afgørelse, kan styrelsen ikke ændre denne, men aftaleproceduren kan for så vidt fortsættes i håb om, at den anden stat korrigerer.

EU-voldgiftskonvention

Voldgiftskonventionen er en multilateral aftale indgået mellem EU-medlemsstaterne, og konventionen er vedtaget med hjemmel i traktatens art. 293. Med henblik på at tydeliggøre anvendelsen af konventionen har EU's Joint Transfer Pricing Forum udarbejdet et såkaldt Adfærdskodeks, der er tiltrådt af Rådet for Den Europæiske Union, og som vil blive lagt til grund ved de danske skattemyndigheders administration af voldgiftskonventionen. Told- og Skattestyrelsen omtaler adfærdskodekset i TfS 2005.103.

Voldgiftskonventionen trådte i kraft pr. 01.01.1995, og skulle have virkning til og med 31.12.2000, medmindre der inden da var indgået en aftale om forlængelse. Dette skete imidlertid først i efteråret 2004, og konventionen er atter trådt i kraft pr. 01.11.2004, men med virkning tilbage til 01.01.2000. Perioden 01.01.2000 til 01.11.2004 betegnes som interimsperioden.

Det er kun transfer pricing sager, der opstår (1) mellem forbundne foretagender med hjemsted i EU, (2) mellem et hovedkontor og dets

faste driftssted samt (3) mellem et foretagende og et fast driftssted i en anden medlemsstat tilhørende et foretagende i en tredje medlemsstat, der omfattes af konventionen. En transfer pricing sag mellem et EU-foretagende og et fast driftssted tilhørende et foretagende i en tredjestat omfattes ikke af konventionen

Det bemærkes, at konventionen indtil videre ikke omfatter de nyeste medlemsstater, dvs. vil sige Cypern, Den Tjekkiske Republik, Estland, Letland, Litauen, Malta, Polen, Slovakiet, Slovenien og Ungarn.

Det er kun brud på armslængdeprincippet, der omfattes af konventionen. Voldgiftsretten har med andre ord kun kompetence til at træffe afgørelse om prisfastsættelsen. Denne indskrænkning er medvirkende til, at konventionens anvendelsesområde begrænses væsentligt. Det er vel også en af grundene til, at voldgiftsproceduren kun har været anvendt i et tilfælde, jf. *Deloitte & Touch, Paris:* Tax Planning International – transfer pricing, Volume 4, Number 7, July 2003.

En voldgiftsprocedure starter ved, at skatteyderen indbringer sagen for den kompetente myndighed i den stat, hvor denne er hjemmehørende. I Danmark vil det sige Told- og Skattestyrelsen, Kontoret for International selskabsbeskatning.

Sagen skal indbringes inden 3 år efter første underretning om den foranstaltning, der har ført til eller formodes at ville føre til dobbeltbeskatningen, jf. konventionens art. 6, stk. 1. I Danmark anses dette tidspunkt for at være kendelsens dato. I tilfælde, hvor der ikke udsendes kendelse, jf. SSL § 3, stk. 4, 3. pkt., regnes fristen i konventionens art. 6, stk. 1, fra udløbet af agterskrivelsens indsigelsesfrist, jf. Told- og Skattestyrelsens meddelelse i TfS 2005.103.

I konventionens art. 6, stk. 1 anføres det også, at en voldgiftsprocedure kan indledes parallelt med en national klagesag. Danmark har i bekendtgørelse nr. 1023 af 13.12.1994, § 3, bestemt, at spørgsmål, som omfattes af konventionen, ikke kan behandles i et rådgivende udvalg, hvis spørgsmålet indbringes for danske domstole. Det betyder, at en parallel sagsførelse – såvel ved det rådgivende udvalg som ved en dansk national instans – kun lader sig gøre til Landsskatterets niveau. Skatteyderen skal derefter foretage et valg mellem en af disse to procedurer.

De kompetente myndigheder i de respektive medlemsstater har 2 år fra den dato, hvor sagen for første gang blev forelagt til via en gensidig aftaleprocedure at indgå en aftale, der ophæver dobbeltbeskatningen. Hvis der ikke kan opnås enighed, skal de nedsætte et rådgivende udvalg, som pålægges at afgive udtalelse om, hvordan dobbeltbeskatningen skal

ophæves, jf. konventionens art. 7. Det rådgivende udvalg har 6 måneder efter sagen er forelagt for udvalget til at komme med en udtalelse, jf. konventionens art. 11. Udtalelsen er ikke bindende for de kompetente myndigheder, og disse kan derfor indgå en aftale med et andet indhold. Hvis de ikke kan nå til enighed herom inden for 6 måneder, skal de handle i overensstemmelse med udtalelsen. Ved iværksættelsen af voldgiftsproceduren er der dermed en garanti for, at der opnås et forhandlingsresultat, der ophæver dobbeltbeskatningen. En tilsvarende garanti forefindes ikke ved iværksættelsen af en gensidig aftaleprocedure efter en konkret dobbeltbeskatningsoverenskomst.

En sag vil anses for at være forelagt, og 2-års-fristen for påbegyndt, når den skattepligtige fremlægger følgende, jf. Told- og Skattestyrelsens meddelelse i TfS 2005.103:

1) identifikation (såsom navn, adresse, skatteidentifikationsnummer) af den virksomhed i den kontraherende stat, der indgiver sin anmodning, og af de øvrige parter i de relevante transaktioner
2) detaljerede oplysninger om relevante forhold og omstændigheder ved sagen (inklusiv detaljerede oplysninger om forbindelsen mellem virksomheden og de øvrige parter i de relevante transaktioner)
3) identifikation af de relevante beskatningsperioder
4) genparter af meddelelser om skatteansættelse, rapporter om skatterevision eller tilsvarende, som har ført til den påståede dobbeltbeskatning
5) detaljerede oplysninger om indbringelser og tvistemålssager, som virksomheden eller de øvrige parter i de relevante transaktioner har taget initiativ til, og alle domstolsafgørelser i sagen
6) en redegørelse fra virksomheden for, hvor den mener, at principperne i voldgiftskonventionens art. 4 ikke er overholdt
7) et tilsagn om, at virksomheden vil svare så komplet og hurtigt som muligt på alle rimelige og relevante anmodninger fra en kompetent myndighed og har dokumentation til rådighed for de kompetente myndigheder, og
8) al yderligere særlig information, som den kompetente myndighed anmoder om inden for 2 måneder efter modtagelsen af den skattepligtiges anmodning

Starttidspunktet for den 2-årige periode er den seneste af følgende datoer: 1) datoen for meddelelsen om skatteansættelsen, eller 2) datoen, hvor den kompetente myndighed modtager anmodningen og den information,

der er angivet i ovenstående pkt. 1-8. Såfremt den kompetente myndighed inden for 2 måneder efter anmodningens modtagelse indkalder yderligere information, løber 2-års-fristen først fra tidspunktet for modtagelsen af den supplerende information, jf. Told- og Skattestyrelsens meddelelse i TfS 2005.103.

2-års-fristen anses for påbegyndt den 07.12.2004, hvis voldgiftskonventionen er påberåbt i interimsperioden, medmindre styrelsen har indkaldt supplerende materiale inden for 2 måneders fristen.

Kapitel 5

EU's og OECD's koncernskatteregler (2): Skattemæssig tilrettelæggelse af internationale koncernstrukturer

1. Sambeskatning

Skatteministeren fremsatte i 2004 et lovforslag L 153, der eventuelt vil ændre det mere end 100 år gamle frivillighedsprincip til at være et »enten/eller« princip. L 153 er imidlertid bortfaldet som følge af folketingsvalget i 2005, jf. hertil GRL § 41, stk. 4. Lovforslagets fremkomst skal ses i lyset af, at Skatteministeren har vurderet, at den eneste mulighed for at lukke for eventuel udnyttelse af lovgivningen er at kræve, at enten omfattes alle koncernforbundne selskaber af sambeskatningen eller også indgå ingen af de koncernforbundne selskaber i en sambeskatning. Skatteministeren fandt ikke, at de alternativer, som sambeskatningsudvalget fremkom med i betænkning nr. 1452, kunne udgøre et lige så effektivt værn mod skatteudnyttelse. Det er ingen underdrivelse, hvis det hertil anføres, at hverken erhvervslivet eller eksperter, herunder forfatterne, deler Skatteministerens holdninger.

Det må antages, at vedtages lovforslaget, vil dette medføre, at større koncerner vil fravælge international sambeskatning, idet mulighederne for kun at vælge sambeskatning med underskudsgivende datterselskaber hjemmehørende i udlandet bortfalder.

1.1. Forslag til nye sambeskatningsregler (L 153)

Meget tyder på, at L 153 vil blive genfremsat efter, at Venstre og Konservativ Folkeparti på ny danner regering. Det er derfor valgt kort at introducere kerneindholdet i det fremsætte lovforslag:

Reglerne skal have virkning fra og med indkomstår, der påbegyndes den 15. december 2004 eller senere.

De nye sambeskatningsregler i SEL § 31 indebærer dels en obligatorisk national sambeskatning mellem alle her i landet hjemmehørende selskaber og faste driftssteder af udenlandske hjemmehørende selskaber og dels en valgfri international sambeskatning af alle selskaber hjemmehørende i udlandet og faste driftssteder beliggende i udlandet. Den internationale sambeskatning omfatter både de (underliggende) selskaber, som de danske selskaber har bestemmende indflydelse på, og de (overliggende) selskaber, som udøver bestemmende indflydelse på de danske selskaber, og også andre selskaber, som disse (overliggende) selskaber udøver bestemmende indflydelse på (globalpuljeprincippet). Det er kun koncernforbundne selskaber, jf. koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2 (dog uden at medregne aktionærer som nævnt i ABL § 11, stk. 3, som en og samme person), der omfattes af de nye sambeskatningsregler. Samtidig med indførelsen af de nye sambeskatningsregler foreslås det at indføre et territorialindkomstprincip for faste driftssteder og faste ejendomme. Det vil betyde, at et dansk hovedkontor ikke for fremtiden vil blive beskattet af den indkomst, som kan henføres til dets faste driftssted i Norge. Det faste driftssted vil alene blive beskattet i Danmark, såfremt international sambeskatning vælges.

Vælges der international sambeskatning, binder dette for en 10-årig periode. Bindingsperioden for en »aktionærkreds« forbliver den samme, uanset om aktionærkredsen udvides eller mindskes. Bindingsperioden kan afbrydes, hvis administrationsselskabet (det her i landet hjemmehørende selskab, som administrerer sambeskatningen) enten ikke har genbeskatningssaldi, eller det forhøjer skatten med alle eksisterende genbeskatningssaldi. Et selskab er ikke bundet af bindingsperioden, hvis det sælges til en ekstern aktionærkreds. Det solgte selskab indtræder derimod i den nye aktionærkreds' eventuelle bindingsperiode. Spaltes det ultimative moderselskab, overføres bindingsperioden til de udspaltede selskaber. Ved fusion mellem to koncernmoderselskaber anses sambeskatningen for valgt, hvis sambeskatningsmoders aktionærer får den bestemmende indflydelse i det fortsættende selskab. Ellers anses sambeskatning for fravalgt, medmindre begge selskaber har valgt sam-

beskatning. Bindingsperioden for det fortsættende selskab regnes i så fald ud fra den aktionærkreds, der senest har valgt sambeskatning.

Sambeskatningsindkomsten opgøres som summen af hvert enkelt sambeskatningsselskabs skattemæssige resultater. Et selskab kan indtræde i sambeskatningen i løbet af et indkomstår. Det er i så fald kun den indkomst, som angår sambeskatningsperioden for det pågældende år, der skal medregnes i sambeskatningsindkomsten. Ejes et sambeskatningsselskab kun delvist, medregnes kun den del af selskabets indkomst, der svarer til den gennemsnitlige direkte og/eller indirekte kapitalandel i selskabet for det pågældende år. Sambeskatningsindkomsten opgøres, *efter* at der i hvert enkelt selskab er modregnet fremførselsberettigede underskud fra tidligere indkomstår. Underskud fra perioden før indtræden i sambeskatningen kan kun fremføres til modregning i senere års overskud i samme selskab, hvis det er et her i landet hjemmehørende selskab. Hvis det er et i udlandet hjemmehørende selskab, kan underskuddet ikke fremføres til senere modregning i overskud. Da der i et delvist ejet sambeskatningsselskab kan være flere forskellige kategorier af underskud, er der en prioritetsrækkefølge for modregning af underskuddene i selskabet. Underskud modregnes i positiv indkomst i selskabet i følgende rækkefølge: 1) Underskud i selskabet opstået i tiden inden sambeskatningen; 2) Underskud opstået under sambeskatningen, som angår minoritetsaktionærernes andel, og sidst; 3) Underskud som kan indgå i sambeskatningsindkomsten. Prioritetsreglen vurderes ikke at have negative konsekvenser for minoritetsaktionærerne i det underskudsgivende selskab, eftersom en anvendelse af underskud i sambeskatningsindkomsten kompenseres af administrationsselskabet via en godtgørelse til underskudsselskabet, der svarer til skatteværdien af underskuddet. Beregningen af indgangsværdier mv. for et i udlandet hjemmehørende selskaber og faste driftssteder, der inddrages under dansk international sambeskatning, følger de nugældende regler.

LL § 33 E om genbeskatning af tidligere fratrukne underskud i udenlandske sambeskatningsselskaber ophæves og erstattes af nye genbeskatningsregler i SEL § 31, stk. 11-13. Genbeskatningssaldiene skal for fremtiden opgøres som summen af underskuddenes skatteværdi. Genbeskatning indebærer, at et beløb svarende til den fortjeneste, som selskabet ville have opnået ved ophør af virksomheden og salg til handelsværdi af aktiver og passiver, medregnes i administrationsselskabets indkomst. Genbeskatningen kan dog højst udgøre et beløb svarende til det udtrådte selskabs genbeskatningssaldo divideret med den gældende selskabsskat. Genbeskatning indtræder, hvis sambeskatning ikke

atter vælges, eller hvis sambeskatningen afbrydes, fx som følge af salg af aktier i et selskab hjemmehørende i udlandet. Hvis selskabet stadig er koncernforbundet med samme aktionærkreds efter salget af aktierne i selskabet, medregnes kun en forholdsmæssig andel af genbeskatningsbeløbet. Hvis administrationsselskabet skattemæssigt bliver hjemmehørende i udlandet, og administrationen i den forbindelse ikke kan overdrages til et andet her i landet hjemmehørende selskab, kommer alle genbeskatningssaldi til genbeskatning. De koncerner, der vælger international sambeskatning, skal såvel for gammelt som for fremtidigt underskud anvende genbeskatningsreglerne beskrevet ovenfor. Der indføres samtidig en henstandsordning for betalingen af den merskat, som de nye sambeskatningsregler forventes at medføre. Henstandsordningen gælder kun for en begrænset periode, og hensigten er alene at lempe indfasningen af de nye sambeskatningsregler. Der gælder særlige overgangsregler for de koncerner, som ikke ønsker at overgå til sambeskatning efter de nye regler.

Der henvises til 1. nummer af Skat Udland 2005, hvis yderligere uddybning af reglerne ønskes. *Ove Lykke Hindhede* og *Ann-Christin Holmberg* analyserer i S.U. 2005.1 reglerne om national obligatorisk sambeskatning og territorialindkomstprincippet, *Niels Josephsen* og *Søren Stenholdt* analyserer i S.U. 2005.2 reglerne om international sambeskatning og genbeskatning af underskud og *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* analyserer i S.U. 2005.3 lovforslaget i fællesskabsretlig belysning.

1.2. Gældende regler om sambeskatning

Gældende regler om sambeskatning findes i SEL § 31. Bestemmelsen står ikke alene, idet Ligningsrådet hvert år udsteder et cirkulære med hjemmel i SEL § 31, stk. 1 in fine, hvor nogle yderligere betingelser og vilkår for selskabers sambeskatning er reguleret. For indkomståret 2005 kan der henvises til TS-cirkulære 2004-42. Det kan spørges, om det er i strid med delegationsforbuddet i GRL § 43, at Ligningsrådet via det årlige sambeskatningscirkulære ændrer på lovens betingelser i SEL § 31, jf. hertil *Susanne Pedersen* i SR-Skat 1993, s. 408 ff., og *Rapport fra Sambeskatningsudvalget*, betænkning nr. 1452, s. 64 f. Meget kunne tale for dette, men erkendes må det, at Højesteret i *UfR 1993.828 H* ikke har underkendt cirkulærets bindende virkning, da Højesteret havde lejlighed til dette.

1.3. Sær- contra sambeskatning

En juridisk person bliver alene beskattet af den indkomst, der kan allokeres til denne. Dette særbeskatningsprincip ændres ikke som følge af, at to eller flere selskaber indtræder i en sambeskatning. De enkelte sambeskatningsselskaber opgør således deres indkomst efter de samme principper, som hvis de ikke indgik i en sambeskatning. Sambeskatningen har alene som resultat, at moderselskabet i dets indkomstopgørelse udover beskatningen af dets egen indkomst tillige skal medregne de skattepligtige indkomster fra de datterselskaber, der indgår i sambeskatningsenheden. Sambeskatningen har med andre ord alene som resultat, at de enkelte sambeskatningsselskabers nettoresultater puljes hos moderselskabet.

1.4. Hvem kan indgå i en sambeskatning

SE-, aktie- og anpartsselskaber kan indgå i en sambeskatning, men herudover kan sambeskatning efter SEL § 31, stk. 6 tillades mellem

1) Selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2,
2) Sparekasser, andelskasser eller sammenslutninger af andelskasser efter §§ 89-96 i lov om finansiel virksomhed som nævnt i SEL § 1, stk. 1, nr. 2a,
3) DSB
4) Elselskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 e og 2 f. Kollektive elforsyningsvirksomheder (jf. § 5 i lov om elforsyning) kan dog ikke indgå i en sambeskatning, hvis virksomheden anvender indgangsværdier opgjort efter SEL § 35 O, jf. dog SEL § 13 E, stk. 3. Om sambeskatning i Elsektoren, se *Berit Bøge, Anett Skov Marcussen* og *Allan Frandsen* i SpO 2004, s. 468 ff.
5) Energinet Danmark
6) Brugsforeninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 a.
7) Foreninger som nævnt i § 1, stk. 1, nr. 4.
8) Gensidige forsikringsforeninger samt andre selskaber, foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, nr. 5.
9) Fonde og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, nr. 5 b.

Udenlandske datterselskaber, der kan sidestilles med et af ovennævnte selskabstype, kan også inddrages i sambeskatningen.

Det er med lov nr. 221 af 31. marts 2004 blevet muligt, at to eller flere danske søsterselskaber, som ejes direkte af et fælles dansk eller

udenlandsk moderselskab, kan indgå i en dansk sambeskatning uden at inddrage moderselskabet. Det fælles moderselskab skal være et dansk aktieselskab eller et selskab eller en forening mv. som nævnt i SEL § 31, stk. 6 eller et udenlandsk selskab, i hvilket ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtigelser, som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes kapital, og som opgør indkomsten efter de almindelige skatteregler i det land, hvor det er hjemmehørende. Det fælles moderselskab skal være hjemmehørende i Danmark, på Færøerne, i Grønland eller en fremmed stat, som er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Søsterselskaberne kan vælge, at sambeskatningen også skal omfatte underliggende danske eller udenlandske datterselskaber, som efter gældende regler kan sambeskattes med hvert af søsterselskaberne. Reglerne om søstersambeskatning har virkning for indkomståret 2004. Deloitte Skat har imidlertid – formentlig under indtryk af EF-domstolens afgørelse i *Saint-Gobain, C-307/97* – for indkomståret 2003 opnået tilladelse til søstersambeskatning af to danske selskaber ejet af et fælles hollandsk moderselskab ved at påberåbe sig traktatens art. 43 EF's umiddelbare virkning, jf. *Jeppe Rune Stokholm* og *Kim Wind Andersen* i SpO 2004.463. Den refererede afgørelse viser, at der direkte kan støttes ret på de frihedsrettigheder, som traktaten sikrer – også for perioden inden lovens ikrafttrædelse.

Det er tillige med vedtagelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004 blevet muligt, at et fast driftssted af et udenlandsk selskab kan indgå i en sambeskatning med de datterselskaber, hvis aktier er tilknyttet det faste driftssted. Det faste driftssted skal være et fast driftssted af et selskab hjemmehørende i Færøerne, Grønland eller en fremmed stat, der er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark for at kunne indgå i en dansk sambeskatning. Det er en forudsætning for at indgå i en sambeskatning med et fast driftssted, at aktierne er tilknyttet det faste driftssted, at aktierne ejes af et eller flere af de datterselskaber, hvis aktier er tilknyttet det faste driftssted, eller at aktierne ejes af et eller flere af de danske datterselskaber, der inddrages under sambeskatningen. Lovændringen skal ses i betragtning af en forventet afgørelse fra Ligningsrådet, hvor rådet ville statuerer, at et fast driftssted kan være et sambeskatningssubjekt, eftersom fællesskabsretten stiller krav om ligebehandling af datterselskabet og det faste driftssted. Afgørelsen er nu afsagt og optrykt i *TfS 2004.667 LR*. Afgørelsen er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 2004, sm., s. 258.

Det er ikke en betingelse for tilladelse til sambeskatning, at de sambeskattede selskaber er inden for samme branche, eller at alle koncernens

selskaber inddrages i sambeskatningen. Det er uden betydning, om et sambeskattet selskaber er under likvidation.

1.5. Betingelserne for tilladelse til sambeskatning

Det fremgår af SEL § 31, stk. 1, 1. pkt., at Ligningsrådet kan tillade, at to eller flere selskaber kan sambeskattes. Sambeskatningen skal tillades, hvis betingelserne i SEL § 31 og i sambeskatningscirkulæret er opfyldt. Ligningsrådet har i *TfS 2003.194 LR* fundet, at betingelserne for sambeskatning skal være opfyldt i hvert led af sambeskatningskæden. Sambeskatning mellem moder-, datter-, og datterdatterselskaber forudsætter således, at betingelserne for sambeskatning, herunder betingelserne om ejerskab og regnskabsår, er opfyldt både i forholdet mellem moder- og datterselskabet og i forholdet mellem datter- og datterdatterselskaberne. Afgørelsen er forsvaret af *Vicki From Jørgensen* (Told- og Skattestyrelsen) i TfS 2003.391 og kritiseret af *Lars Nyhegn-Eriksen* og *Dennis D. Bernhardt* i TfS 2003.207 og af *Susanne Nørgaard* og *Dan Jordy Eghoff* i SR-Skat 2003, s. 129 ff.

Samme indkomstår

Et af kravene for sambeskatning er, at de sambeskattede selskaber har samme indkomstår, jf. SEL § 31, stk. 1. De sambeskattede selskabers regnskabsår skal således begynde og slutte samtidigt. Dette er et ufravigeligt krav, jf. *TfS 2000.254 LR*. Et moderselskabs salg af datterselskabsaktier på balancedatoen medfører ikke, at kravet om, at datterselskabsaktierne skal være ejet i hele moderselskabets indkomstår, ikke er opfyldt, jf. *TfS 1994.538 TS*.

Sambeskatningscirkulæret, jf. pkt. 1.1 har i visse tilfælde modificeret dette udgangspunktet:

Den *første* modifikation er, at sambeskatning tillades, uanset at selskabernes regnskabsår ikke begynder samtidigt. Selskabernes regnskabsår skal dog slutte samtidigt. Herudover er det et krav, at moderselskabet har ejet aktierne eller anparterne såvel i hele moderselskabets indkomstår som i hele datterselskabets indkomstår. Sidstnævnte krav bortfalder, hvis moderselskabet har ejet aktierne eller anparterne fra stiftelsen af datterselskabet. Et skuffeselskab sidestilles i denne sammenhæng med et nystiftet selskab.

Det betyder f.eks., at sambeskatning ikke tillades for det indkomstår, hvor moderselskabet erhverver aktierne i et allerede igangværende datterselskab, medmindre moderselskabet har erhvervet aktierne på

balancedatoen, og selskaberne har samme regnskabsår, jf. hertil *UfR 1993.828 H*. Hvis det modtagende selskab har erhvervet aktierne i forbindelse med en skattefri omstrukturering efter fusionsskattelovens regler, anses aktierne for erhvervet på fusions- eller spaltningsdatoen, jf. *TfS 2000.1002 LR og TfS 2002.872 LR,* uanset tidspunktet for den faktiske erhvervelse. Dette muliggør, at en omstrukturering kan planlægges således, at moderselskabet anses for at have ejet aktierne i hele dets eget indkomstår og i hele datterselskabets indkomstår, og hvis forudsætningen om samme regnskabsår tillige er opfyldt, er vejen således åben for en sambeskatning i det pågældende indkomstår.

Den *anden* modifikation er, at sambeskatningen tillades, uanset om regnskabsåret ikke slutter samtidigt for de sambeskattede selskaber. Det forhold, at selskabernes regnskabsår ikke slutter samtidigt, skal være begrundet i datterselskabets likvidation, og det er stadigvæk et krav, at selskabernes regnskabsår begynder samtidigt, og at moderselskabet har ejet alle aktierne eller anparterne indtil datterselskabets likvidation.

Aktiebesiddelsen

Sambeskatning kan kun tillades, hvis samtlige aktier i datterselskaberne ejes af moderselskabet eller af et eller flere af de datterselskaber, der inddrages i sambeskatningen. Et moderselskab kan godt indgå i en sambeskatning med et datterselskab, hvis det ejer alle aktierne heri på nær datterselskabets besiddelse af egne aktier, idet egne aktier anses for retligt suspenderet, jf. ASL § 67, stk. 3. Udstedelse af warrants eller konvertible obligationer medfører ikke, at sambeskatning udelukkes, men når disse udnyttes, og indehaveren får aktier, medfører dette, at 100%-kravet ikke længere opfyldes, og det datterselskab – hvor indehaveren har fået aktier – må udtræde af sambeskatningen.

Kravet om 100% aktiebesiddelse lempes for det *første*, hvis der er stiftet en generel medarbejderordning efter LL § 7 A. Dette muliggør etablering af medarbejderordninger, hvor de ansatte får aktier i datterselskabet, uden at datterselskabet af den grund ikke kan indgå i en sambeskatning. Sambeskatningen kan dog kun tillades, når det ved udstedelsen af aktierne er betinget, at aktierne ved afståelse eller ved medarbejderens død tilbagesælges til selskabet, der i så fald er forpligtet til af erhverve disse.

Kravet om 100% aktiebesiddelse lempes for det *andet* for datterselskaber hjemmehørende i udlandet, såfremt de danske aktieselskaber, der inddrages under sambeskatningen enten selv eller sammen med industrialiseringsfonden for udviklingslandene, Investeringsfonden for

Østlandene eller Investeringsfonden for Vækstmarkeder ejer hele den del af de udenlandske datterselskabers aktiekapital, som efter lovgivningen i det pågældende land kan ejes af danske aktieselskaber.

Moderselskabet skal have opfyldt kravet om aktiebesiddelse i hele moderselskabets indkomstår, før datterselskabet kan tillades sambeskattet med moderselskabet. Sambeskatning tillades dog, uanset om aktiebesiddelsen kun har været ejet i en del af moderselskabets indkomstår, hvis aktierne har været ejet fra datterselskabets stiftelse. Et skuffeselskab sidestilles i denne sammenhæng med et nystiftet selskab. Ligeledes tillades sambeskatning i det år, hvor datterselskabet ophører pga. likvidation, hvis moderselskabet har ejet aktierne i datterselskabet indtil dettes likvidation, jf. sambeskatningscirkulærets pkt. 1.2.

Moderselskabet skal medregne hele datterselskabets nettoindkomst, også selv om der er andre aktionærer i datterselskabet, fx medarbejdere eller én af ovennævnte fonde.

Ansøgningen

Ansøgning om sambeskatning skal indsendes til den myndighed, som foretager skatteansættelsen af moderselskabet. Skatteansættelsen for de sambeskattede selskaber foretages tillige af denne myndighed.

Ansøgning om sambeskatning fra et givet indkomstår og selvangivelserne for det pågældende indkomstår skal indgives senest inden udløbet af fristen for rettidig selvangivelse. Henstand med indsendelse af ansøgning om sambeskatning og dispensation ved fristoverskridelse af ansøgning om sambeskatning følger de samme regler som henstand med indgivelse af selvangivelse og eftergivelse af skattetillæg ved fristoverskridelse af indsendelse af selvangivelse, jf. sambeskatningscirkulærets punkt 1.4. Ansøgningsfristen skal overholdes, hvis der ønskes sambeskatning det pågældende indkomstår, jf. *TfS 2004.338 LR*, hvor selv en mindre overskridelse medførte, at sambeskatning ikke kunne tillades. Ansøgning gives ved afkrydsning på selvangivelsen for det pågældende indkomstår. Sambeskatningen vælges således for et allerede udløbet indkomstår, idet ansøgningen for f.eks. indkomståret 2004 indsendes det næstfølgende indkomstår, nemlig indkomståret 2005.

Klage over nægtet sambeskatning stiles til Ligningsrådet og indsendes til den regionale told- og skattemyndighed, hvorunder moderselskabet hører.

Klage over afgørelse om nægtet sambeskatning truffet af en regional told- og skattemyndighed, der er skatteansættende myndighed, eller

af ToldSkat Selskabsrevisionen stiles til Ligningsrådet og indsendes til Told- og Skattestyrelsen.

Udelukkelse af sambeskatning som følge af misbrugsmuligheder
De danske sambeskatningsregler kan under visse omstændigheder udnyttes på en for lovgiver ikke hensigtsmæssig måde. Dette kan ske ved, at samme tab fradrages i såvel moderselskabet som i sambeskatningsselskabet. Der opnås således et dobbeltfradrag, hvilket ikke er hensigten bag sambeskatningsreglerne. Reglerne kan endvidere udnyttes derved, at udenlandske koncernforbundne selskaber overdrager aktierne i et underskudsgivende selskab til et dansk selskab, der derefter inddrager og modregner underskuddet i dansk indkomst. Dette kan være en fordel, idet Danmark er én af de få lande, der tillader sambeskatning med selskaber hjemmehørende i udlandet. Der er derfor i SEL § 31 opstillet objektive, ufravigelige regler, der nægter sambeskatning i disse tilfælde:

Værnsregel 1: Tab på koncerninterne fordringer
Af SEL § 31, stk. 1, pkt. 5, fremgår det, at tilladelse til sambeskatning med et datterselskab ikke kan meddeles, hvis tab på fordringer mod datterselskabet er fradraget eller vil kunne fradrages efter KGL § 4, stk. 5, af moderselskabet eller af et andet selskab, som er koncernforbundet med moderselskabet, jf. KGL § 4, stk. 2.

Pengenæringsdrivende selskaber kan uanset KGL § 4, stk. 1, fradrage tab på koncerninterne fordringer, når koncernforbindelsen er etableret med henblik på fordringshaverens midlertidige drift af skyldnerens virksomhed til afvikling af tidligere ydede udlån eller til medvirken ved omstrukturering af erhvervsvirksomheder. For at hindre, at fordringshaveren i sådanne tilfælde både kan opnå fradrag for tab på fordringen mod det overtagne selskab og samtidig via sambeskatning opnå fradrag for et eventuelt underskud i det overtagne selskab vedrørende perioden efter etablering af sambeskatning, bestemmes det, at det overtagne selskab i sådanne situationer ikke skal kunne indgå i sambeskatning med fordringshaveren eller andre selskaber, som er koncernforbundet med fordringshaveren.

Muligheden for sambeskatning afskæres, såvel når fradrag for tab på fordringer mod det overtagne selskab er foretaget forud for den ønskede sambeskatning, som når et sådant fradrag ville kunne opnås efter etablering af sambeskatning.

Det vil sige, at muligheden for sambeskatning udelukkes *for det første*, når fradrag efter KGL § 4, stk. 5, er foretaget eller vil kunne foretages

af det selskab, som ved aktieovertagelsen er blevet moderselskab for skyldnerselskabet, *men også*, når fradrag er foretaget eller vil kunne foretages af et andet selskab, som er koncernforbundet med moderselskabet. I modsat fald kunne en fordringshaver, som har overtaget aktierne i et skyldnerselskab, overdrage aktierne i skyldnerselskabet til et andet selskab inden for samme koncern, hvorved sidstnævnte selskab via sambeskatning med skyldneren kunne få overført skyldnerens eventuelle underskud, samtidig med at fordringshaveren ville have fradrag efter KGL § 4, stk. 5.

Værnsregel 2: Påhægtning af udenlandske datterselskaber
Tilladelse til sambeskatning med et datterselskab, der er eller har været hjemmehørende i udlandet, kan heller ikke meddeles, hvis mere end 50% af aktiekapitalen i datterselskabet er erhvervet fra et eller flere koncernforbundne selskaber, jf. KGL § 4, stk. 2, medmindre moderselskabet direkte eller indirekte har ejet mere end 50% af aktiekapitalen i hele perioden, hvor moderselskabet har været koncernforbundet med datterselskabet, jf. KGL § 4, stk. 2.

For søsterselskaber, der indgår i en søstersambeskatning, tages der udgangspunkt i søsterselskabernes samlede ejerbesiddelse ved vurderingen af, om der er overdraget 50% af aktiekapitalen.

Det er uden betydning, om aktierne erhverves af det danske selskab selv eller af dettes sambeskattede datterselskaber.

Hvis et udenlandsk selskab allerede indgår i en dansk sambeskatning, vil sambeskatningen dog kunne fortsætte. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor et dansk selskab erhverver et i forvejen sambeskattet udenlandsk (datterdatter)selskab af sit eget sambeskattede danske datterselskab.

Formålet med bestemmelsen er ifølge bemærkningerne til lov nr. 487 af 12.06.1996, at sikre, at udenlandske kontrollerede koncerner med danske datterselskaber ikke kan opnå dansk skattenedsættelse ved at omplacere (en del af) deres underskudsgivende aktiviteter som sambeskattede datterselskaber af det danske selskab.

1.6. Etablering af sambeskatning

Et *dansk selskab* kan umiddelbart inddrages i en sambeskatning, uden at der i den forbindelse skal tages stilling til indgangsværdier mv., idet selskabet allerede følger dansk skattelovgivning.

Anderledes forholder det sig, hvis et *udenlandsk selskab* inddrages i en sambeskatning. Etableringen af sambeskatning medfører, at det

udenlandske selskab for fremtiden skal udarbejde to skatteregnskaber: Et regnskab til opfyldelse af national skattelovgivning, og et regnskab til opfyldelse af dansk skattelovgivning. Det er nettoresultatet af den danske indkomstopgørelse, der puljes med den øvrige sambeskatningsindkomst.

Eftersom det udenlandske selskab skal uarbejde en dansk indkomstopgørelse, er det nødvendigt at finde indgangsværdier for de aktiver og passiver, der inddrages i den danske beskatning via sambeskatningsinstituttet. Indgangsværdierne danner grundlag for beregningen af den danske indkomstskat.

Det følger af SEL § 31, stk. 5, at *hovedreglen* er, at aktiver og passiver skal anses for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien ved begyndelsen af det første indkomstår under sambeskatningen.

Der fastsættes ingen anskaffelsessum på *oparbejdede immaterielle aktiver omfattet af AL § 40*, i det omfang det udenlandske datterselskab, der inddrages i sambeskatningen, selv har oparbejdet det immaterielle aktiv. Reglen sikrer, at koncerner ikke kunstigt kan opskrive et oparbejdet aktiv. Eventuel fortjeneste på oparbejdede immaterielle aktiver beskattes højst med værdistigningen – salgssummen minus handelsværdien på inddragelsestidspunktet – mens aktivet har været inddraget under dansk beskatning.

Afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum og på det faktiske anskaffelsestidspunkt. Er det afskrivningsberettigede aktiv erhvervet fra et koncernforbundet selskab, jf. KGL § 4, stk. 2 – uden at overdragelsen medfører dansk eller udenlandsk beskatning, eller hvor den udenlandske beskatning er udskudt – indtræder det erhvervende selskab i det overdragne selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. Reglen er en reaktion på TDC-sagen, refereret i *TfS 2003.850 LR* og kommenteret af *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i TfS 2004.21 og SpO 2004.1, hvor forfatterne finder L 27 (lov nr. 1215 af 21.12.2003) i strid med både fællesskabsretten og EMK P 1, art. 1.

Afskrivningsgrundlaget beregnes ved, at de afskrivningsberettigede aktiver anses for afskrevet maksimalt indtil begyndelsen af det første indkomstår under sambeskatningen, medmindre aktivets handelsværdi er mindre end det nedskrevne beløb. Handelsværdien lægges i så fald til grund.

Genvundne afskrivninger på aktiver, der anses for afskrevet forud for inddragelsen under dansk beskatning, kan højst udgøre det beløb, hvormed summen af foretagne afskrivninger efter skattepligtens indtræ-

den overstiger det faktiske værditab efter inddragelsen, jf. SEL § 31, stk. 7.

1.7. Retsvirkningerne af sambeskatning

Sambeskatningen medfører som sagt, at to eller flere selskaber kan pulje deres skattemæssige resultater, hvorved det kun er koncernens nettoresultat, der beskattes. Sambeskatningen indebærer den fordel for selskaberne, at underskud i ét selskab kan modregnes i overskud i et andet selskab, således at underskud hurtigere udnyttes, ligesom der kan blive tale om udnyttelse af underskud, som under særbeskatningen ville være gået tabt.

Denne fordel udhules i et vist omfang, hvis der etableres en filialsambeskatning, idet det faste driftssted er afskåret fra at medregne dets underskud i sambeskatningsindkomsten, hvis underskuddet også indgår i hovedkontorets indkomstopgørelse. Dette vil være hovedreglen, idet de fleste stater anvender et globalindkomstprincip. Det faste driftssteds underskud falder ikke helt bort, idet det kan fremføres til modregning i overskud det faste driftssted senere måtte få. Har det fast driftssted overskud, kan dette indgå i sambeskatningen, hvilket vil være en fordel, hvis underliggende datterselskaber har underskud. Reglen om, at det faste driftssteds underskud ikke kan anvendes i sambeskatningsindkomsten, vurderes at være i strid med fællesskabsretten, jf. *Jan Guldmand Hansen* og *Nikolaj Vinther* SR-Skat 2004, s. 224 ff.

Principperne for beregningen af indkomstopgørelsen, herunder skatten

Det er kun for udenlandske sambeskattede selskaber, at det er relevant at redegøre for indkomstopgørelsesprincipperne, idet selskaberne ved inddragelsen i sambeskatningen fremover skal udarbejde et dansk skatteregnskab ved siden af det skatteregnskab, det skal udarbejde i henhold de regler, der gælder i den stat, hvor selskabet er hjemmehørende. Af den grund bestemmes det i sambeskatningscirkulærets vilkår 2.6, at: »Det påhviler et her i landet hjemmehørende moderselskab, der ønsker et udenlandsk datterselskab inddraget under sambeskatning, at drage omsorg for, at bogføringen mv. vedrørende det udenlandske selskab tilrettelægges således, at resultatopgørelse og balance kan danne grundlag for ligningen af moderselskabet, og at regnskabsmateriale mv. vedrørende det udenlandske selskab opbevares i overensstemmelse med de her i landet gældende bestemmelser. Såfremt det udenlandske regnskab

ikke er udarbejdet på en sådan måde, at det kan danne grundlag for ligningen, påhviler det moderselskabet, at der vedlægges selvangivelsen et særligt bilag, hvorpå resultatopgørelsen i det udenlandske selskabs årsregnskab omformes til at udvise et resultat opgjort efter dansk lovgivning. Det regnskab, der vedlægges selvangivelsen, skal være affattet på dansk, norsk, svensk, engelsk, tysk eller fransk. Skattemyndigheden er berettiget til at kræve et regnskab oversat til dansk. På begæring skal regnskabsmateriale, dokumenter mv., som har betydning for ligningen, indsendes til dansk skattemyndighed, ligesom der på begæring skal meddeles oplysninger i øvrigt, som har betydning for ligningen. Såfremt dette vilkår ikke opfyldes, kan tilladelse til sambeskatning med det pågældende udenlandske datterselskab inddrages af skattemyndigheden som hovedregel med virkning for det følgende indkomstår.«

Regnskaber, der er aflagt i fremmed valuta, omregnes på statustidspunktet til kursen på det tidspunkt eller til en gennemsnitskurs. Det er den skattepligtige indkomst opgjort efter danske regler, der omregnes til danske kroner.

Som følge af at det udenlandske sambeskatningsselskab skal udarbejde et dansk skatteregnskab, opstår problemet, om alle danske skatteregler finder anvendelse, eller om visse regler ikke finder anvendelse på udenlandske sambeskattede selskaber. Udgangspunktet er, at alle danske skatteregler finder anvendelse ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten, jf. også *Jakob Bundgaard* i TfS 2002.1003, og *Rapport fra Sambeskatningsudvalget*, betænkning nr. 1452, afsnit 4.2.1. Reglerne i f.eks. SL §§ 4-6 finder derfor fuldt ud anvendelse, ligesom hovedparten af de danske beskatningsregler finder anvendelse. Det gælder f.eks. også fusionsskattelovens kapital 1, såfremt to udenlandske sambeskatningsselskaber fusionerer, jf. *TfS 2004.692 LR* og reglerne om beskatning af tilskud efter SL § 4, jf. *TfS 2005.14 LSR*. I sidstnævnte sag var der tale om en tabsudligning som var lovpligtig efter de tyske sambeskatningsregler, men som efter danske regler var et skattepligtigt tilskud.

Det udenlandske selskab stilles med andre ord i sambeskatningsøjemed som et dansk selskab. Det betyder f.eks. også, at det udenlandske sambeskattede selskab ved anvendelsen af reglerne om tynd kapitalisering, jf. SEL § 11, skal betragtes som et dansk selskab. Det kan betyde, at kontrollerede renter beskæres, og at kreditor (moderselskabet) ikke skal medregne renterne i sin indkomstopgørelse, jf. SEL § 11, stk. 6, hvori det bestemmes, at en dansk kreditor ikke skal beskattes af renteindtægter mv., hvis debitor ikke har fradrag for de modsvarende renteudgifter.

Der er ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 blevet indsat en bestemmelse i SEL § 31, stk. 11, der som SEL § 2 A virker som en værnsregel. Bestemmelsen afskærer fradrag i den danske sambeskatningsindkomst for rente- og royaltybetalinger i udenlandske sambeskattede selskaber, hvis den modsvarende renteindtægt eller kursgevinst ville være begrænset skattepligtig efter SEL § 2, litra d, g eller h, hvis betalingerne hidrørte fra kilder i Danmark, *eller* anses for en intern ydelse hos betalingsmodtageren. Der er tale om en intern ydelse, hvis betalingsmodtageren og det udenlandske sambeskatningsselskab efter reglerne i en fremmed stat mv. behandles som transparente enheder af samme juridiske personer, og den fremmede stat mv. er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Det er en yderligere forudsætning for afskæring af fradragsretten, at den modsvarende indtægt ikke beskattes i Danmark, på Færøerne, i Grønland eller i en stat, der er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Et koncernmoderselskab med datterselskaber i og uden for en sambeskatning kan udnytte sambeskatningsinstituttet på en sådan måde, at det opnår fradrag såvel i den danske sambeskatningsindkomst som i den udenlandske særindkomst, hvorimod indtægten alene placeres hos det udenlandske selskab, der ikke er inddraget i den danske sambeskatning, ved at indgå i en lokal sambeskatning med et andet koncernforbundet selskab, jf. KGL § 4, stk. 2. LL § 5 G værner mod en sådan dobbelt dip situation. Reglen er modelleret over følgende situation: Et danske moderselskab ejer et udenlandsk sambeskatningsholdingselskab, der ejer et ikke sambeskattet koncernforbundet datterselskab. Holdingselskabet og datterselskabet indgår i en lokal sambeskatning. Holdingselskabet låner et beløb, som det indskyder i datterselskabet efter de lokale regler om kapitalforhøjelse. Rentefradragsretten ligger i Holdingselskabet, men via det danske sambeskatningsinstitut og det lokale sambeskatningsinstitut, kan renterne tillige fradrages i den danske sambeskatningsindkomst og i den lokale sambeskatningsindkomst, hvorimod afkastet af lånet udelukkende ligger i det udenlandske datterselskab, der ikke omfattes af den danske sambeskatning. Det må forudsættes, at reglen ikke finder anvendelse, hvis indtægterne og udgifterne ligger i samme sambeskattede selskab, idet bestemmelsens ordlyd direkte angiver, at fradragsretten og indkomsten skal være adskilte. Det skulle i det tilfælde principielt være uden betydning, at sambeskatningsselskabet tillige indgår en lokal sambeskatning. Landsskatteretten har imidlertid i *TfS 2002.122 LSR* fundet, at dette forhold også omfattes af LL § 5 G, jf. kritisk hertil *N.*

Mou Jakobsen R&R 2002, sm. 64. I *TfS 2004.503 LSR* har Landskatteretten statueret, at det, at et norsk selskab kunne anvende et underskud til modregning i tidligere års overskud (carry back), der ikke indgik i sambeskatningen, medførte, at underskuddet ikke kunne medregnes i sambeskatningsindkomsten, jf. LL § 5 G.

Skatteministeriet har i *TfS 2000.483* og i *2000.580* udtalt, at LL § 5 G også finder anvendelse, når et dansk selskab er datterselskab af et udenlandsk moderselskab.

Det udenlandske sambeskatningsselskab skal som nævnt medregne indkomsten efter danske skatteregler. Selskabet skal foruden betale skat i det land, hvor det er hjemmehørende efter de regler, der er gældende der. For at selskabet ikke skal komme i en dobbeltbeskatningssituation, kan selskabet *fradrage den udenlandske skat i den danske efter ordinær creditprincippet*, jf. LL § 33, stk. 5, dvs. det højeste beløb af enten den faktiske betalte udenlandske skat eller den del af den danske skat, der forholdsmæssigt falder på den del af den udenlandske beskattede del af indkomsten og hele sambeskatningsindkomsten.

Creditlempelsen afhænger således af det højeste beløb af enten den udenlandske skat eller den danske skat, der falder på det udenlandske datterselskabs indkomst. Det er klart, at selskaberne – uden nedenstående værnsregler – kunne tilpasse enten den danske eller den udenlandske indkomst, således at creditlempelsen udelukkede aktuel dansk skat.

Det er kendt, at indkomstopgørelsen kan tilpasses ved at udnytte valgfriheden til at undlade at afskrive eller at udskyde fradrag. Et selskab kan herved inden for rammerne af gældende skattelovgning selv bestemme, hvor meget det skal betale i skat. Det kan være, at selskabet foretrækker at betale en høj dansk skat af den udenlandske indkomst, hvis den udenlandske betalte skat er tilsvarende høj. Det opnås herved, at der er en dansk skat, hvori den udenlandske skat kan modregnes. Afskrivningerne mv. kan altid gemmes til et senere indkomstår. For at imødegå denne tilpasningsmulighed bestemmes det i LL § 5 I, at afskrivninger eller udgifter, som efter skatteyderens valg efter de almindelige regler kan vælges fradraget i det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår, skal fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst fra et udenlandsk sambeskattet datterselskab i det omfang, den skattepligtige indkomst overstiger beregningsgrundlaget for den udenlandske skat i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, omregnet til danske kroner ved udløbet af samme indkomstår. Regulering af den danske indkomst ved undladte afskrivninger og/eller fradrag vil således kunne ske i det omfang, at datterselskabets indkomstgrundlag er

opgjort til et højere beløb efter udenlandske regler end efter danske regler.

Den udenlandske indkomstopgørelse kan på tilsvarende måde tilpasses, således at den udenlandske skat »passer« til den danske. Dette er særligt aktuelt, hvis selskabet tidligere har haft underskud og nu giver overskud, idet overskuddet da gerne skulle øge den danske beskatning, fordi den udenlandske skat vil være minimal som følge af fremførbare underskud mv. Formuleret på en anden måde: Jo mindre den udenlandske skat er, jo mindre er fradraget og desto større bliver den aktuelle danske skat. Afskrivninger mv. kan gemmes til selskabet eventuelt senere udtræder af sambeskatningen. For imidlertid at imødegå denne »tilpasningsmulighed« bestemmes det i LL § 33, stk. 5, sidste punktum, at: »Vælger et sambeskattet selskab, der har haft underskud, som er fradraget i andre selskabers skattepligtige indkomst, og som ikke modsvares af senere års overskud, at undlade at udnytte sine fradragsmuligheder ved indkomstopgørelsen til den fremmede stat, Færøerne eller Grønland, medregnes den herved forøgede udenlandske skattebetaling for det pågældende indkomstår ikke ved beregningen efter stk. 1.

Fordeling af underskuddet

Et selskab, hvis aktivitet giver underskud, kan efter LL § 15 fremføre underskuddet i det uendelige, dvs. dette bliver aldrig forældet. Dette gælder for selskaber hjemmehørende her i landet. For udenlandske selskaber gælder skattelovgivningen i det land, hvor det er hjemmehørende.

Når selskaberne indgår i en sambeskatningsenhed, har det den konsekvens, at et underskud i ét selskab kan fradrages i et overskud i et andet selskab.

Det er imidlertid ikke muligt at *etablere en sambeskatning med det ene formål at anvende et fremførbart underskud i et aktuelt overskud i et andet sambeskatningsselskab*. I sambeskatningscirkulærets vilkår 2,4 sondres der i den henseende mellem danske og udenlandske selskaber. For *danske selskaber* gælder, at benyttede underskud i et af selskaberne fra tiden inden sambeskatning kun kan fradrages i overskud hos det selskab, der har haft underskuddet, idet dog underskud fra de øvrige sambeskattede selskaber for det pågældende år fradrages først. Underskud i *udenlandske datterselskaber* fra tiden før sambeskatningens indtræden kan ikke fradrages i overskud indtjent efter sambeskatningens indtræden.

Efter etableringen af sambeskatningen fordeles eventuelle underskud efter følgende retningslinjer, jf. atter vilkår 2.4:

Er der underskud i et eller flere af de sambeskattede selskaber, fordeles disse underskud forholdsmæssigt på de selskaber, som har overskud for det pågældende år. Underskud, der ikke kan indeholdes i de øvrige selskabers overskud for dette år, fordeles forholdsmæssigt mellem de underskudsgivende selskaber til fradrag i de sambeskattede selskabers samlede indkomst for de efterfølgende år.

Ubenyttede underskud fra tidligere år fradrages i medfør af ligningslovens § 15 fortrinsvis i overskud hos det selskab, der har haft underskuddet, idet ældre underskud i de øvrige sambeskattede selskaber dog fradrages forud for selskabets eget underskud for et senere år. Et herudover ubenyttet underskud fra tidligere år fremføres forholdsmæssigt til fradrag i de af sambeskatningen i øvrigt omfattede selskaber, som har overskud.

Sambeskattede udenlandske selskaber skal føre en *genbeskatningssaldo*, hvor underskuddene registreres. Denne genbeskatningssaldo kan komme helt eller delvis til genbeskatning, hvis det udenlandske sambeskatningsselskab senere udtræder af sambeskatningen, forinden saldoen er udlignet af overskud, jf. LL § 33 E og afsnit 6.6 om »udtræden af sambeskatningen«.

Påligning, deling og hæftelsen for skatten

For sambeskattede selskaber *påhviler den samlede indkomstskat vedrørende indkomståret moderselskabet*. Dette gælder også restskat, tillæg og renter. Tilsvarende tilkommer overskydende skat moderselskabet. De sambeskattede selskaber *hæfter*
solidarisk for indkomstskat, acontoskat, restskat samt tillæg og renter vedrørende indkomståret. For søsterselskaber, der indgår i en søstersambeskatning, påhviler disse forpligtelser søsterselskaberne solidarisk, jf. SEL § 31, stk. 4, 4. pkt.

Den solidariske hæftelse kan være særlig byrdefuld, hvis ét af de sambeskattede selskaber går konkurs, idet den solidariske hæftelse for skatten under sambeskatningen opretholdes under konkursen, hvis selskaberne har været sambeskattet indkomståret forud for konkursdekretets afsigelse, jf. KKSL § 4, stk. 4. Dette kan have utilsigtede virkninger, hvis et selskab lige er købt (det erhvervede selskab hæfter for tidligere sambeskattede selskabers manglende skattebetaling, som ikke kan betales som følge af konkurs) eller solgt (de tidligere sambeskattede selskaber hæfter for det solgte selskabs manglede skattebetaling, som det ikke kan betale som følge af konkurs), jf. nærmere *Erik Werlauff* i Selskabsskatteret 2004/05, s. 370 ff.

Selskabsskatten fordeles mellem de sambeskattede selskaber efter de fordelingsmetoder, der er angivet i vilkår 2.5. Der er tre fordelingsmetoder:

1) Nettoskatten af sambeskatningsindkomsten fordeles forholdsmæssigt på de her i landet hjemmehørende selskaber, hvis indkomst er positiv. (2.5.1).
2) Nettoskatten af sambeskatningsindkomsten fordeles forholdsmæssigt på de her i landet hjemmehørende selskaber, hvis indkomst er positiv; men herudover skal de her i landet hjemmehørende selskaber, som har opnået en skattebesparelse som følge af overførsel af underskud fra andre af sambeskatningen omfattede selskaber, der er hjemmehørende her i landet, refundere disse andre selskaber et beløb svarende til den opnåede skattebesparelse. Beløbet beregnes ved at gange nettoskatteprocenten med et beløb, der svarer til det overførte underskud. Er sambeskatningsindkomsten 0 eller negativ, anvendes skatteprocenten for det pågældende indkomstår. Beløbet skal ikke medregnes ved det underskudsgivende selskabs indkomstopgørelse og kan ikke fradrages ved det overskudsgivende selskabs indkomstopgørelse (2.5.2).
3) Nettoskatten af sambeskatningsindkomsten posteres i moderselskabet. (2.5.3).

Ved nettoskatten forstås skatten efter reduktion for creditlempelsen.

Det er en forudsætning for anvendelse af den under vilkår 2.5.2 nævnte fordelingsmetode, at der gives oplysning om beløb, som overføres mellem selskaberne, enten i en note til selskabernes regnskaber eller i et særligt bilag hertil.

Den én gang valgte metode kan kun ændres efter tilladelse fra skattemyndighederne. I *TfS 1998.337 LR* anmodede et selskab om at anvende vilkår 2.5.3 i stedet for vilkår 2.5.2, idet selskabet gerne vil undlade at give et konkursramt sambeskatningsselskab det tilskud som refundering i vilkår 2.5.3 medførte. Ligningsrådet afslog anmodningen, idet rådet bemærkede, at principskifte normalt ikke tillades i forbindelse med ophør. Hvis selskabet alligevel undlader at fastsatte et refusionsbeløb og betale dette til det konkursramte selskab, må dette medføre, at dette kvalificeres som et skattepligtigt tilskud til selskabet, jf. også *Kirsten Høpner Petersen* i TfS 1998.466.

1.8. Udtræden af sambeskatning

Ønskes sambeskatningen bragt til ophør, må selskaberne give meddelelse herom til moderselskabets skatteansættende myndighed senest inden udløbet af fristen for rettidig selvangivelse for det indkomstår, i hvilket særbeskatning ønskes påbegyndt. Dispensation ved fristoverskridelse for ophør af sambeskatning følger de samme regler som henstand og dispensation ved fristoverskridelse med indsendelse af selvangivelse, jf. også om ansøgningsfristen for indtræden i sambeskatningen. Den skatteansættende myndighed er bemyndiget til at træffe afgørelse om dispensation ved fristoverskridelse.

Ligningsrådet har i *TfS 2003.586 LR* fastslået, at en anmodning om ophør med sambeskatning kan tilbagekaldelse, hvis denne kommer frem inden udløbet af selvangivelsesfristen. Tilbagekaldelsen har umiddelbar virkning, og en rettidig tilbagekaldelse skal således ikke behandles som en ansøgning om fornyet sambeskatning. Er der opnået henstand med indgivelse af selvangivelse, udskydes også muligheden for at tilbagekalde en tidligere anmodning om ophør af sambeskatning, jf. *Ole Bjørn* i SR-Skat 2003, s. 586.

Det er klart, at sambeskatningen altid vil ophøre og ikke kan genetableres, når betingelserne for at blive og forblive sambeskattet ikke er opfyldt. Sælges der aktier i datterselskabet, vil sambeskatningen således automatisk ophøre. Sambeskatning ophører også, hvis datterselskabet kommer under konkurs, jf. KKSL § 4, stk. 3. Dette sker fra og med det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges.

Ophører sambeskatningen ved datterselskabets likvidation, foretages der ikke afsluttende skatteansættelse af datterselskabet, hvilket medfører, at datterselskabets underskud i regnskabsåret samt eventuelle uudnyttede underskud fra tidligere år under sambeskatning kan fremføres efter de almindelige regler, jf. sambeskatningscirkulærets pkt. 2.11. Det betyder, at underskuddet kan modregnes i anden sambeskatningsindkomst. Moderselskabet skal ikke på sin selvangivelse angive, at det likviderede datterselskab udtræder af sambeskatning.

Ophører sambeskatningen af andre grunde end likvidation, kan datterselskabet i sin særindkomst alene fremføre det underskud, det har haft, og som ikke er modregnet i anden sambeskatningsindkomst, før det udtrådte.

LL § 33 E – Genbeskatning af underskud fra udenlandske hjemmehørende datterselskaber

Et udenlandsk selskab kunne før i tiden indtræde i en sambeskatning, når det havde underskud og senere udtræde af sambeskatningen, når det blev overskudsgivende. Udtræden medførte ingen skattemæssige konsekvenser. Det havde den klare fordel, at underskuddet var endeligt modregnet i sambeskatningsindkomsten, idet Danmark ikke længere havde beskatningsretten over selskabet.

Lovgiver ændrede på dette ved indførelsen af LL § 33 E. Bestemmelsen sikrer, at modregningen af underskuddet senere kommer til genbeskatning, således at lempelsen for selskabet kun består i en skattekredit.

Der skal som følge deraf *opgøres en genbeskatningssaldo*. I denne medregnes kun underskud, som er modregnet i andre selskabers skattepligtige indkomst, og som ikke modsvares af senere års overskud, jf. LL § 33, stk. 1, 1. pkt. Det betyder, at underskud, der ikke er modregnet i andre selskabers skattepligtige indkomst, ikke forhøjer genbeskatningssaldoen, ligesom genbeskatningssaldo reduceres af *senere* overskud. Genbeskatningssaldoen kan aldrig blive negativ. Overskud, der falder forud for underskud, reducerer således ikke genbeskatningssaldoen. Indgår flere selskaber fra samme lande i sambeskatningen, opgøres disse selskabers indkomst samlet, jf. LL § 33 E, stk. 1, 2. pkt. Nettounderskud fordeles forholdsmæssigt mellem de underskudsgivende selskaber, og nettooverskud fordeles forholdsmæssigt mellem de overskudsgivende selskaber.

Hovedregel: Fuld genbeskatning

En *udtræden* af sambeskatningen medfører som udgangspunkt, at hele genbeskatningssaldoen kommer til genbeskatning, dvs. det er moderselskabets indkomst, der forhøjes med genbeskatningssaldoen. Er sambeskatningssubjektet et fast driftssted, forhøjes dettes indkomst. For søsterselskaber, der indgår i en søstersambeskatning, er det sambeskatningsindkomst, der forhøjes. Det moderselskab, der har et udenlandsk sambeskattet selskab, hvor der er en genbeskatningssaldo på 100, vil således få forhøjet sin indkomst med 100, såfremt datterselskabet udtræder af sambeskatningen. Et datterselskabs udtræden af en sambeskatning bør derfor nøje overvejes.

Et moderselskab, der erhverver et andet moderselskab med dets sambeskattede selskaber, bliver sambeskatningsenhedens sambeskatningssubjekt, hvis moderselskabet vælger sambeskatning med den

tilkøbte koncern. Den erhvervede koncern indgår imidlertid stadig i en subsambeskatning, dvs. det ultimative moderselskab i sambeskatningen er sambeskatningssubjekt for alle datterselskaberne, mens det mellemliggende moderselskab er sambeskatningssubjekt for de selskaber, som allerede var inddraget i sambeskatningen, forinden det ultimative moderselskab erhvervede det mellemliggende moderselskab. Det betyder, at sambeskattede datterselskaber kan have to genbeskatningssaldi: Én som følge af subsambeskatningen og en anden som følge af den ultimative sambeskatning. Et sådant selskabs senere overskud skal først modregnes i subsambeskatningens genbeskatningssaldo og dernæst i den anden genbeskatningssaldo. Dette kan have stor betydning, hvis koncernen foretager interne omstruktureringer, jf. *TfS 2004.670 LR, TfS 2002.1040 LSR* og *TfS 1998.333 LR*.

> *TfS 2002.1040 LSR* handlede om en koncern, der ønskede at overdrage aktier i et tysk datterselskab fra et mellemliggende moderselskab til det øverste moderselskab, således at det tyske datterselskab og det mellemliggende moderselskab blev søsterselskaber i koncernen. Det tyske datterselskab og det mellemliggende moderselskab havde været sambeskattet i en periode før det øverste moderselskabs inddragelse i sambeskatningen. Spørgsmålet var, om overdragelsen medførte, at det tyske datterselskab udtrådte af subsambeskatningen med det mellemliggende moderselskab som sambeskatningssubjekt, eller om overdragelsen ikke kun sidestilles med en udtræden af sambeskatningen, når det tyske datterselskab stadig var omfattet af den øverste sambeskatning. Landsskatteretten fandt, at der skulle ske genbeskatning af underskud efter LL § 33 E, stk. 1, 1. pkt., idet bestemmelsen omfatter udtræden af en subsambeskatning på trods af, at det udtrædende selskab forbliver i den overordnede koncernsambeskatning. Det er kun genbeskatningssaldoen vedrørende subsambeskatningen, der blev genbeskattet. Genbeskatningssaldoen vedrørende koncernsambeskatningen kom ikke til genbeskatning.

Et udenlandsk sambeskatningsselskabs *koncerninterne salg af virksomhed eller aktier* ligestilles med en udtræden af sambeskatning, og medfører derfor fuld genbeskatning af det sælgende selskabs genbeskatningssaldo, jf. LL § 33 E, stk. 2. Koncernbegrebet følger definitionen i KGL § 4, stk. 2. Det betyder fx, at et sambeskatningsselskab ikke kan afhænde dets virksomhed til et andet koncernselskab, uden at genbeskatningssaldoen for sambeskatningsselskabet kommer til fuld genbeskatning hos moderselskabet. Reglen værner mod, at et sambeskatningsselskab ikke afhænder selskabets sunde aktiviteter, lige inden selskabet begynder at give overskud. Virksomhedsbegrebet i LL § 33

E følger det almindelige skatteretlige virksomhedsbegreb. Genbeskatningssaldoen kommer til genbeskatning, uanset hvor lille virksomheden end er, blot det overdragne er en virksomhed i skatteretlig forstand. Fra praksis kan det nævnes, at fuld genbeskatning er sket i tilfælde, hvor en produktionsejendom er koncerninternt overdraget, jf. *TfS 2001.656 LR*, og hvor en ejendomsadministrationsaktivitet er koncerninternt overdraget, jf. *TfS 2002.550 LR*. Selv om virksomhedsbegrebet i LL § 33 E følger det almindelige virksomhedsbegreb, herunder virksomhedsbegrebet i fusionsskatteloven, afviger begrebet dog derved, at alene aktiviteten – uden overdragelse af aktiverne og passiverne – kan udgøre en virksomhed i LL § 33 E's forstand. Ligningsrådet har således i *TfS 2004.157 LR* statueret, at det forhold, at et datterselskab lukkede sin produktionsaktivitet, afskedigede medarbejdere mv. med det formål, at moderselskabet skulle producere for datterselskabet, betragtes som en virksomhedsoverdragelse i LL § 33 E, stk. 2's forstand. Overførsel af hjælpefunktioner (fakturering, lager og økonomi og it) kvalificeres derimod ikke som en virksomhedsoverdragelse.

Afhændelse af aktier kan ligeledes medføre, at det sælgende sambeskatningsselskabs genbeskatningssaldo kommer til genbeskatning hos moderselskabet. Det er forudsætning, at sambeskatningsselskabet direkte eller indirekte ejer mindst 25% af aktiekapitalen i det selskab, hvis aktier overdrages. Ligningsrådet har i *TfS 2004.578 LR* (der ændrer *TfS 2003.296 LR)* statueret, at genbeskatning kun indtræder, såfremt det sambeskattede selskab som genbeskatningssaldoen vedrører, afhænder aktier. Et indirekte salg – dvs. et salg som et underliggende koncernforbundet datterselskab foretager – medfører således ikke, at tidligere underskud kommer op til genbeskatning. Afgørelsen er kommenteret af *Flemming N. Mortensen* og *Lars Nyhegn-Eriksen* i TfS 2004.579.

Reglerne om fuld genbeskatning som følge af koncernintern virksomheds- eller aktieoverdragelse gælder dog ikke, hvis 1) samtlige aktiver overdrages til et datterselskab omfattet af sambeskatningen, og 2) underskuddet for det overdragende selskab efter udenlandske regler overføres til det erhvervende selskab. I så fald genbeskattes underskuddet hos det erhvervende selskab, jf. LL § 33 E, stk. 2, 2. pkt. I praksis finder nævnte regel sjældent anvendelse, idet det kun er et fåtal af lande, der hjemler mulighed for underskudsoverførsel. Danmark tillader fx ikke underskudsoverførsel.

Et sambeskatningssubjekts fraflytning medfører tillige, at hele genbeskatningssaldoen kommer til genbeskatning, hvilket vil sige, at genbeskatning indtræder:

– hvis *moderselskabet* i sambeskatningsenhed ikke længere er hjemmehørende i Danmark enten efter intern dansk ret eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. LL § 33 E, stk. 6
– hvis ét af søsterselskaberne i en søstersambeskatning ikke længere er hjemmehørende i Danmark enten efter intern dansk ret eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. LL § 33 E, stk. 4
– og tilsvarende gælder, hvis et fast driftssted ikke længere er begrænset skattepligtig til Danmark, og det fast driftssted er enten et »moderselskab« i en filialsambeskatning eller et »søsterselskab« i en søstersambeskatning.

Undtagelse: begrænset genbeskatning
Der sker alene begrænset genbeskatning:

– hvis et sambeskatningsselskab udtræder af sambeskatning som følge af *salg af aktier til en koncernekstern køber*,
– hvis sambeskatningsselskabet udtræder af sambeskatningen som følge af dets *konkurs*, eller
– hvis sambeskatningsselskabet udtræder af sambeskatningen som følge af dets *likvidation*.

Af genbeskatningssaldoen medregnes *højst* et beløb svarende til den fortjeneste, som datterselskabet ville have opnået ved ophør af virksomhed og salg til handelsværdi af aktiver, der er i behold hos selskabet ved udløbet af det sidste indkomstår under sambeskatningen, med *tillæg* af et beløb svarende til skattefri udbytter og aktieavancer hidrørende fra det udenlandske selskab i de seneste fem år af sambeskatningsperioden. »Tillægget« udgør således allerede realiserede skattefri aktieavancer og retserhvervede skattefri udbytter. Disse medregnes for at imødegå, at selskabet skattefrit tømmes inden et forestående salg.

Er det ikke alle aktier, der er solgt i det hidtidige sambeskattet selskab og har ovenstående begrænsede genbeskatning ikke medført, at genbeskatningssaldoen er nulstillet, bestemmes det i LL § 33 E, stk. 4, at restsaldoen anses for at være kommet til genbeskatning, efterhånden som udbytter eller aktieavancer indgår i moderselskabets eller andre hermed koncernforbundne selskabers skattepligtige indkomst. Er udbytter og aktieavancer skattefrie, sker genbeskatning ved, at et beløb svarende til disse udbytter og avancer medregnes ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst.

Den begrænsede beskatning som følge af det sambeskattede selskabs konkurs eller likvidation er forudsat af, at der ikke i forbindelse med konkursen eller likvidationen sker en koncernintern virksomhedsoverdragelse. I så fald er det ikke reglen i LL § 33 E, stk. 3, men reglen i stk. 2, der finder anvendelse, dvs. alle underskuddene kommer til genbeskatning. Den begrænsede administrative praksis tyder på, at sondringen er, at sambeskattede datterselskaber, hvis aktivitet helt ophører, sker begrænset genbeskatning efter LL § 33 E, stk. 3, jf. *TfS 2002.166 LSR,* hvorimod hvis moderselskabet viderefører denne samme aktivitet, eller får den udført af fx handelsagenter, som det likviderede selskab udførte, sker der fuld genbeskatning efter LL § 33 E, stk. 2, jf. *TfS 2002.623 LR* og *TfS 2003.182 LSR*. Retspraksis tyder med andre ord på, at selve aktiviteten i det pågældende land helt skal ophøre, hvilket unægtelig er et strengt krav, idet realiteten i så fald er, at koncernen helt skal opgive at afsætte sine produkter på nævnte marked.

1.9. Genindtræden i sambeskatning

Fornyet sambeskatning, efter at selskaberne selv har foranlediget en tidligere sambeskatning ophævet, tillades kun, såfremt ophævelsen samt genindtræden er forretningsmæssigt begrundet. Ansøgning om fornyet sambeskatning forelægges Ligningsrådet, jf. sambeskatningscirkulærets pkt. 1.4.

Det er således et kumulativt krav, at såvel udtræden som genindtræden i sambeskatningen er forretningsmæssigt begrundet. Hovedreglen er med andre ord, at en udtræden af en sambeskatning »fanger«, og der kræves særlige omstændigheder, førend sambeskatning atter kan tillades. Dette bør hæves i erindring, når det overvejes at udtræde af en sambeskatning, enten fordi sambeskatningen frivilligt fravælges, eller fordi moderselskabet ikke længere opfylder betingelserne, fx fordi det har solgt aktier i datterselskabet. At sambeskatning ikke på objektivt grundlag tillades efter et sambeskatningsselskab først er udtrådt af sambeskatningen, er begrundet i muligheden for at spekulere i sambeskatningsinstituttet.

I administrativ praksis tillægges det derfor betydelig vægt, om sambeskatningen er ophørt som følge af *koncerninterne* omstruktureringer, jf. hertil *TfS 1998.335 LR, 1998.342 LR* og *TfS 2002.779 LR*. Det er i afgørelserne især tillagt vægt, at det ikke var sandsynliggjort, at sambeskatningen ophørte som følge af en forretningsmæssig begrundelse. I *TfS 2003.748 LR* blev der givet tilladelse til fornyet sambeskatning,

idet den hidtidige sambeskatning alene var ophørt som følge af en forretningsmæssigt begrundet aktieombytning, der utilsigtet medførte, at betingelserne for at indgå i en sambeskatning ikke længere var tilstede, jf. *TfS 2003.194 LR*.

Praksis er betydelig mere lempelig, såfremt sambeskatningen er ophørt som følge af koncerneksterne forhold, jf. *TfS 1998.336 LR, TfS 1998.338 LR, 1998.339 LR* og *TfS 1998.40 LR*. I alle sagerne var sambeskatningen ophørt som følge eksterne forretningsbegrundede omstændighederne (salg og senere tilbagekøb som følge af markedsmæssige årsager, konvertering af tilgodehavende til aktier i datterselskabet i forbindelse med en rekonstruktion af selskabet, aktier til ledende medarbejder for at fastholde disse, koncernmoder blev solgt uden underliggende datterselskaber).

1.10. Tvungen sambeskatning

Tvungen sambeskatning er, som betegnelsen antyder, en ordning, hvorefter danske moderselskaber *skal* medregne et udenlandsk datterselskabs mobile indkomst i dets skattepligtige indkomst, såfremt det udenlandske selskab er lavt beskattet og den mobile indkomst udgør en tredjedel af datterselskabets samlede indkomst. Tvungen sambeskatningsreglen i SEL § 32 er en værnsregel, der skal fjerne de skattemæssige fordele ved, at mobile indkomster som f.eks. renter, kursgevinster og udbytter placeres i datterselskaber beliggende i lavskattelande.

Tvungen sambeskatning efter SEL § 32 indtræder, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

1) Det danske selskaber kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab eller forening mv. (datterselskabet). Moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 6.
2) Datterselskabets samlede udenlandske indkomstskat er mindre end 75% af den skat, datterselskabet skulle have betalt i Danmark, hvis dets indkomst var opgjort efter danske regler. Efter SEL § 32, stk. 9, anses afkastet fra datterselskaber, der er beliggende i lande, hvor skatten eller beregningsgrundlaget enten kan aftales eller som indrettet efter, hvor det kontrollerende selskab er hjemmehørende,

altid for at være beskattet væsentligt lavere end efter danske regler [lavt beskattet].

3) Datterselskabets CFC-indkomst (summen af nærmere opregnede finansielle indtægter og udgifter) i det enkelte indkomstår udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter danske regler [CFC-indkomst af en vis størrelse].

Der foretages en år-til-år vurdering på grundlag af årets faktiske resultat og den faktiske beskatning. I de år, hvor alle 3 betingelser er opfyldt, skal det danske moderselskab ved sin indkomstopgørelse medregne den del af datterselskabets CFC-indkomst, der svarer til moderselskabets gennemsnitlige ejerandel i indkomståret, jf. SEL § 32, stk. 7. I de år, hvor betingelserne ikke alle er opfyldt, f.eks. fordi datterselskabet ikke oppebærer CFC-indkomst, skal moderselskabet ikke medregne nogen del af datterselskabets indkomst.

Inden for en koncern kan det forekomme, at flere danske selskaber, der indbyrdes har et moder-/datterselskabsforhold, opfylder betingelserne for at skulle medregne (en andel af) et udenlandsk selskabs CFC-indkomst. I denne situation er det alene det danske selskab, der direkte eller indirekte ejer den største kapitalandel i det udenlandske selskab, der udløser CFC-beskatning, som skal medregne en andel af indtægterne i CFC-selskabet ved indkomstopgørelsen. Hvis moderselskabet og datterselskabet har en lige stor kapitalandel, medregnes indkomsten hos moderselskabet, jf. Ligningsvejledningen 2004-4, afsnit S.D. 5.

Betingelse 1: Krav om kontrol eller indflydelse

Et dansk selskab eller forening kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i datterselskabet. Ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder, som ejes af koncernforbundne selskaber, jf. KGL § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående mv. eller af fonde eller truster stiftet af disse, jf. SEL § 32, stk. 1 og 6.

Betingelse 2: Lav beskatning
Datterselskabet er lavt beskattet, hvis dets samlede udenlandske indkomstskat er mindre end 75% af den danske skyggeskat for samme indkomstperiode, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1. Det er de samlede skatter, der sammenlignes år-for-år. Ved vurderingen lægges den faktiske udenlandske skat til grund, dvs. denne skal ikke korrigeres eller andet. Den danske skat opgøres derimod som 30% (skattesatsen i henhold til SEL § 17, stk. 1) multipliceret med en dansk skyggeindkomst opgjort efter principperne i SEL § 32, stk. 3 og 4. Beregningen af skyggeindkomsten skal sikre, at den udenlandsk indkomst og den danske skyggeindkomst beregnes ud fra tilnærmelsesvis samme principper. Ellers vil det være det samme som at sammenligne »pære og bananer.« Det bestemmes derfor, at den danske skyggeindkomst skal beregnes på grundlag af de faktisk anskaffelsessummer og det faktiske anskaffelsestidspunkt, jf. SEL § 32, stk. 3. Endvidere bestemmes det, at

- afskrivningsgrundlaget for saldoafskrivninger ved fastlæggelsen af den danske skyggeindkomst svarer til det udenlandske afskrivningsgrundlag (dvs. den nedskrevne værdi efter udenlandske regler), når det udenlandske afskrivningsgrundlag beregnes som anskaffelsessummer minus afskrivninger,
- ved beregningen af lineære afskrivninger anvendes den oprindelige anskaffelsessum, og aktivet anses for afskrevet med de i udlandet faktisk foretagne afskrivninger,
- de danske afskrivninger så vidt muligt skygger de i udlandet foretagne afskrivninger, dog inden for rammerne af de maksimale afskrivningssatser, der er fastsat i afskrivningsloven,
- der ved den danske indkomstopgørelse af fortjenester og tab på aktiver anvendes lagerprincippet, hvis lagerprincippet anvendes i udlandet (også selvom dette ikke kan anvendes efter danske regler). Ved lagerprincippet forstås, at avancer eller tab opgøres som forskellen mellem værdien ved indkomstårets udløb og værdien ved indkomståret begyndelse. Til gengæld anvendes realisationsprincippet ved den danske indkomstopgørelse af fortjenester og tab på aktiver, hvis dette princip anvendes i udlandet (også selvom dette ikke kan anvendes efter danske regler). Anvendes der ved den udenlandske indkomstopgørelse et opgørelsesprincip, som hverken er lager- eller realisationsprincippet, men som er en mellemform mellem de to principper, kan dette princip anvendes ved indkomstopgørelsen,

– der ved den danske indkomstopgørelse anvendes de anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter for aktiver, som det udenlandsk selskab har succederet i, dvs. det indtrådte skattegrundlag.

For at øge sammenligningen mellem den udenlandske og danske skyggeindkomst tillades det endvidere at fremføre underskud mv. efter følgende regler, jf. SEL § 32, stk. 4:

– De almindelige regler om underskudsfremførelse finder anvendelse. Underskud fra før opnåelse af kontrol eller væsentlig indflydelse eller for indkomstår uden CFC-beskatning skal medregnes ved den danske indkomstopgørelse, i det omfang underskuddet medregnes ved den udenlandske indkomstopgørelse, dog maksimalt i det omfang der følger af de almindelige danske regler.
– Der tages hensyn til udenlandske regler om underskudsoverførelser i forbindelse med sambeskatning eller fradrag for koncernbidrag, idet disse også kan foretages ved den danske indkomstopgørelse i SEL § 32, stk. 3 – ligesom koncernbidrag, som er skattepligtige efter udenlandske regler, altid skal medregnes ved den danske indkomstopgørelse. Underskudsoverførelserne og fradragene er dog begrænset til det underskud, der kan opgøres efter danske regler.

Betingelse 3: CFC-indkomst af en vis størrelse
Datterselskabets mobile indkomst for det pågældende indkomstår skal udgøre mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige skyggeindkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 3, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2. Afgørelsen af, om CFC-indkomsten udgør 1/3 af selskabets samlede indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 3, skal foretages hvert år (år-til-år vurdering). Ved beregningen af CFC-indkomsten opgøres denne som en nettoindkomst, dvs. at de udgifter, der kan henføres til CFC-indtægter, kan fradrages. Det afgørende for, at en indkomst kan kvalificeres som en CFC-indkomst, er, at den er positivt opregnet i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-9, jf. hertil *TfS 2004.472 LR*. Ifølge SEL § 32, stk. 5, nr. 1-9 opgøres CFC-indkomsten som summen af:

1) Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter.
2) Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter som nævnt i kursgevinstlovens § 1, stk. 1.

3) Provisioner og lignende, der er fradragsberettigede efter ligningslovens § 8, stk. 3.
4) Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier.
5) Skattepligtig fortjeneste og fradragsberettigede tab ved afståelse af aktier.
6) Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. 1. pkt. finder dog ikke anvendelse, for så vidt angår betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. ligningslovens § 2, stk. 2, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed. Immaterielle aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.
7) Skattemæssige fradrag, der vedrører indtægter som nævnt i nr. 1-6.
8) Skattepligtige indkomster ved finansiel leasing. Fortjeneste og tab ved afståelse af aktiver, som har været anvendt til finansiel leasing, medregnes tillige.
9) Skattepligtige indkomster i forbindelse med forsikringsvirksomhed, virksomhed som penge- eller realkreditinstitut eller finansiel virksomhed i øvrigt.

Ved bedømmelsen af, hvor stor en andel af den skattepligtige indkomst der er CFC-indkomst, ses der bort fra skattepligtig indkomst hidrørende fra selskaber kontrolleret af det udenlandske CFC-selskab, eller som det udenlandske CFC-selskab har væsentlig indflydelse på, hvis selskaberne er hjemmehørende i samme land som CFC-selskabet. I stedet inddrages skattepligtig indkomst i de pågældende selskaber forholdsmæssigt efter CFC-selskabets direkte eller indirekte ejerandele, dvs. selskaberne anses for transparente. Det bemærkes, at kun skattepligtige (modsat: skattefrie) CFC-indtægter indgår i vurderingen.

Moderselskabets indkomstopgørelse

Hvis ovenstående tre betingelse er opfyldt, skal moderselskabet selvangive datterselskabets CFC-indkomst. Det er CFC-indkomsten som defineret i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-9, der skal selvangives. Hvis et datter-

selskab således driver såvel CFC-aktiviteter som produktionsaktiviteter, er det kun CFC-indkomsten, som moderselskabet skal medregne i sin indkomstopgørelse.

Inden CFC-indkomsten selvangives i moderselskabet, kan visse underskud modregnes i CFC-indkomsten, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 10. Det, der er mulighed for, er, at datterselskabet kan medregne eget og overført underskud, til nedbringelse af CFC-indkomsten. Hvis CFC-datterselskabets samlede indkomst således er positiv, medregnes en forholdsmæssig andel af datterselskabets fremførte underskud, underskud overført fra andre selskaber og koncernbidrag i CFC-indkomsten. Den medregnede andel er den del af de samlede underskud og koncernbidrag, der svarer til CFC-indkomsten i indkomståret målt i forhold datterselskabets samlede indkomst opgjort efter danske regler, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 10. Eksempel: Datterselskabet har i år 1 et samlet underskud på 200.000 kr., som kan fremføres efter danske regler til år 2. I år 2 overstiger den samlede indkomst 200.000 kr. og selskabet skal derfor foretage en fordeling af det fremførte underskud. Udgør CFC-indkomsten i år 2 halvdelen af den samlede indkomst, kan et underskud på 100.000 kr. medregnes ved opgørelsen af moderselskabets CFC-indkomst i år. 2. De resterende 100.000 kr. anses for at vedrøre anden indkomst end CFC-indkomst og bortfalder.

Underskuddet i datterselskabet kan ikke anvendes til modregning i moderselskabets indkomst. Dette er kun muligt, hvis frivillig sambeskatning efter SEL § 31 vælges, jf. SEL § 32, stk. 15.

Hvis moderselskabet ejer alle aktierne i datterselskabet, og har gjort det i hele indkomstperioden, skal hele CFC-indkomsten medregnes i moderselskabets indkomstopgørelse. Hvis ejerskabet er delt, og/eller det kun er en del af indkomstperioden, moderselskabet har ejet aktier i datterselskabet, skal kun en forholdsmæssig andel af CFC-indkomsten medregnes. Hvis moderselskabet således kun ejer 75% af datterselskabet i halvdelen af indkomstperioden, er det kun 75% af CFC-indkomsten i ejerperioden, der skal medregnes, jf. SEL § 32, stk. 7.

Salg af datterselskabsaktier og CFC-beskatning

I *TfS 2004.508 LSR* fandt Landsskatteretten at fiktive afståelsessummer ikke skulle indgå ved vurderingen af, om et datterselskabs CFC-indkomst udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede indkomst. SEL § 32, stk. 8 er ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 blevet ændret. Det gælder nu, at såfremt et moderselskab direkte eller indirekte sælger aktier i et datterselskab hjemmehørende i et lavskatteland til et selskab, som

moderselskabet hverken kontrollere eller har bestemmende indflydelse på, skal der ved *bedømmelsen* af, om moderselskabet skal medregne datterselskabets CFC-indkomst, og ved *beregningen* af moderselskabets indkomst medregnes den indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige aktiver og passiver omfattet af kursgevinstloven og aktieavancebeskatningsloven til handelsværdien på samme tidspunkt, dog højst et beløb forholdsmæssigt svarende til den overdragne del af aktierne. På samme måde medregnes skattemæssige hensættelser i datterselskabet. Ved *bedømmelsen* af, om moderselskabet skal medregne datterselskabets CFC-indkomst, medregnes tillige den udenlandske skat, som efter udenlandske regler vil være pålignet datterselskabet i anledning af indkomsten. Bestemmelsen skal sikre, at CFC-beskatning ikke kan omgås ved at sælge aktierne i datterselskabet i stedet for, at datterselskabet solgte en beholdning af fx uforrentede obligationer. Der sker således CFC-beskatning hos moderselskabet af de urealiserede kursgevinster i de tilfælde, hvor aktier i det udenlandske datterselskab sælges, dvs. før selskabet afhænder sine obligationer, og det dermed realiserer CFC-skattepligtige indtægter efter SEL § 32, stk. 5.

Imødegåelse af dobbeltbeskatning

Moderselskabet selvangiver og beskattes af datterselskabets CFC-indkomst samtidig med, at datterselskabet i lavskattelandet også beskattes af samme indkomst. For at undgå dobbeltbeskatning, kan moderselskabet lempe den danske skat med den skat i lavskattelandet, der falder på den CFC-indkomst, som medregnes i moderselskabets indkomstopgørelse, jf. SEL § 32, stk. 10. Som ovenfor nævnt kan salg af aktier i datterselskabet endvidere medføre, at aktier og fordringer mv. i datterselskabet anses for afstået. Denne CFC-merbeskatning, som salget af datterselskabsaktierne medfører, kan lempes med den fiktive skat, som en afståelse af aktier og fordringer vil have medført for datterselskabet i lavskattelandet.

Moderselskabet, der CFC-beskattes, kan få en efterfølgende credit, hvis beskatningen i udlandet er højere end den danske beskatning, jf. SEL § 32, stk. 12. Hvis creditten ikke kan indeholdes i den danske skat, kan moderselskabet ansøge om tilbagebetaling af den for meget betalte skat. CFC-beskatningen kan således aldrig være højere end den danske beskatning. Den danske beskatning kan være højere end den udenlandske beskatning som følge af, at datterselskabet er blevet bedømt som værende lavt beskattet grundet skatteudskydelsesmuligheder i hjemlandet, hvor det senere viser sig, at den udenlandske beskatning faktisk

er højere end den danske. Skattebegunstigelsen er med andre ord alene udtryk for en periodeforskydning.

Sammenhængen med ABL § 2 a-beskatningen
Det kan forekomme, at et moderselskab såvel CFC-beskattes efter SEL § 32 som beskattes efter ABL § 2 a. Det bestemmes derfor, at moderselskabet skal føre en beskatningskonto, såfremt aktierne i datterselskabet er omfattet af ABL § 2 a.

Beskatningskontoen sikrer, at dobbeltbeskatning ikke finder sted ved, at først medregnes CFC-indkomsten løbende efter SEL § 32, og derefter medregnes den ved beskatningen af udbytter og avancer fra CFC-selskabet. Et CFC-selskab omfattes normalt af ABL § 2 a, der medfører en hårdere aktieavancebeskatning og gør ellers helt eller delvis skattefrie udbytter skattepligtige. Dobbeltbeskatningen hindres ved, at udbytter og avancer er skattefrie, så længe beskatningskontoen er positiv, jf. hertil *Christen Amby* i SpO 2002, s. 102 ff.

Beskatningskontoen udgør summen af CFC-beskattede beløb reduceret med betalt skat i udlandet, og med fradrag af eventuelle skattefrie beløb efter dobbeltbeskatningsoverenskomster, eller hvorpå beskatningen skal lempes efter eksemptionsmetoden, jf. LL § 33 D, stk. 1.

Undtagelse fra CFC-beskatning: Banker og forsikringsselskaber
Det bestemmes i SEL § 32, stk. 2, at datterselskaber, som er forsikringsselskaber eller banker, kan opnå en tilladelse fra Ligningsrådet til, at CFC-reglerne ikke finder anvendelse. Datterselskabet skal ved ansøgningen dokumentere, at

– det hovedsageligt driver virksomhed i selskabets hjemland. Private kunder er hjemlands kunder, hvis den pågældende bor i landet, mens virksomheder anses for at være hjemlandskunder, hvis kundeforholdet vedrører virksomhed udført i det pågældende land. Kravet vil som hovedregel være opfyldt, hvis datterselskabets indtægter fra virksomhed på det hjemlige marked er mindst dobbelt så stort som virksomhed med udenlandske kunder.
– det hovedsageligt driver virksomhed med uafhængige parter. Kravet vil også her som hovedregel være opfyldt, hvis datterselskabets indtægter fra virksomhed med uafhængige er mindst dobbelt så stort som virksomhed med koncernforbundne virksomheder.

– det har koncession til at drive den pågældende virksomhed.
– det er underlagt offentligt tilsyn i sit hjemland, som svarer til det danske Finanstilsyn.
– det er hjemmehørende i EU eller i et dobbeltbeskatningsoverenskomsts land. Betingelsen er, at beskatningen af udbyttet fra datterselskabet til moderselskabet vil skulle frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i moder-/datterselskabs direktivet eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Denne betingelse svarer til betingelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., om udbytte til selskaber i ikke EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.
– det har en kapitalstyrke, som ikke overstiger, hvad driften af den koncessionerede virksomhed tilsiger. Ved denne vurderingen kan bl.a. indgå: den sædvanlige kapitalstyrke i branchen i det pågældende land, det offentlige tilsyns krav og anbefalinger i det pågældende land samt kapitalstyrken i andre selskaber (indenfor samme branche) i samme koncern.

Ved vurderingen af om datterselskabet opfylder betingelserne skal der ses på de reelle kundeforhold, f.eks. skal der ses i gennem back-to-back arrangementer i forbindelse med vurderingen af, om samhandlen er med uafhængige parter. Et selskab, som opfylder betingelserne, må siges at drive almindelig forsikrings- eller bankvirksomhed uden væsentlig grænseoverskridende aktivitet, og er ikke placeret i det pågældende land med henblik på at opnå skattemæssige fordele i forhold til Danmark eller andre lande. Selskabet bør derfor ikke være omfattet af CFC-reglerne. Tilladelsen gives af Ligningsrådet, som fastsætter vilkår for tilladelsen, som maksimalt kan være 10 år pr. tilladelse. Tilladelsen gives under forudsætning af, at der ikke sker væsentlige ændringer i datterselskabet, som har betydning for tilladelsen. Ligningsrådet kan eksempelvis fastsætte vilkår om, at det danske moderselskab årligt skal indsende materiale, som viser status i datterselskabet vedrørende aktiviteter med ikke-hjemlige kunder og kapitalstyrke.

Undtagelsen er begrundet i, at nævnte selskabstyper, hvis indkomst hovedsageligt er CFC-indkomst, betragtes som reelle erhvervsvirksomheder.

CFC-reglernes fællesskabsretlige lovmæssighed

Der blev i kapitel 5 konkluderet følgende: »Det må klart antages, at ABL § 2 a er fællesskabsstridig. EF-Domstolen fandt i *sagen C-315/02, Anneliese Lenz*, at de østrigske udbytteregler var i strid med de fællesskabsretlige frihedsrettigheder, idet udbytter, der hidrørte fra udlandet, beskattes hårdere end udbytter fra østrigske selskaber. EF-Domstolen bemærkede bl.a., at udover at aktionærerne blev forskelsbehandlet, medførte skatteordningen også, at selskaber i andre medlemsstater blev forskelsbehandlet, idet ordningen gjorde det mindre attraktivt at investere i disse selskaber. EF-Domstolen blev direkte forespurgt, om det havde betydning, hvordan selskabet i den anden medlemsstat blev beskattet. Domstolen svarede (præmis 43), at efter fast praksis kan en ugunstig skattemæssig behandling i strid med en grundlæggende frihed ikke berettiges af eventuelle andre skattemæssige fordele. Se også *Jeppe Rune Stokholm* i S.U. 2004.330, der på overbevisende måde argumenter for, at hverken de danske regler om lavskatteaktier, jf. ABL § 2 a eller reglerne om tvungen sambeskatning, jf. SEL § 32 holder for en fællesskabsretlig prøvelse.« Der kan tillige henvises til *Jeppe Rune Stokholm* i S.U. 2004.430, hvor han kommenterer *C-319/02, Manninen.*

Det kan hertil tilføjes, at EF-Domstolen via en præjudiciel forelæggelse efter art. 234 EF er blevet spurgt, hvorvidt de engelske CFC-regler er i strid med den frie etableringsret, jf. sagen *C-196/04*, Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue. Sagen handler om det britiske moderselskab Cadbury Schweppes plc og dets to irske datterselskaber, som begge er etableret som International Finansielle Service Centre (IFSC) i Dublin. Datterselskaberne blev beskattet med den daværende skatteprocent 10 % (nu 12,5 %). Formålet med etableringen var at opnå de skattefordele, der knyttede sig til irske IFSC-selskaber. Britiske Inland Revenue vurderede i år 2000, at det britiske moderselskab var CFC-skattepligtig af de to irske datterselskabers overskud, og det er denne beskatning, som er blevet forelagt EF-Domstolen.

Spørgsmålet til EF-domstolen er formuleret således: »Er art. 43 EF, 49 EF og 56 EF til hinder for en national skattelovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der under angivne omstændigheder bestemmer, at et selskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, skal beskattes af overskud i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor det beskattes med en lavere skattesats.«

Det må være klart ud fra EU-rettens forrangsprincip, at det forhold, at

kommentarerne til OECD's modeloverenskomst tillader inden for visse grænser nationale regler om tvungen sambeskatning, ikke har indflydelse på den EU-retlige vurdering, jf. hertil *Aage Michelsen* i R&R 2005, sm. 2 ff., hvor han kommenterer *TfS 2004.862 LSR*. Landsskatteretten fandt i denne sag, at daværende regler om tvungen sambeskatning ikke var i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Schweiz, idet retten fandt, at reglerne ikke var for vidtgående i forhold til forskrifterne i kommentarerne i OECD's modeloverenskomst.

2. Omstruktureringer

En koncern kan senere i sin tilværelse have behov for at foretage omstruktureringer, således at koncernstrukturen hele tiden er optimal i forhold til nutidens krav. Sådanne omstruktureringer ønskes oftest gennemført skatteneutralt, således at ingen af selskaberne, der indgår i strukturændringerne skal erlægge skat i forbindelse med omstruktureringen. Hovedreglen er, at enhver omstrukturering er skattepligtig, medmindre der er hjemmel til at gennemføre denne skattefrit. Dette er muligt i vidt omfang i dansk skatteret: Det er således muligt, at sammensmelte selskaber til ét selskab (fusion, FUSL kapitel 1 og FUSL § 15), at dele et selskab i to eller flere selskaber (spaltning, FUSL §§ 15 a-b), at ombytte aktier (aktieombytning, ABL § 13), og at overdrage en virksomhed fra et selskab til et andet skattefrit (tilførsel af aktiver, FUSL §§ 15 c-d).

Disse regler kan ikke alene anvendes, når flere koncernforbundne selskaber ønsker at danne eller ændre koncernstruktur, men kan også anvendes til køb af nye aktiviteter:

Det må således altid overvejes, om det erhvervende selskab blot skal vælge at erhverve aktierne i erhvervede selskab (evt. via en skattefri aktieombytning), om det alene skal købe virksomheden (evt. via en skattefri tilførsel af aktiver), om det skal indfusionere det erhvervede selskab (evt. via en skattefri fusion), eller om det skal erhverve en del af et selskab mod aktievederlæggelse direkte til aktionærerne i det erhvervede selskab (evt. via en skattefri spaltning).

De skattefrie omstruktureringsmuligheder mv. vil være temaet i det følgende.

3. Fusion

»Et aktieselskab kan efter bestemmelserne i dette kapitel opløses uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og gæld som helhed til et andet aktie- eller anpartsselskab. Dette samme gælder, når to eller flere aktie- eller anpartsselskaber sammensmeltes til et nyt aktie- eller anpartsselskab«, jf. ASL § 134. For anpartsselskaber finder bestemmelserne i aktieselskabsloven anvendelse, jf. ApL § 65.

ASL § 134, stk. 1, 1. pkt. angiver absorptionsmetoden, hvor fusionen indebærer, at et eller flere selskaber er de ophørende, og ét selskab er det fortsættende. Den anden fusionsmetode betegnes kombinationsmetoden og indebærer, at et eller selskaber ophører i forbindelse med stiftelse af et nyt selskab, jf. ASL § 134, stk. 1, 2. pkt. Det skatteretlige fusionsbegreb svarer til det selskabsretlige, jf. FUSL § 1, stk. 3.

3.1. Skattepligtig fusion

Hovedreglen er, at en fusion er skattepligtig, medmindre selskaberne ikke alene vælger, men også opfylder betingelserne for at anvende fusionsskattelovens regler om skattefri fusion.

Det kan under konkrete omstændigheder være en fordel, at fusionen er skattepligtig, dvs. de selskabsretlige fusionsregler anvendes, men de skatteretlige fusionsregler i fusionsskatteloven fravælges, således at det ophørende selskab skatteretligt anses for undergivet en likvidation, jf. hertil SEL § 5.

Det betyder, at det *ophørende* selskab skal anses for skattemæssigt at have solgt alle dets aktiver og passiver til handelsværdien, hvorefter der bl.a. sker beskatning af genvundne afskrivninger mv. Det *fortsættende* selskab anses for at have købt alle det ophørende selskabs aktiver og passiver til handelsværdien. Det fortsættende selskab opnår således et højere afskrivningsgrundlag, end hvis fusionen var skattefri.

Den skattefrie fusion har som udgangspunkt *virkning* fra tidspunktet, hvor fusionen selskabsretligt er endeligt vedtaget i de deltagende selskaber. Selskaberne kan dog beslutte, at fusionen skal tillægges *skattemæssig virkning fra skæringsdatoen* for den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsbalance for det fortsættende selskabs regnskabsår. Tillægges fusionen skattemæssig virkning fra skæringsdatoen, lægges værdien af det ophørende selskab pr. denne dato, som afspejlet i vederlaget for aktierne eller anparterne i det ophørende selskab, til grund ved opgørelsen af det ophørende selskabs afståelsessum samt det fortsæt-

tende selskabs anskaffelsessum for de overdragne aktiver og passiver, og det fortsættende selskab medregner ved indkomstopgørelsen de indtægter og udgifter, som måtte anses for at vedrøre selskabet, såfremt fusionen af selskaberne rent faktisk var sket på skæringsdatoen til værdierne på denne dato. Det er en betingelse for, at fusionen kan tillægges skattemæssigt tilbagevirkende kraft, at de deltagende selskaber senest 1. måned efter fusionens vedtagelse i de deltagende selskaber, indsender genpart til den skatteansættende myndighed af de dokumenter, der i selskabslovgivningen er foreskrevet i forbindelse med fusionen, samt dokumentation for, at fusionen er endeligt vedtaget i de deltagende selskaber.

Aktionærerne anses for at have solgt aktierne i det ophørende selskab til likvidationsprovenuet. Afståelsestidspunktet er det tidspunkt, hvor selskabet afmeldes i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. *TfS 2005.45 LSR*

Det er især, hvis der er et betydeligt underskud i ét eller flere selskaber, der vil gå tabt i forbindelse med fusionen, at det kan være en fordel at fusionere skattepligtigt. Det ophørende selskab kan derved anvende dets fremførbare underskud til modregning i den skattepligtige gevinst ophørsbeskatningen medfører, og det fortsættende selskab får ved den skattepligtige fusionen som sagt et højere afskrivningsgrundlag mv. Det fortsættende selskab mister ikke dets fremførbare underskud som følge af en skattepligtig fusion. Beslutningen om, hvorvidt fusionen skal være skattepligtig eller skattefri, kan alene afgøres ud fra konkrete beregninger.

Det selskab, der har haft underskud under sambeskatningen, og som fortsætter i sambeskatningen indtil dets likvidation, kan efter sambeskatningscirkulærets vilkår 2.11, overføre underskuddet til moderselskabet, jf. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 24. udgave 2004, s. 621, og Ligningsvejledningen 2004-4, afsnit S.D.4.21. Sambeskatningscirkulærets vilkår 2.11. har følgende ordlyd:

»2.11. Ophører sambeskatningen ved datterselskabets likvidation foretages der ikke afsluttende ansættelse af datterselskabet, og datterselskabets eventuelle underskud i den afsluttende regnskabsperiode kan således bringes til fradrag efter de almindelige regler herom, herunder fremføres i medfør af ligningslovens § 15.«

3.2. Skattefri fusion

En skattefri fusion kan kun gennemføres, hvis der er såvel positiv hjemmel i selskabslovgivningen som i skattelovgivningen, jf. hertil *TfS 1998.797 LR,* hvor Ligningsrådet udtalte, at en fusion mellem et dansk moderselskab og et svensk datterselskab ikke kunne tillades, eftersom grænseoverskridende fusioner ikke selskabsretligt kan gennemføres. Fra den 8. oktober 2004 kan selskaber af aktieselskabstypen fusionere grænseoverskridende i forbindelse med stiftelsen af et SE-selskab, jf. SE-forordningens art. 2, stk. 1.

Hvem er omfattet af loven
Fusionsskattelovens regler finder anvendelse på aktie- og anpartsselskaber og på selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, jf. FUSL § 1, stk. 1. Et interessentskab, kommanditselskab, partnerselskab eller partsrederi kan således ikke skattefrit indgå i en fusion efter fusionsskattelovens regler. Opmærksomheden skal dog henledes på, at der i fusionsskattelovens kapitel 2 er hjemmel til fusion af kooperative virksomheder mv.

Betingelserne for at blive omfattet af loven
Alle selskaber, der opfylder de objektive betingelser i fusionsskattelovens kapitel 1, kan som udgangspunkt fusionere uden tilladelse fra en skattemyndighed og uden at skulle påvise en forretningsmæssige begrundelse for fusionen. Fusionsskattedirektivets art. 11 finder således ikke anvendelse i fusionstilfældene. Der er heller ingen krav vedrørende substansen i det indskydende selskab, f.eks. et virksomhedskrav som ved tilførsel af aktiver, jf. FUSL § 15 c–d og ved grenspaltning, jf. FUSL § 15 a–b. Vederlagskravet for aktionærerne i det indskydende selskab er fra den 01.07.2002 tillige meget lempelige, idet sammensætningen af vederlaget – aktier i det fortsættende selskab eller et kontantvederlag – kan vælges frit, dog således at der skal ske vederlæggelse af mindst én aktionær med mindst én aktie, jf. FUSL § 2, stk. 1. Kontantvederlag må antages at skulle defineres negativt, således at vederlag i andet end aktier i det fortsættende selskab er »kontantvederlag« i fusionsskattelovens forstand. Vederlagskravet finder ikke anvendelse på den del af aktierne eller anparterne i det indskydende selskab, der besiddes af det fortsættende selskab, jf. FUSL § 2, stk. 2.

Skatteministerens tilladelse skal indhentes i særlige situationstyper, hvor der er en nærliggende mulighed for at udnytte fusionsskattereglerne:

Skatteministerens tilladelse skal således indhentes, hvis et *moderselskab ønsker at fusionere med et nyerhvervet datterselskab*. Tilladelse skal kun indhentes, hvis moderselskabet ikke i et tidsrum af 3 år forud for fusionsdatoen har haft den majoritet, der skal til for at beslutte fusionens gennemførelse i datterselskabet.

Skatteministerens tilladelse skal ligeledes indhentes, hvis et af de i fusionen deltagende selskaber inden for et tidsrum af 3 år forud for fusionsdatoen har foretaget *ekstraordinær samhandel* med en selskabsdeltager eller et af selskabsdeltagerens beherskede selskaber. Ekstraordinær samhandel er i lovteksten eksemplificeret med overdragelse af fast ejendom, driftsmidler, varelager, goodwill, værdipapirer, rettigheder mv. Reglen sikrer, at et selskab med et fremførbart underskud ikke afhænder større aktiver for at eliminere underskudssaldoen forud for fusionen, jf. FUSL § 4, hvorved FUSL § 8, stk. 6 omgås, idet det heri bestemmes, at underskud hos såvel det ophørende som det fortsættende selskab fortabes ved en skattefri fusion. Skatteministeren kan i forbindelse med tilladelsen stille vilkår, således at der kan vælges et mindre indgribende middel end ikke at give tilladelse. Tilladelse med vilkår er bl.a. givet i *TfS 2000.615 LR,* hvor Ligningsrådet stillede som vilkår, dels at en obligationsbeholdning skulle tilbageføres til det overdragende selskab, og dels at det erhvervende selskab skulle eliminere hidtidige renteindtægterne, således at det erhvervende selskabs underskudssaldo var upåvirket af renteindtægterne. I *TfS 2000.832 LR* gav Ligningsrådet tilladelse til, at to søsterselskaber kunne fusionere skattefrit. Ligningsrådet meddelte dog, at det var et vilkår, at en ejendomsoverdragelse fra det ophørende selskab til det fortsættende selskab skulle tilbageføres.

Hvis den skatteansættende myndighed er en Told- og Skatteregion, Frederiksberg Kommune eller Københavns Kommune kan disse myndigheder tillade fusionen, hvis denne kan godkendes uden særlige vilkår, sagsudlægsbekendtgørelsens § 7. Hvis fusionen ikke kan tilladelse, eller der skal stilles særlige vilkår, er det Told- og Skattestyrelsen, der er den kompetente myndighed, jf. sagsudlægsbekendtgørelsens § 15, stk. 1, nr. 2.

Indsendelse af dokumenter

En genpart af de dokumenter, der skal udarbejdes i forbindelse med fusionen, indsendes til Told- og Skattestyrelsen. Denne har udlagt sin kompetence til ToldSkat regionerne henholdsvis Frederiksberg Kommune og Københavns Kommune. Det er det fortsættende selskab, der er

forpligtiget til at indsende dokumenterne til den kompetente myndighed, som dette henhører under.

De dokumenter, der skal indsendes, er:

- Fusionsplanen, jf. ASL § 134 a,
- Den af bestyrelsen udarbejdede skriftlige redegørelse, i hvilken fusionsplanen forklares og begrundes, jf. ASL § 134 b, stk. 1,
- Et revideret fusionsregnskab, jf. RL § 129, eller hvis fusionen vedtages senere end 6 måneder efter udløbet af et regnskabsår, da indsendes en revideret mellembalance, jf. ASL § 134 b, stk. 2
- Vurderingsmændenes udtalelse om de overdragende aktiver og passiver til det fortsættende selskab svarer til mindst kapitalforhøjelsens nominelle værdi med tillæg af overkursen, jf. ASL § 134 b, stk. 3.
- Vurderingsmændenes udtalelse om fusionsplanen, jf. ASL § 134 c.

Dokumenterne skal indsendes senest 1 måned efter fusionens vedtagelse i alle de involverede selskaber. Indsendelse af dokumenterne er en betingelse for, at reglerne om skattefri fusion kan anvendes, jf. FUSL § 6, stk. 4. Under særlige omstændigheder kan der dispenseres for indsendelsesfristen, jf. FUSL § 6, stk. 6.

Fusionsdato

Det er selvsagt nødvendigt, når to eller flere selskaber fusionerer, at få fastlagt, hvornår de løbende indtægter og udgifter skal fordeles mellem henholdsvis det ophørende selskab og det fortsættende selskab. Fusionsdatoen sikrer, at der er en kontinuitet i beskatningen, således at der ikke opstår et »slip« i beskatningen ved overgangen som følge af fusionen. Balancens aktiver og passiver opgøres tillige til handelsværdien på fusionsdatoen.

Det bestemmes i FUSL § 5, at fusionsdatoen er lig med den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsstatus for det fortsættende selskab, og at denne dato skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det fortsættende selskabs regnskabsår. Det betyder i praksis, at det fortsættende selskabs regnskabsår dikterer den skatteretlige fusionsdato. Er regnskabsåret lig med kalenderåret, skal fusionsdatoen således være den 01.01.xx. Det er klart, at der ikke i forvejen er en bestemt selskabsretlig åbningsdato, hvis fusionen medfører, at der stiftes et nyt selskab (kombinationsmetoden), og åbningsdatoen kan derfor fastlægges i overensstemmelse med de selskabsretlige regler i fusionsplanen.

Der gælder et tæt samspil mellem selskabsretten og skatteretten, når det skal vurderes, i hvilket omfang en fusion kan foretages med tilbagevirkende kraft. Om dette bestemmes det i ASL § 134 a, stk. 2, at fusionsplanen skal være underskrevet senest ved udløbet af det regnskabsår, hvori tidspunktet for fusionens regnskabsmæssige virkning efter fusionsplanen indgår. Det betyder eksempelvis, at det er muligt at vedtage en fusion med tilbagevirkende kraft for et år, hvis begge de fusionerede selskaber følger kalenderåret. Har det ophørende og det fortsættende selskab forskellige regnskabsår, skal fusionsplanen være underskrevet inden regnskabsåret udløber for det selskab, der snarest går ind i et nyt regnskabsår, jf. hertil *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 8. udgave, s. 571. Hvis fusionsplanen underskrives mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste regnskab vedrører, skal der for hvert af de fusionerede selskaber udarbejdes en revideret mellembalance, og denne må ikke ligge mere end 3 måneder forud for underskrivelsen af fusionsplanen.

Det ophørende selskab skal udarbejde en ordinær selvangivelse for perioden indtil fusionsdatoen uden hensyn til dens længde. Ansættelsen finder sted uden hensyn til den med fusionen forbundne opløsning af selskabet, dvs. at udgangspunktet er, at det ophørende selskab ikke skal indregne avancer og tab på de aktiver, der som følge af fusionen overdrages til det fortsættende selskab. Det er et krav, at det fortsættende selskab indtræder i det ophørende selskabs skattemæssige stilling, jf. FUSL § 7, stk. 1.

Det påhviler det fortsættende selskab at indgive selvangivelse for det ophørende selskab. Det fortsættende selskab hæfter for eventuelle skattekrav og for ethvert bødeansvar, det er pålagt i henhold til skattelovgivningen. Det fortsættende selskab indtræder tillige i de skattekrav mv., som det ophørende selskab eventuelt måtte have, jf. FUSL § 7, stk. 2. Den hæftelse, som pålægges det fortsættende selskab efter FUSL § 7, stk. 2, må antages allerede at følge af universalsuccessionsprincippet i ASL § 134 h. Se også *UfR 1983.1105 V*, hvor det fortsættende selskab hæftede for det bødekrav, som det ophørende selskab var pålagt, idet det havde overtrådt arbejdsmiljøloven.

Fusionens skatteretlige virkninger for de deltagende selskaber

Fusionen indebærer, at det fortsættende selskab indtræder i det ophørende selskabs skattemæssige stilling, dvs. der sker skattemæssig succession. Det vil sige, at det fortsættende selskab indtræder i det ophørende selskabs anskaffelsessummer, og at det anses for at have

erhvervet aktiverne og passiverne på det tidspunktet, hvor det ophørende selskab erhvervede aktiverne og passiverne. Hvis aktiverne og passiverne er erhvervet i nærings- eller spekulationshensigt anses disse også for det fortsættende selskab for at være erhvervet i nærings- eller spekulationshensigt.

Den skattemæssige succession medfører, at beskatningen udskydes indtil det tidspunkt, hvor det fortsættende selskab afstår aktiverne eller passiverne. Skattemæssig succession medfører generelt en højere beskatning for det fortsættende selskab, end hvis aktiverne og passiverne var overdraget skattepligtigt, idet det fortsættende selskab tillige beskattes af de genvundne afskrivninger mv., som det ophørende selskab har fratrukket i sin selvangivelse. Landsskatteretten har i *TfS 2004.774 LSR* fundet, at såvel det ophørende som det fortsættende selskab kunne afskrive efter afskrivningsloven, uanset at dette vil medføre, at begge selskaber afskrev på samme aktiver i samme indkomstår. Dette forekom, idet det ophørende selskab havde et bagudforskudt indkomstår, og det fortsættende selskab fulgte kalenderåret. Landsskatteretten fandt, at det fortsættende selskab kunne afskrive på de samme aktiver trods det, at det ophørende selskab også havde afskrevet på aktiverne i indkomståret 2000, idet dette resultat stemte bedst overens med det skatteretlige successionsprincip, hvorefter det fortsættende selskab indtræder i det ophørende selskabs afskrivningsgrundlag. Successionsprincippet kunne således ikke fortolkes indskrænkende for at imødegå denne dobbeltafskrivning.

Det fortsættende selskabs indtræden i det ophørende selskabs skattemæssige stilling er ikke fuldstændigt:

Det er ikke muligt at overføre det ophørende selskabs underskudssaldo efter LL § 15. Dette underskud går med andre ord tabt, hvis selskaberne fusionerer skattefrit efter fusionsskattelovens kapitel 1, jf. lovens § 8, stk. 6. Heri bestemmes det tillige, at det fortsættende selskab også mister sin underskudssaldo i forbindelse med fusionen. Der sker således et brud på det almindelige princip om, at en fusion ikke griber ind i det fortsættende selskabs skattemæssige stilling. Reglen er indført, for at selskaberne ikke skal omgå underskudsfortabelsen ved at vende fusionen om. Det er en regel af stor betydning, og som altid bør iagttages ved en skattefri fusion.

I FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt. fraviges reglen om, at selskaberne fortaber deres underskud i forbindelse med en fusion. Fravigelsen gælder alene ved fusion mellem et sambeskattet moder- og datterselskab, og det er kun det underskud, der er opstået i sambeskatningsperioden, der kan

fremføres. I *TfS 2005.94 LR* har Ligningsrådet bekræftet, at et mellemliggende moderselskab kunne indfusionerer sit sambeskattet datterselskab, uden at dette medførte, at underskud i søsterselskaber omfattet af den samlede sambeskatningskreds blev afskåret fra at kunne fremføres i det mellemliggende (fortsættende) moderselskab.

Underskud, der er opstået i perioden mellem fusionsdatoen og fusionens endelige vedtagelse i alle de involverede selskaber, kan ikke nedbringe den skattepligtige indkomst i det fortsættende selskab til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter med tillæg af indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe. Det er underskuddet før skattemæssige afskrivninger, der lægges til grund. Pengeinstitutter mv. omfattes ikke af denne regel, idet deres nettokapitalindtægter anses for at være reel erhvervsvirksomhed. Reglen er indsat i FUSL § 8, stk. 7, idet lovgiver vil hindre, at selskaber omfattet af værnsreglen i LL § 15, stk. 7 i stedet fusionerer, og dermed opnår tilsvarende mål. Det bestemmes derfor også, at underskuddet helt fortabes, hvis et af selskaberne i fusionen er uden erhvervsmæssig aktivitet. Hvis selskaberne var koncernforbundne inden fusionsdatoen, finder reglerne om fortabelse af periodeunderskuddet ikke anvendelse. Selskaberne er koncernforbundne, hvis samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer eller råder over mere end 50% af aktiekapitalen henholdsvis stemmerne i hvert selskab.

Kildeartsbegrænsede tab, der eventuelt er i et af selskaberne, og som kan fremføres efter ABL § 2, stk. 2, KGL § 31, stk. 3 eller EBL § 6, stk. 5, kan heller ikke fremføres til fradrag i det fortsættende selskab, jf. FUSL § 8, stk. 8.

For selskaber med udenlandske sambeskattede datterselskaber bør det tages i betragtning, at sambeskatningen kan ophøre i forbindelse med fusionen, hvorved en eventuel genbeskatningssaldoen kan komme til genbeskatning, dvs. at fusionen trods fusionsskattelovens regler om skattefrihed kan medføre beskatning, hvis underskuddene i datterselskaberne kommer til genbeskatning. Udgangspunkt er, at det ophørende selskab som følge af fusionen ophører med sambeskatningen, hvorved underskuddene i datterselskaberne kommer til genbeskatning.

Ifølge LL § 33 E, stk. 7 kan et moderselskab i en sambeskatning dog overføre genbeskatningssaldiene til et dansk modtagende selskab, hvis det udenlandsk selskab efter fusionen er sambeskattet med det nye (fortsættende) moderselskab.

Der skal heller ikke ske genbeskatning, hvis et udenlandsk sambeskattet datterselskab fusionerer, og dets underskud efter udenlandske regler

kan overføres til det fortsættende selskab. Genbeskatningssaldoen overføres da til det fortsættende selskab, jf. LL § 33 E, stk. 8. Overførsel af underskud er bl.a. muligt i Sverige, jf. *TfS 2002.551 LR*.

Fusionens skatteretlige virkning for aktionærerne i det ophørende selskab

Aktionærerne i det ophørende selskab bliver ikke beskattet i forbindelse med fusionen, hvis de modtager *aktier i det fortsættende selskab*, jf. FUSL § 11. De aktier, som aktionærerne modtager i det fortsættende selskab, skal til gengæld anses for erhvervet på samme tidspunkt og til samme anskaffelsessum som aktierne i det ophørende selskab. Er disse næringsaktier efter ABL § 3, anses de ombyttede aktier i det fortsættende selskab også for at være næringsaktier.

De aktionærer, der *købes ud* i forbindelse med fusionen, anses for at have afstået deres aktier, jf. FUSL § 9, dvs. det kontantvederlag eller andet realvederlag aktionærerne modtager beskattes efter aktieavancebeskatningslovens regler.

Ejer det *fortsættende selskab aktier i det ophørende selskab*, som dette overtager i forbindelse med fusionen, bestemmes det i ASL § 134 h, stk. 3, at aktierne annulleres. Denne annullering lades ud af betragtning ved ansættelsen af selskabets skattepligtige indkomst, jf. FUSL § 10, stk. 1. Tilsvarende, hvis det *fortsættende selskab overtager egne aktier* i forbindelse med fusionen, jf. FUSL § 10, stk. 2. Hvis det fortsættende selskab derimod beholder beholdningen som egne aktier, beskattes disse efter aktieavancebeskatningslovens regler ved afståelsen. Et aktieselskab må ikke have egne aktier udover en grænseværdi på 10% af den nominelle aktiekapital. Efter Erhvervelsen må aktiekapitalen med fradrag af egne aktier ikke udgøre under 500.000 kr., jf. ASL § 48. Det er dog tilladt at overskride 10%-grænsen i forbindelse med fusionen, jf. ASL § 48 b, men i så fald er der pligt til hurtigst muligt og senest inden for 3 år efter erhvervelsen at sælge eller annullere aktierne. For anpartsselskaber er der som udgangspunkt et forbud mod at erhverve egne aktier, jf. ApL § 51.

3.3. Skattefri fusion mellem et dansk selskab og et andet EU-selskab

En fusion mellem et dansk og et udenlandsk selskab har hidtil ikke været muligt, hvis fusionen skulle være skattefri, jf. atter *TfS 1998.797 LR*.

Begrundelsen var, at grænseoverskridende fusioner ikke selskabsretligt var muligt, og der forelå derfor ikke skatteretligt en fusion i fusionsskattelovens forstand. I FUSL § 15 er der hjemmel til at fusionere skattefrit med udenlandske selskaber, men denne regel har indtil videre været lex imperfecta.

Med vedtagelsen af SE-forordningen er det nu muligt at fusionere over EU-landegrænserne. Det er en betingelse, at det er to eller flere »aktieselskaber« hjemmehørende i hver sin EU-stat, der fusionerer, og at fusionen indebærer en stiftelse af et SE-Selskab. Da forordningens artikel 10 kræver, at SE-Selskabet skal ligestilles med et nationalt aktieselskab, må dette indebærer, at to SE-Selskaber også kan fusionere grænseoverskridende, såfremt der stiftes et nyt SE-Selskab. Det er med andre ord kombinationsmetoden, der skal anvendes ved fusion af to SE-Selskaber.

Til forskel fra nationale fusioner skal der ved grænseoverskridende fusioner indhentes tilladelse, og der kan fastsættes særlige vilkår for tilladelsen, jf. FUSL § 15, stk. 1.

Der skal i det følgende sondres mellem, om det danske selskab er det ophørende eller det fortsættende selskab:

Ophør af udenlandsk EU-selskab ved fusion med et fortsættende dansk selskab

Ophører et i udlandet hjemmehørende »aktieselskab« ved fusion med et dansk hjemmehørende selskab, finder reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1 anvendelse, dvs. de regler, der gælder for nationale fusioner. De regler, der ovenfor er gennemgået, genanvendes derfor i vidt omfang.

Det er alene rækkevidden af successionsreglerne i FUSL § 8, stk. 1-4, der begrænses, jf. FUSL § 15, stk. 2, 2. pkt. Det er begrundet med, at successionsreglerne ikke kan finde anvendelse, såfremt det ophørende selskab har aktiver og passiver, der ikke før har været inddraget under dansk beskatning. Der skal således være en dansk anskaffelsessum, – tid, og –hensigt at indtræde i, før reglerne om succession finder anvendelse. Dette vil der oftest ikke være, idet det ophørende selskab typisk er undergivet særbeskatning i det land, hvor det er hjemmehørende. Hvis det ophørende selskab imidlertid har et fast driftssted i Danmark, eller det ophørende selskab har været inddraget i en dansk sambeskatning, kan successionsreglerne finde anvendelse, dvs. at det fortsættende selskab indtræder i det ophørende selskabs skattemæssige stilling i det omfang, der er et dansk skattegrundlag at indtræde i.

En fusion mellem et dansk selskab og et udenlandsk selskab, hvor det danske selskab er det fortsættende, indebærer, at det udenlandsk selskab som en konsekvens af fusion bliver en filial af det danske selskab. De af det ophørende selskabs aktiver og passiver, der bliver tilknyttet det fortsættende selskabs faste driftssted i udlandet, og som ikke i forvejen er omfattet af dansk beskatning, anses ved opgørelse af det fortsættende selskabs skattepligtige indkomst her i landet for anskaffet til de i SEL § 4 A, stk. 1 og 2, og SEL § 8 B angivne anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. Hovedreglen er herefter, at aktiver og passiver værdiansættes til handelsværdien, jf. SEL § 4 A, stk. 1. Hvis det er afskrivningsberettigede aktiver anses de for erhvervet på det faktiske anskaffelsestidspunkt og til den faktiske anskaffelsessum, men afskrevet maksimalt efter de afskrivningsregler, der gælder på fusionstidspunktet. Er handelsværdien på fusionstidspunktet mindre end den nedskrevne værdi, lægges denne i stedet til grund, jf. SEL § 4 A, stk. 2. Ifølge SEL § 8 B indtræder det fortsættende selskab i det ophørende selskabs skattemæssige værdier, hvis der er tale om en koncernintern overdragelse af afskrivningsberettigede aktiver, jf. KGL § 4, stk. 2, og hvis overdragelsen hverken har medført dansk eller udenlandsk beskatning eller den udenlandske beskatning ved overdragelsen er blevet udskudt. De afskrivningsberettigede aktiver anses for afskrevet maksimalt efter danske regler indtil fusionstidspunktet. Er handelsværdien mindre, lægges denne i stedet til grund. Oparbejdet goodwill eller andre immaterielle aktiver anses for oparbejdet af det fortsættende selskab, dvs. at afskrivningsgrundlaget er 0 kr. Reglerne i SEL § 4 A, stk. 1 og 2 samt SEL § 8 B sikrer, at aktiver ikke kunstigt kan opskrives inden aktiverne indgår i den danske skatteansættelse.

Hvordan den skattemæssige behandling er af det udenlandske ophørende selskab, er selvsagt uomtalt i dansk ret, eftersom dette udelukkende er et nationalt anliggende for den medlemsstat, hvor det ophørende selskab er hjemmehørende. Fusionsskattedirektivet 90/434 forpligter imidlertid medlemsstaten til at sikre, at fusionen ikke indebærer skattepligt, dvs. fusionen skal være skatteneutral.

Ligningsrådet har i *TfS 2004.692 LR* fundet, at i det tilfælde, hvor to udenlandske selskaber beliggende i samme udland fusioner, da finder reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1 anvendelse, hvis de fusionerede selskaber indgår i en dansk sambeskatning, og FUSL § 15, stk. 2 finder anvendelse, når et udenlandsk ikke-sambeskatningsselskab indfusioneres med et udenlandsk sambeskatningsselskab. Udenlandske

sambeskatningsselskaber betragtes således også i fusionsskattelovens forstand som danske selskaber.

Ophør af et dansk selskab ved fusion med et udenlandsk EU-Selskab
Fusionen indebærer i dette tilfælde, at det ophørende danske selskab bliver en filial af det udenlandske fortsættende selskab.

Reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1 om fusion mellem danske selskaber genanvendes igen dog med det forbehold, at successionsreglerne i FUSL § 8, stk. 1-4 kun finder anvendelse, såfremt beskatningsgrundlaget forbliver i Danmark. Hvis fusionen derfor indebærer, at aktiver og passiver glider ud af dansk beskatning, medfører dette, at nævnte aktiver og passiver kommer til beskatning. Aktiver og passiver, der forbliver under dansk beskatning, fordi der nu er et fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a, eller fordi der efterlades en fast ejendom, jf. SEL § 2, stk. 1, litra b, beskattes derimod ikke.

Der kan opstå den særlige situation, hvor et dansk ophørende selskab har et fast driftssted i et tredjeland, som glider ud af dansk beskatning i forbindelse med fusionen, idet det ophørende selskab overgår fra at blive beskattet af sine globale indkomst (dets egen indkomst inklusiv det fast driftssteds indkomst) til at blive begrænset skattepligtig (udelukkende beskatning af dets egen indkomst i Danmark). Danmark mister med andre ord beskatningsretten over det faste driftssted i tredjelandet. Det betyder, at det faste driftssted skal *anses* for afstået, hvorved der sker en fiktiv dansk beskatning. Den skat, som ville være udløst i tredjelandet, hvis det faste driftssted faktisk var afstået, kan til gengæld fradrages i den danske skat efter ordinær creditprincippet, jf. LL § 33, stk. 3.

Fusionsskattedirektivet 90/434 sikrer, at det faste driftssted i EU-tredjelandet ikke beskattes som følge af fusionen. I dansk skatteret er dette lovfæstet i FUSL § 15, stk. 3.

Det bør indgå i overvejelserne, om fusionen eventuelt skal vendes, således at det selskab, der har færrest fast driftssteder, er det ophørende selskab. Det kan tillige overvejes at omdanne det faste driftssted til et datterselskab, inden fusionen vedtages. Omdannelsen kan ske skatteneutralt efter fusionsskattedirektivet, idet det forudsættes, at det faste driftssted er en virksomhed i fusionsskattelovens forstand, som via en skattefri tilførsel af aktiver kan indskydes i et selskab mod fuldt vederlæggelse i aktier eller anparter til det indskydende selskab. Omdannelsen sikrer, at når selskaberne fusionerer grænseoverskridende, at da vil det fortsættende selskab succederer i danske aktier, som er tilknyttet en filial. Om mulighederne her-

for, se forudsætningsvis *TfS 2002.15 LR* og praksisændringen i *TfS 2002.80.*

Fusion mellem to udenlandske selskaber

To udenlandske selskaber, der fusionerer, skal selvsagt følge de nationale selskabs- og selskabs*skatte*retlige regler, der gælder for de pågældende selskaber. En fusion af to udenlandske selskaber kan imidlertid have indvirkning i forhold til dansk skatteret, 1) hvis det ophørende selskab har en i filial her i landet, eller hvis det ophørende selskab har aktionærer hjemmehørende her i landet.

Fusion af selskaber omfattet af fusionsskattedirektivet

Det bestemmes i FUSL § 15, stk. 3, at to selskaber omfattet af fusionsskattedirektivet kan fusionere, uden at det udløser dansk skat, jf. henvisningen til fusionsskattelovens kapitel 1. Det betyder bl.a., at danske aktionærer i det ophørende selskab ikke beskattes i forbindelse med fusionen, hvis de modtager aktier i det fortsættende selskab, jf. FUSL 11. Modtager de andet vederlag end aktier i det fortsættende selskab, betragtes dette som en skattepligtig aktieafståelse, jf. FUSL § 9.

Det ophørende selskabs aktiver og passiver i Danmark beskattes som udgangspunkt, medmindre der er danske skattemæssige værdier at succedere i, således at successionsreglerne i FUSL § 8, stk. 1-4 kan anvendes. Danmark skal med andre ord bibeholde beskatningsgrundlaget over de aktiver og passiver, der er undergivet dansk beskatning, før fusionen kan gennemføres uden dansk beskatning. Dette kan ske enten fordi aktiverne og passiverne er tilknyttet et fast driftssted, jf. SEL § 2, stk. 1, litra, eller fordi det er en fast ejendom, jf. SEL § 2, stk. 1, litra b. Aktiver og passiver, der i forbindelse med fusionen glider ud af dansk beskatning, beskattes, jf. SEL 5.

Fusion af udenlandske selskaber, der ikke omfattes fusionsskattedirektivet

Det fremgår forudsætningsvist af FUSL § 15, stk. 3, at et fast driftssted mv. i Danmark anses for afstået efter dansk skatteret, hvis to selskaber, der ikke er omfattet af fusionsskattedirektivet, fusionerer.

For aktionærernes vedkommende kan de efter indhentelse af tilladelse fra Skatteministeren, modtage aktier i det ophørende selskab, uden at det indebærer skat, jf. FUSL § 15, stk. 6, der henviser tilbage til successionsreglerne for aktionærerne i FUSL § 9 og 11. Det er en betingelse, at den udenlandske fusion svarer til en skattefri dansk fusion, jf. *TfS*

2000.239 LR, TfS 2000.833 LR, TfS 2001.467 TSS og TfS 2002.341 TSS. I *TfS 2004.726 TSS* blev dispensation ikke givet, idet »trekantsfusion« ikke anerkendes i dansk skatteret. Efter norsk ret var det således, at en »trekantsfusion« indebar, at et ophørende selskab blev indfusioneret i et fortsættende selskab, mod at aktionærerne modtog *aktier i det fortsættende selskabs moderselskab*, hvilket ikke er muligt efter fusionsskatteloven, jf. lovens § 2, hvori det kræves, at det indskydende selskabs aktionærer vedlægges med aktier i det fortsættende selskab. Hvis tilladelsen til skattefri ombytning af aktier gives, har dispensationen virkning for *alle* danske aktionærer – også dem, der ikke har ansøgt!

4. Spaltning

Generalforsamlingen i et aktieselskab kan under iagttagelse af forskrifterne om beslutningsmajoritet træffe beslutning om spaltning af et selskab. Reglerne er foreskrevet i ASL § 136 ff. og for anpartsselskabers vedkommende i ApL § 67 a, stk. 1, der viser tilbage til aktieselskabslovens regler.

Ved spaltning overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber mod vederlag til det indskydende selskabs aktionærer (ophørsspaltning), jf. ASL § 136, stk. 1, 2. pkt.

Generalforsamlingen kan også træffe beslutning om spaltning, hvorved selskabet overdrager en del af sine aktiver og forpligtelser til et eller flere bestående eller nystiftede selskaber (grenspaltning), jf. ASL § 136, stk. 1, 3. pkt.

Ved ophørsspaltningen ophører det indskydende selskab i forbindelse med spaltningen, og ved grenspaltningen fortsætter det indskydende selskab, men det overdrager en del af dets aktiver og forpligtelser til de(t) modtagende selskab(er).

Ved en spaltning er det ikke det indskydende selskab, der modtager aktier i det modtagende selskab, men aktionærerne i det indskydende selskab. Herved adskiller en spaltning sig væsentligt fra en almindelig virksomhedsoverdragelse (eller med ordvalget i fusionsskatteloven: fra en almindelig tilførsel af aktiver), hvor det er det indskydende selskab, der modtager aktierne i det modtagende selskab.

Overdragelserne kan selskabsretligt gennemføres uden kreditorernes samtykke, jf. SEL § 136, stk. 1, 4. pkt.

4.1. Skattepligtig spaltning

En spaltning er som hovedregel skattepligtig, medmindre betingelserne i fusionsskattelovens kapitel 4 om skattefri spaltning er opfyldt. De deltagende selskaber vælger i så fald selv, om spaltningen skal være skattefri eller skattepligtig. En skattepligtig spaltning kan være at foretrække, såfremt der f.eks. er et fremførbart underskud i det ophørende selskab eller i det modtagende selskab, der ved en skattefri spaltning vil fortabes, jf. FUSL § 8, stk. 6.

For det indskydende selskab indebærer en ophørsspaltning, at dette ophørsbeskattes af alle dets aktiver og passiver. Hvis der er tale om en grenspaltning, beskattes alene de aktiver og passiver, der overdrages til det modtagende selskab. Det modtagende selskab anses for at have erhvervet aktiverne og passiverne til handelsværdien.

En ophørsspaltning indebærer for det indskydende selskabs aktionærer, at deres aktier anses for skattemæssigt afstået til det provenu, der er tilbage efter den skattepligtige likvidation af det indskydende selskab, dvs. aktivernes handelsværdi minus gældsforpligtelser og skattekrav. En grenspaltning må sidestilles med en virksomhedsoverdragelse, hvorefter aktionærerne i det indskydende selskab modtager aktier i det modtagende selskab via en udbytteudlodning, jf. LL § 16 A. Der kan i den forbindelse søges om tilladelse til at blive beskattet efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven, hvis udlodningen sker i forbindelse med en kapitalnedsættelse, jf. LL § 16 A, stk. 2. Tilladelse vil normalt blive givet, hvis kapitalnedsættelsen er begrundet i et ændret aktivitetsniveau i det indskydende selskab, f.eks. fordi en virksomhedsgren er overdraget.

4.2. Skattefri spaltning

Det er muligt efter reglerne i FUSL § 15 a og b at gennemføre en spaltning skattefrit, hvis betingelserne herfor opfyldes. Det skatteretlige spaltningsbegreb er defineret i FUSL § 15 a, 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«.

Det skatteretlige spaltningsbegreb har flere lighedstræk med det selskabsretlige spaltningsbegreb i ASL § 136. Det er f.eks. også skatteretligt muligt at foretage såvel en ophørsspaltning som en grenspaltning. Det

skatteretlige og selskabsretlige spaltningsbegreb er imidlertid også forskellige, idet der f.eks. selskabsretligt ikke er noget krav om, at de overdragende aktiver og passiver ved en delvis spaltningen skal udgøre en virksomhedsgren, jf. det skatteretlige krav i FUSL § 15 a, stk. 3.

Spaltningen skal indebære, at én aktionær modtager en aktie i det modtagende selskab, men når dette krav er opfyldt, er der fuld aftalefrihed til at aftale, om aktionærerne i det indskydende selskab udelukkende skal modtage aktier i det modtagende selskab, om der udelukkende skal ske kontantvederlæggelse, eller om aktionærerne i det indskydende selskab skal vederlægges med en kombination af kontanter og aktier i det modtagende selskab. I *TfS 1998.302 LR* blev der givet afslag på at tillade en lodret skattefri grenspaltning mellem et indskydende datterselskab og et modtagende moderselskab, idet der i dette tilfælde ikke vil ske aktievederlæggelse af aktionærerne i det indskydende selskab (her: moderselskabet).

Det er kun muligt at foretage en national spaltning, idet grænseoverskridende spaltninger endnu ikke er muligt. Fusionsskattedirektivet og dennes implementering i dansk ret hindrer ikke, at en spaltning kan foretages grænseoverskridende, men da det ikke selskabsretligt er muligt at gennemføre en grænseoverskridende spaltning, kan det heller ikke skatteretligt lade sig gøre. Den selskabsretlige spaltning er således en forudsætning for at gennemføre en skattefri spaltning.

Det er bemærkelsesværdigt, at der ikke med fremkomsten af SE-Selskabet er blevet muligt at gennemføre en grænseoverskridende spaltning. Hvorfor skulle f.eks. Novo Nordisk ikke ved en spaltning kunne overføre to virksomhedsområder til to separate SE-Selskaber i stedet for som sket til to almindelige danske aktieselskaber? Det må forventes, at ved revisionen af SE-forordning den 8. oktober 2009, jf. SE-forordningens art. 69, at da vil det også blive muligt at stifte SE-Selskaber i forbindelse med en spaltning. Det bemærkes, at det fortiden ikke engang er et direktivudkast vedrørende grænseoverskridende spaltninger, så der er længe udsigter til, at selskaber kan spalte grænseoverskridende.

Hvilke selskaber kan skattefrit spaltes

Aktie- og anpartsselskaber omfattes af fusionsskattelovens regler. Det betyder, at såvel et aktie- som et anpartsselskab kan spaltes. Et aktie- eller anpartsselskab kan tillige være det modtagende selskab i forbindelse med en spaltning af et andet aktie- eller anpartsselskab. Der er ikke noget krav om, at det modtagende selskab skal være et nystiftet eller et eksisterende selskab. En spaltning kan gennemføres, således

at et nystiftet selskab modtager en virksomhedsdel og et eksisterende selskab modtager en anden virksomhedsdel. I sidstnævnte situation er spaltningen reelt en delfusion.

Udover aktie- og anpartsselskaber kan de i FUSL § 15 a, stk. 4 og 5, nævnte selskabstyper skattefrit spaltes.

Tilladelse

Det er en betingelse for en skattefri spaltning, at der er opnået tilladelse hertil fra Skatteministeren. Skatteministeren kan stille særlige vilkår for tilladelsen. En skatteyder, der har fået afslag eller fået tilladelse med vilkår kan påklage afgørelsen til Landsskatteretten, jf. FUSL § 15 a, stk. 1.

Skatteministeren har udlagt kompetencen til Told- og Skattestyrelsen, jf. sagsudlægningsbkg.'s § 14.

Afslag eller tilladelse med vilkår kan alene gives, hvis det kan lægges til grund, at spaltningen i overvejende grad er begrundet i skatteudnyttelse eller skatteunddragelse. Det er krav, at skattemyndighederne ved vilkårsfastsættelsen anvender det mindst indgribende middel, dvs. iagttager et proportionalitetshensyn. Dette proportionalitetsprincip er foreskrevet i fusionsskattedirektivets art. 11, der er en quasi-omgåelsesregel. Det er således ikke tilladt at give afslag på en skattefri spaltning, hvis det samme mål kan opnås ved et mindre indgribende middel, nemlig vilkårsfastsættelse. Det er klart, at et vilkår heller ikke må være mere vidtrækkende end højst nødvendigt, jf. også *Kurt Gimsing* og *Susanne Kjær* i Festskrift til Ole Bjørn, s. 255 ff.

Spaltning af danske selskaber

Det følger af FUSL § 15 b, stk. 2, at spaltes et selskab her i landet finder FUSL § 5 (spaltningsdato skal være sammenfaldende med det eller de modtagende selskabers regnskabsår), § 6, stk. 1, 3, 4 (indsendelse af dokumenter) og § 6, stk. 6 (dispensation ved fristoverskridelse) anvendelse. Hvis det indskydende selskab ophører i forbindelse spaltningen finder FUSL § 7, stk. 1 (afsluttende ansættelse af det ophørende selskab) og § 10 (annullation af aktier) tilsvarende anvendelse.

Indsendelse af dokumenter

Skatteyderen skal ved en skattefri spaltning indsende forskellige dokumenter, for at spaltningen kan gennemføres. Der må sondres mellem dokumenter, der skal indsendes i forbindelse med ansøgningen om

skattefri spaltning og dokumenter, der skal indsendes 1 måned efter vedtagelsen af spaltningen.

De dokumenter, der danner grundlag for vurderingen af, om det ansøgte kan tillades, er udkast til regnskabsopstilling og åbningsbalance pr. spaltningsdatoen. Der skal indsendes det indskydende og det modtagende selskabs balance før spaltningen, og åbningsbalance for det eller de modtagende selskaber samt balance for det indskydende selskab efter spaltningen. Det er klart, at det modtagende selskab kun skal indsende balance før spaltningen, hvis det i forvejen eksisterer, og at det ligesådan kun skal indsendes åbningsbalance for det indskydende selskab efter spaltning, hvis dette ikke er ophørt i forbindelse med spaltningen. Det skal klart fremgå hvilke aktiver og passer, der er overtaget, samt om der eventuelt er sket reguleringer i forbindelse med overdragelsen.

Når tilladelsen til spaltningen er opnået og spaltningen selskabsretligt er vedtaget, skal skatteyderen indsende følgende dokumenter, jf. FUSL § 15 b, jf. § 6:

- Spaltningsplanen, jf. ASL § 136 a,
- Den af bestyrelsen udarbejdede skriftlige redegørelse, i hvilken fusionsplanen forklares og begrundes, jf. ASL § 136 b, stk. 1,
- Et revideret spaltningsregnskab, jf. RL § 130, eller hvis spaltningen vedtages senere end 6 måneder efter udløbet af et regnskabsår, da indsendes en revideret mellembalance, jf. ASL § 136 b, stk. 2
- Vurderingsmændenes udtalelse om de overdragende aktier og passiver til det modtagende selskab svarer til mindst kapitalforhøjelsens nominelle værdi med tillæg af overkursen, jf. ASL § 136 b, stk. 3.
- Vurderingsmændenes udtalelse om spaltningsplanen, jf. ASL § 136 c.

Dokumenterne skal indsendes senest 1 måned efter spaltningens vedtagelse i alle de involverede selskaber. Indsendelse af dokumenterne er en betingelse for, at reglerne om skattefri spaltning kan finde anvendelse, jf. FUSL § 6, stk. 4. Under særlige omstændigheder kan der dispenseres for indsendelsesfristen, jf. FUSL § 6, stk. 6.

Spaltningsdato og retsvirkningerne for de deltagende selskaber

Spaltningsdatoen er den dato, hvorfra spaltningen har regnskabsmæssig og skattemæssig virkning. En spaltning kan vedtages med tilbagevirkende kraft. Den tilbagevirkende kraft medfører rent selskabsretligt og skatteretligt, at skæringsdatoen for indtægter og udgifter deles på dette tidspunkt, hvorfor eventuelle materielle betingelser for f.eks. skattefri

udlodning mv. også skal foretages på dette tidspunkt, jf. *TfS 2005.76 LR*.

> Sagen handlede om et selskab A ApS, som havde fået tilladelse til skattefri spaltning med tilbagevirkende kraft til fem nystiftede selskaber, hvoraf kun 4 af disse skulle ejer aktier i det indskydende selskabs 100% ejede underliggende driftsselskab B ApS. Spørgsmålet i sagen var, hvorvidt de 4 nystiftede modtagende selskaber henholdsvis det 5. nystiftede modtagende selskab C ApS vil blive skattepligtig af 100.000 kr. i »tilgodehavende udbytte« udloddet fra driftsselskabet B A/S. Det fremgik af fælles regnskabsopstilling, at hver af de de 5 nystiftede selskaber ved spaltningen skulle modtage nævnte beløb. Udlodningsdatoen lå efter spaltningsdatoen.
>
> De 4 selskaber, der hver modtog 25% af aktiekapitalen i det underliggende B A/S, vil hver især modtage de 100.000 kr. i udbytte skattefrit. Dette blev begrundet med, at det skatteretlige successionsprincip medførte, at de 4 selskaber skulle anses for at have ejet 25% af aktiekapitalen i samme periode som det udspaltede selskab A ApS.
>
> Det 5. selskab, der ikke fik aktier i B A/S, vil være skattepligtig af de modtagne 100.000 kr., idet selskabet ikke på udlodningstidspunktet opfyldte betingelserne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2.
>
> Der blev endvidere spurgt om, hvorvidt udbyttet på i alt 500.000 kr. var skattefrit for det spaltede selskab A ApS. Ligningsrådet svarede, at en udbytteudlodning mellem skæringsdatoen og det faktiske spaltningstidspunkt ikke kunne anses for en udbytteudlodning til det spaltede selskab A ApS, idet selskabet ikke anses for at eksistere selskabsretligt fra og med skæringsdatoen. Ligningsrådet fandt af den grund, at spørgsmålet ikke kunne besvares med et ja eller nej.

Reglerne om tilbagevirkende kraft er i øvrigt sammenfaldende med reglerne ved skattefri fusion, hvorfor der tillige kan henvises til ovenstående afsnit om fusioner og til ASL § 136 a, stk. 2.

Spaltningens skatteretlige virkninger for det spaltede selskab

En spaltning indebærer som sagt, at det spaltede selskab enten ophører eller fortsætter. Det har stor betydning, om det indskydende selskab ophører eller fortsætter i forbindelse med spaltningen, idet hvis det fortsætter, skal der ikke udarbejdes en ordinær selvangivelse for perioden indtil spaltningsdatoen uden hensyn til dens længde. Dette indebærer herforuden, at det fremførbare underskud i det spaltede selskab ikke fortabes. Det fremførbare underskud kan dermed anvendes i senere over-

skud. Reglen i FUSL § 8, herunder især stk. 6 finder også anvendelse ved spaltning, men det er her vigtigt at bemærke, at denne regel alene forbyder, at underskud i det spaltede (og det modtagende) selskab bringes til fradrag i det modtagende selskabs indkomstopgørelse. Reglen forhindrer ikke, at det selskab, der er grenspaltet, bevarer og fremfører eventuelle skattemæssige underskud efter LL § 15. Det er klart, at underskuddet fortabes, hvis det indskydende selskab ophører i forbindelse med fusionen eller spaltningen, men hvis selskabet ikke ophører, idet det alene grenspaltes, bevares det fremførbare underskud som sagt. Dette kan være et væsentligt incitament til at vælge grenspaltningen frem for ophørsspaltningen.

Det skal imidlertid tages i betragtning, at kravene til *grenspaltning* er væsentlig større end for ophørsspaltningen. En grenspaltningen kan alene gennemføres, såfremt de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab eller til hvert af de modtagende selskaber, udgør en gren af en virksomhed. Det forhold, at det overdragende skal udgør en gren af en virksomhed, er et krav om, *at* det er en nærmere afgrænsede virksomhed, det indskydende selskab overdrager til det modtagende selskab, og *at* det er alle aktiver og passiver, der hører til virksomhedsdelen, der skal følge med overdragelsen, jf. *C-43/00, Andersen og Jensen ApS*. Sagen vedrørte en tilførsel af aktiver, men da grenkravet er det samme både ved en grenspaltning og ved en tilførsel af aktiver har dommen tillige betydelig præjudikatværdi ved grenspaltningen. Grenspaltning kan således kun foretages, hvis det udspaltede udgør en virksomhed i FUSL § 15 a, stk. 3's forstand. Overførsel af aktier udgør f.eks. ikke en virksomhed i lovens forstand, jf. *TfS 2000.712 LR.* Aktier kan dog medfølge ved en virksomhedsoverdragelse, såfremt aktierne naturligt hører til den overdragne virksomhedsområde. Hvis ikke aktierne gør dette, vil der blive stillet vilkår om, at aktierne forbliver i det indskydende selskab, jf. *TfS 2001.72 LR,* hvor Ligningsrådet udtalte, at aktier i det indskydende selskab ikke naturligt hørte til den udspaltede virksomhed, og dette standpunkt fastholdte Ligningsrådet, uanset at det var oplyst, at aktierne skulle anvendes til dækning af medarbejderforpligtelser i det modtagende selskab. Medarbejder skal medfølge den overdragne virksomhedsgren, jf. *TfS 2001.147 LR,* hvor Ligningsrådet afslog en anmodning om at lade medarbejderne forblive i det indskydende selskab for derefter at blive udlejet til det modtagende selskab. Fast ejendom anses derimod for selvstændigt at udgøre en virksomhed, og ansøgeren kan derfor som altovervejende hovedregel selv bestemme, om ejendommen skal forblive i det indskydende selskab eller overdrages

til det modtagende selskab, jf. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 24. udg. 2004, s. 649. I *TfS 2001.74 LR* tillod Ligningsrådet, at en fast ejendom og varemærker, der blev benyttet lige meget i det indskydende som i det modtagende selskab, kunne ejes i sameje. I afsnittet om tilførsel af aktiver vil grenkravet blive yderligere uddybet.

Ved en ophørsspaltning er kravene væsentligt mindre, men indebærer som sagt at eventuelle underskud i henhold til LL § 15 fortabes. Ophørsspaltning er derfor en særlig velegnet metode, hvis det indskydende selskab ikke har et fremførbart underskud, idet deltagerne i spaltningen kan fordele aktiver og passiver efter eget valg. En ophørsspaltning skal dog definitorisk indebære, at alle de modtagende selskaber får tilført aktiver og passiver fra det udspaltede selskab, jf. *TfS 1996.631 LR,* hvor det ene nystiftede modtagende selskab modtog alle aktiver og passiver fra det indskydende selskab. og hvor det andet nystiftede modtagende selskab kun fik en fordring på det første modtagende, der i sagens natur blev stiftet ved ophørsspaltningen. Ophørsspaltning muliggør eksempelvis, at to 50%'s aktionærer kan foretage en aktieombytning med anparter i et nystiftet anpartsselskab, hvorefter Holdingselskabet kort tid efter ophørsspaltes til to nystiftede personligt ejet anpartsselskaber, jf. fx *TfS 2003.146 TSS* og *TfS 2004.294 TSS*. Det ophørsspaltede selskab (Holdingselskabet) ejede ikke andet end aktier, men trods dette kunne spaltningen gennemføres. Et eventuelt 3-årigt anmeldelsesvilkår stillet i forbindelse med aktieombytningen overføres til de modtagende selskaber, der overtager aktierne i det underliggende selskab ved ophørsspaltningen. Hvis det selskab, der ønskes ophørsspaltet, ejer aktier med et 3-årigt anmeldelsesvilkår, og 2 år f.eks. er gået, kan det tilladelse, at selskabet ophørsspaltes med et vilkår om, at det modtagende selskab indtræder i det sidste år vedrørende det 3-årigede anmeldelsesvilkår. Vilkår kan endvidere stilles, hvis ToldSkat vurderer, at ansøgeren anvender muligheden for ophørsspaltning til at omgå anden skattelovgivning. I *TfS 2004.294 TSS* stillede ToldSkat således et vilkår om, at hver af børnene ville opnå 15% af stemmerne over anparterne i det underliggende driftsselskab ved en eventuel efterfølgende overdragelse med succession efter ABL § 11. ToldSkat vil med vilkåret hindrer, at krympereglen i ABL § 11, stk. 1, nr. 3 omgås. Se også *TfS 2004. 295 TSS*. Hvis vilkåret relateres til en disposition, der konkret vurderes forretningsmæssigt begrundet, kan dette vilkår ikke opretholdes, jf. *TfS 2002.1039 LSR*. I sagen ønskede ansøgeren at ophørsspalte et selskab i et driftsselskab og i et kapitalselskab, og i den forbindelse optog det spaltede selskab et lån på 1.5 mio. kr., hvoraf provenuet skulle overføres

til kapitalselskabet og forpligtelsen til driftsselskabet. Det var oplyst, at dispositionen var foretaget, idet man ønskede at billiggøre driftsselskabet i forbindelse med et kommende generationsskifte. Landskatteretten fandt formålet forretningsmæssigt begrundet, og Ligningsrådets vilkår om, at provenu og forpligtelse skulle overdrages samlet, kunne derfor ikke opretholdes. Landsskatterettens kendelse har formodentlig ingen præjudikatværdi vedrørende grenspaltninger. De objektive krav ved en ophørsspaltning må betragtes som minimale, og hvis ansøgeren derfor tillige kan begrunde ophørsspaltning ud fra overvejende forretningsmæssige hensyn, tillades spaltningen ofte, dog kan der som sagt stilles vilkår. Afslag på ansøgning om ophørsspaltning er oftest givet, hvis spaltningen overvejende er motiveret af skattemæssige årsager, f.eks. hvor en ophørsspaltning efterfulgt af et hurtigt salg af aktierne i det modtagende selskab medfører en gunstigere skattemæssig position end et salg før omstruktureringen, jf. *TfS 2004.206 TSS,* hvor ToldSkat fandt spaltningen begrundet i ønsket om at gøre en skattepligtig overdragelse skattefri. Se på den anden side *TfS 1998.160 LR,* hvor et hurtigt frasalg efter ophørsspaltning blev anset for forretningsmæssigt begrundet.

Spaltningens skatteretlige virkninger for de deltagende selskaber

Successionsprincippet i FUSL § 8, stk. 1-4 finder tillige anvendelse ved spaltning, hvilket har den konsekvens, at det indskydende selskab ikke beskattes, og at det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling vedrørende de tilførte aktiver og passiver. Det modtagende selskab anses for at have erhvervet aktiverne og passiverne på det anskaffelsestidspunkt og til den anskaffelsessum, som det indskydende selskab oprindeligt havde erhvervet aktiverne og passiverne. Har det indskydende selskab erhvervet aktiverne i næringsøjemed, indtræder det modtagende selskab også i næringshensigten.

Det modtagende selskab fortaber et eventuelt fremførbart underskud, jf. FUSL § 8, stk. 6, ligesom indtægterne til modregning i underskud i spaltningsåret kan beskæres efter FUSL § 8, stk. 7.

Spaltningens skatteretlige virkninger for aktionærerne i det spaltede selskab

Beskatningen af aktionærerne i det spaltede selskab afhænger af, om de vederlægges med aktier i det modtagende selskab, eller om de helt eller delvis modtager et kontantvederlag eller andet vederlag for aktierne. En spaltning af et selskab, der har en aktionær, der er ikke-hjemmehørende i Danmark, og som er blevet pålignet fraflytterskat efter aktieavance-

beskatningslovens § 13 a, kan tillige efter *TfS 2004.834 LR* indgå i en spaltning, uden at fraflytterskatten i den forbindelse forfalder til betaling.

Aktionærerne i det spaltede selskab kan enten modtage et kontantvederlag, hvorved de købes ud af selskabet, eller de kan modtage aktier i det modtagende selskab, hvorved de forbliver aktionærer i dette. Hverken selskabs- eller skattelovgivningen stiller hindringer for, hvordan aktionærerne i det spaltede selskab vederlægges. Der er alene et krav om, at én aktionær skal modtage én aktie i det modtagende selskab. En aktionærer, der således ikke ønsker at eje aktier i det modtagende selskab, kan således købes ud i forbindelse med spaltningen, og de aktionærer, der ønsker at blive aktionærer i det modtagende selskab, kan vederlægges med aktier. Spaltningen kan også gennemføres således, at selskabets to virksomhedsområder spaltes over i to modtagende selskaber, hvorefter aktionærerne modtager alle aktierne i hver sit selskab, dvs. spaltningsmuligheden kan også anvendes i forbindelse med en »skilsmisse« mellem to uenige aktionærer, eller i en ægte skilsmissesituation, hvor ex-ægtefællerne ikke ønsker at samarbejde i fremtiden, jf. *TfS 2002.769 LR*. Dette er kun muligt, hvis ophørsspaltning vælges.

Den skattemæssige stilling er forskellig alt efter, om der modtages aktie- eller kontantvederlag, og om spaltningen medfører, at det spaltede selskab ophører eller fortsætter efter spaltningen.

Ophører det spaltede selskab i forbindelse med spaltningen, medfører dette, at i det omfang aktierne i det indskydende selskab vederlægges med andet end aktier i de modtagende selskaber, da anses disse aktier for afstået til kursen på spaltningsdatoen. De afståede aktier beskattes efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven. De aktier, der modtages som vederlag for aktierne i det indskydende selskab, anses ikke for afstået. I det tilfælde gælder reglen i FUSL § 11, hvorefter aktierne i det modtagende selskab anses for erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. Er de ombyttede aktier erhvervet i næring, skal de modtagende aktier tillige anses for erhvervet ved næring.

Hvis det spaltede selskab ikke ophører i forbindelse med spaltningen, skal det tages i betragtning, at aktionærerne for det første bibeholder deres aktiebeholdninger i det indskydende selskab, og at de for det andet modtager aktier i det modtagende selskab. Dette forhold indebærer en anden skattemæssig retsstilling. De aktionærer, der modtager et kontantvederlag fra det modtagende selskab som betaling for de indskudte værdier, anses ikke for at have afstået aktier, men for at have modtaget et udbytte, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 4. pkt. Det er således hele

kontantvederlaget, der beskattes og ikke kun fortjenesten ved afståelsen af aktierne. Aktionærbeskatningen er derfor som udgangspunkt hårdere ved grenspaltning.

De aktier, som modtages fra det eller de modtagende selskaber, anses for erhvervet på samme tidspunkt, som aktierne i det indskydende selskab. Anskaffelsessummen på aktierne i det indskydende selskab fordeles forholdsmæssigt på aktierne i det indskydende og det eller de modtagende selskaber. Er aktierne i det indskudte selskab næringsaktier, anses aktierne i det eller de modtagende selskaber også for næringsaktier. Er aktierne omfattet af ABL § 2 b, § 2 c eller § 2 e, anses de modtagende aktier tillige for at omfattet af ABL § 2 b, § 2 c eller § 2 e. Tilsvarende gælder for tax-heaven-aktier, jf. ABL § 2 a i de følgende tre indkomstår efter spaltningsdatoen. Efter de tre år vurderes det selvstændigt, om selskabet er lavt beskattet, og om aktierne derfor er omfattet af ABL § 2 a-aktier eller ikke.

Selskabsdeltagende indsender i forbindelse med indgivelse af selvangivelse for det indkomstår, hvori spaltningen sker, en opgørelse af anskaffelsessummen for aktierne i det eller de modtagende selskaber. Det er den skatteansættende myndighed for selskabsdeltagerne, der foretager skatteansættelsen af anskaffelsessummen, jf. FUSL § 15 b, stk. 5.

Hæftelse mv. for skattekrav opstået inden spaltningen

Efter ASL § 136, stk. 2, hæfter de modtagende selskaber og det eventuelt fortsat bestående indskydende selskab solidarisk og subsidiært for de forpligtelser, der i forbindelse med spaltningen enten er forblevet i det indskydende selskab, eller er overført til de modtagende selskaber. Det enkelte selskab hæfter, dog højst med et beløb svarende til det tilførte eller resterende nettobeløb.

Som en særregel i ASL § 136 a, stk. 4 bestemmes det, at de modtagende selskaber og det eventuelt fortsat bestående indskydende selskab hæfter solidarisk for forpligtelser, som ikke kan fordeles ved hjælp af spaltningsplanen eller ved en fortolkning af denne. Det enkelte selskab hæfter dog ikke med et større beløb end den tilførte eller resterende nettoværdi. I det indbyrdes forhold mellem selskaberne fordeles sådanne forpligtelser proportionalt med de nettoaktiver, som er tilført eller resterer i de enkelte selskaber efter spaltningsplanen. Der er således i det indbyrdes forhold mellem selskaberne en pro-rata hæftelse.

Den hæftelse, der følger af selskabslovgivningen, udvides, hvis de modtagende selskaber og det eventuelt fortsat bestående selskab har deltaget i en skattefri spaltning, jf. FUSL § 15 b, stk. 3. Den udvidede

objektive, solidariske hæftelse omfatter alene skattekrav og bødekrav pålagt i henhold til skattelovgivningen. Hæftelsen er ikke begrænset som ved skattelovgivning, hvilket betyder, at alle skattekrav og bødekrav, der er stiftet inden spaltningen, kan rettes mod de deltagende selskaber.

Det er selskabsretligt, aftaleretligt og skatteretligt muligt at indgå en fordelingsaftale vedrørende krav opstået efter spaltningen, men som vedrører perioden forud for denne, jf. *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret 2004/05, s. 535. Hvor ovenstående hæftelsesregler vedrører selskabets ekstern forhold, vedrører fordelingsaftalen selskabernes indbyrdes forhold, og sådanne aftaler accepteres skatteretligt, jf. *TfS 2001.70 LR*. Fordelingsaftalen gik nærmere ud på at fastlægge fordelingsprincipper, hvorved det sikres, at det selskab, som havde de aktiver og passiver, som havde forårsaget kravets stiftelse, også fik forpligtelsen heraf. Et krav, der eksempelvis rettes mod det indskydende selskab, men som egentligt vedrørte den virksomhedsgren, der var indskudt i det modtagende selskab, skal således efter fordelingsaftalen endeligt bæres af dette.

4.3. Spaltning af et udenlandsk selskab med danske aktionærer

Ifølge FUSL § 15 b, stk. 6 kan Skatteministeren tillade, at bestemmelserne i FUSL § 15 b, stk. 4, 2.-14. pkt. (beskatning af aktionærerne i det spaltede selskab), tilsvarende finder anvendelse, når et selskab hjemmehørende i udlandet spaltes, og selskabet ikke beskattes efter reglerne i stk. 1, om spaltning af EU-selskaber. Skatteministeren kan fastsætte vilkår for tilladelsen.

Bestemmelsen hjemler med andre ord mulighed for, at danske aktionærer kan ombytte deres aktier i det indskydende udenlandsk med aktier i det modtagende selskab, uden at dette medfører beskatning. For at opnå tilladelse til succession i den skattemæssige anskaffelsessum på aktierne ved spaltning af et udenlandsk selskab skal den udenlandske spaltning gennemføres på samme måde som en tilsvarende dansk spaltning, eller i hvert fald have så mange lighedspunkter med en dansk spaltning efter fusionsskattelovens regler, at den kan sidestilles hermed. Der er herefter succession for alle danske aktionærer, som er fuldt skattepligtige til Danmark, hvis den udenlandske spaltningen svarer til en dansk spaltning, jf. *TfS 2001.658 TSS* (ophørsspaltning af et finsk selskab, som følger reglerne i EU's fusionsskattedirektiv) og *TfS 2001.431 TSS* (grenspaltning af et engelsk Plc.). Ombytning af aktierne uden beskatning til følge tillades ikke, hvis det udenlandske spaltede selskab ikke undergår en spaltning efter danske begreber eller regler, der ligner disse

meget, jf. *TfS 2001.713 TSS* (hvor grenkravet ikke opfyldtes, idet der alene blev overdraget aktier), *TfS 2001.920 TSS* (hvor der reelt være tale om en tilførsel af aktiver efterfulgt af en udlodning af aktier i det modtagende selskab) og *TfS 2002.470 TSS* (hvor der alene var tale om udlodning af aktier i datterselskaber, hvorved datterselskaberne blev til søsterselskaber).

I *TfS 1996.763 LR* udtales det, at alle aktionærerne omfattes af tilladelsen, hvis ansøgningen imødekommes. Aktionærerne kan således ikke vælge mellem en skattepligtig eller en skattefri overdragelse, men er bundet til at ombytte aktierne skattefrit. Hvis tilladelsen ikke imødekommes binder det tilsvarende alle danske aktionærer. Ansøgning kan indgives af en enkelt aktionær eller af det spaltede selskab, jf. atter *TfS 1996.763 LR*.

5. Tilførsel af aktiver

En tilførsel af aktiver er en virksomhedsoverdragelse fra et selskab til et andet selskab, uden at det indskydende selskab i den forbindelse ophører. Overdragelse sker gennem aftale. Det forhold, at en virksomhedsoverdragelse ikke er en selskabsretlige disposition, men en aftaleretlige disposition medfører, at der ikke civilretligt er noget hinder for at overdrage virksomheden grænseoverskridende.

En virksomhedsoverdragelse er ofte en så indgribende disposition, at beslutningen skal vedtages af generalforsamlingen, jf. også *Kasper Blangsted Dichow* i UfR 2002 B, s. 338 ff. og *Erik Werlauff*: Selskabsret (2003), s. 397. Bestyrelsen kan dog vedtage mindre virksomhedsoverdragelser. Dette må gælde, uanset at selskabets vedtægt ikke skal ændres som følge af virksomhedsoverdragelsen

I det modtagende selskab er et virksomhedskøb som udgangspunkt et bestyrelsesanliggende, medmindre selskabets vedtægter skal ændres i forbindelse med købet, fx fordi finansieringen sker ved en samtidig kapitalforhøjelse. Generalforsamlingen skal i så fald godkende vedtægtsændringen med den beslutningsmajoritet, som er foreskrevet i ASL § 78. Apportindskudsreglerne i ASL §§ 6 – 6 a-b skal iagttages, såfremt det indskydende selskab overdrager virksomheden mod at få nyudstedte aktier. Apportindskudsreglerne skal tillige iagttages i det tilfælde, hvor et målrettet kontantindskud først indskydes i et selskab mod at få aktier, og hvor kontantindskuddet efterfølgende anvendes til køb af virksomheden, jf. *EANK af 10. august 1995, j. nr. 95-1.650*, hvor en

kapitaludvidelse på grundlag af aftaler om tegning af aktier mod et kontantbeløb og overtagelse af aktiver samme dag fra kontantindskyderne ikke blev anset som sket ved kontant indbetaling. Der skal udarbejdes en overtagelsesbalance, hvis apportindskuddet består i en virksomhed, jf. ASL § 6 a, stk. 2. Apportindskudsreglerne finder også anvendelse i den situation, hvor en kontant kapitalforhøjelse anvendes til køb af aktiver fra en tredjemand, jf. ASL § 6, stk. 1, nr. 2, dvs. at selskabet modtager et apportindskud på anden måde end mod vederlag i aktier.

En virksomhedsoverdragelse indebærer *ikke* en civilretlig universalsuccession som ved en fusion eller en spaltning. Det betyder, at virksomhedens leverandører, bankforbindelse og andre debitorer skal samtykke, hvis skyldneren i relation til gældsforholdet mv., skal være det modtagende selskab. Det obligationsretlige udgangspunkt om, at skyldnerskifte kræver samtykke må med andre ord iagttages, såfremt omstruktureringen består i en virksomhedsoverdragelse. Det modtagende selskab indtræder dog som ny arbejdsgiver i rettigheder og forpligtelser vedrørende lønmodtagere som følger med over i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, jf. lov om lønmodtagers retsstilling ved virksomhedsoverdragelse § 3. Se også *Erik Werlauff*: Udlicitering og medarbejdere (2002). En lønmodtager skal ikke acceptere en ny arbejdsgiver, hvis denne modsætter sig det, jf. *C-132, C-138 og C-139/91, Katsikas m.fl.*

5.1. Skattepligtig tilførsel af aktiver (virksomhedsoverdragelse)

Der gælder ikke særlige regler for det tilfælde, hvor et selskab foretager en aktivoverdragelse. Udgangspunktet er, at en sådan overdragelse er skattepligtig, medmindre selskabet vælger og opfylder betingelserne for at anvende reglerne om skattefri tilførsel af aktiver efter FUSL §§ 15 c-d.

Det indskydende selskab beskattes af alle de aktiver og passiver det overdrager. Det modtagende selskab køber aktiverne og passiverne til handelsværdien, som samtidig udgør selskabets anskaffelsessum ved en senere overdragelse. For afskrivningsberettigede aktiver udgør anskaffelsessummen også selskabets afskrivningsgrundlag. Skæringsdatoen for henføringen af den løbende indkomst er som udgangspunktet overdragelsestidspunktet, men hvis betingelserne i SEL § 4, stk. 5 er opfyldt, kan overdragelsen foretages med tilbagevirkende kraft. Det er bl.a. en betingelse, at overdragelsen sker til et nystiftet datterselskab, og at det indskydende selskab udelukkende vederlægges med aktier i det modtagende selskab.

En skattepligtig overdragelse vil oftest blive valgt, hvis det indskydende selskab har et underskud, hvori den skattepligtige indkomst kan modregnes. En anden årsag kunne være, at den indskudte virksomhed ikke opfylder grenkravet i FUSL § 15 c, stk. 2, og at det derfor ikke kan vælge den skattefrie tilførsel af aktiver. Det skal heller ikke overses, at transaktionen er nødsaget til at være en skattepligtig aktivoverdragelse, hvis selskabet ønsker at sælge virksomheden mod et kontantvederlag, idet fusionsskattelovens regler betinger, at selskabet udelukkende modtager aktier.

5.2. Skattefri tilførsel af aktiver

Ved skattefri 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, jf. FUSL § 15 c, stk. 2, 1. pkt. En tilførsel af aktiver indebærer således, at det modtagende selskab får overdraget en virksomhed fra det indskydende selskab, og at det indskydende selskab vederlægges udelukkende med aktier i det modtagende selskab.

Reglerne om tilførsel af aktiver muliggør bl.a., at et indskydende selskab kan stifte et datterselskab ved at overdrage en virksomhed til dette mod at modtage aktier i et nystiftet datterselskab. Der opstår her et moder-/datterselskabsforhold.

Virksomhedsoverdragelsen kan også ske til et allerede eksisterende selskab, fx som et led i et joint venture samarbejde. To bilfabrikanter kunne eksempelvis lægge deres lastbilproduktion ned i et fælles datterselskab.

Det kan også være, at et selskab ønsker at omdanne sin udenlandske EU-filial til et datterselskab via en skattefri tilførsel af aktiver. Dette kan ske ved, at filialen indskydes i et selskab, mod at hovedkontoret (nu: moderselskabet) modtager aktier.

Omdannelse fra et datterselskab til en filial kan endvidere ske gennem en skattefri tilførsel af aktiver. Et dansk bankaktieselskab kan eksempelvis overdrage bankvirksomheden til dets udenlandske EU-moderselskab (nu: hovedkontoret) skattefrit mod at modtage aktier i moderselskabet. Det danske datterselskab, som alene ejer aktier i moderselskabet, kan efter tre år likvideres skattefrit, jf. ABL § 4, stk. 6. Denne omdannelse fordrer, at de udenlandske selskabsretlige regler ikke er til hinder for dette, fx gennem et forbud mod egen aktier, og hvor datterselskabets

aktier i moderselskabet tillige medregnes i moderselskabets opgørelse over egne aktier.

Tilladelse

Det er en betingelse for anvendelse af reglerne, at der er opnået tilladelse hertil fra skatteministeren. Tilladelse vil alene kunne opnås, hvis omstruktureringen er overvejende forretningsmæssigt begrundet. Generationsskifte, risikoafvejninger, synliggørelse af aktiviteter mv. er typiske forretningsmæssige begrundelser. Skatteministeren kan stille vilkår i forbindelse med tilladelsen, men vilkårene må i så fald ikke være mere vidtrækkende end til at sikre den skatteudnyttelse, som er målet med vilkåret, jf. i det hele det EU-retlige proportionalitetsprincip i fusionsskattedirektivets art. 11 og *Kurt Gimsing* og *Susanne Kjær* i Festskrift til Ole Bjørn, s. 255 ff. Hvis et vilkår overtrædes, indebærer dette, at en skattefri transaktion med tilbagevirkende kraft fra tilførselstidspunktet anses for skattepligtig, jf. *TfS 2001.34 LR*. Tilladelsen tilbagekaldes med andre ord. Et vilkår er således en forudsætning for tilladelsen til en skattefri virksomhedsoverdragelse, og hvis denne forudsætning brister, medfører dette, at virksomhedsoverdragelsen i stedet bliver skattepligtig. Skatteministerens afgørelse kan påklages til Landsskatteretten.

Hvilke selskaber omfattes af reglerne om tilførsel af aktiver?

En skattefri tilførsel af aktiver tillades kun, hvis såvel det indskydende som det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i fusionsskattedirektivets forstand. I Danmark omfattes aktie- og anpartsselskaber. I de øvrige EU-medlemsstater er det også aktie- og anpartsselskabstypen, der omfattes af reglerne. I Tyskland er det således det tyske anpartsselskab: GmbH eller det tyske aktieselskab: AG, der omfattes. I henhold til FUSL § 15 c, stk. 3, kan el-distributionsselskaber tillige overføre deres virksomhed enten til et aktie- eller anpartsselskab, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1 eller til et el-distributionsselskab, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2 e, og i henhold til FUSL § 15, stk. 4, kan en brugsforening omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 a også overføre sin virksomhed til enten et aktie- eller anpartsselskab eller til en brugsforening omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 a.

Grenkravet

Det er en betingelse, at den skattefrie virksomhedsoverdragelse medfører, at der overdrages en virksomhed eller en gren af en virksomhed i fusionsskattelovens forstand. 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.

EF-domstolen har i *C-43/00, Andersen og Jensen ApS* fastslået, at alle aktiver og passiver i en virksomhed skal medfølge ved en virksomhedsoverdragelse. Det er således ikke muligt ved en tilførsel af aktiver at tilpasse virksomhedens balance, fx at overdrage forpligtelser til det modtagende selskab, hvor forpligtelsen ikke vedrører denne virksomhedsdel. Dette kunne være en fordel, idet en større gældsforpligtelse i det modtagende selskab vil billiggøre selskabet ved et senere salg. Andersen og Jensen ApS-sagen vedrørte et sådant ønske om balancetilpasning. Ligningsrådet var i sagen blevet spurgt om tilladelse kunne gives, hvis det indskydende selskab optog en gæld på 10 mio. kr., og beholdte provenuet, men lod gældsforpligtelsen overdrage til det modtagende selskab. Ligningsrådet gav tilladelse til den skattefrie tilførsel af aktiver med vilkår om, at enten forblev provenu og gældsforpligtelse i det indskydende selskab, eller også overdrages det samlet til det modtagende selskab. Spørgsmålet blevet forelagt EF-domstolen gennem et præjudicielt spørgsmål, jf. art. 234 EF. EF-domstolen fandt, at alle aktiver og passiver skulle medoverdrages samlet, dvs. at de aktiver og passiver, der naturligt hører til virksomhedsgrenen *før* en overdragelse, skal medfølge, således at alle virksomhedens aktiver og passiver *efter* overdragelsen ligger i det modtagende selskab. Afgørelsen kritiseres af *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i TfS 2002.215 og i European Taxation 2002, s. 441, hvor forfatterne bl.a. gør gældende, at EF-domstolen har lagt et alt for restriktivt virksomhedsbegreb til grund. Se også *TfS 1999.297 LR og TfS 2000.547 LR,* hvor Ligningsrådet tillige har stillet vilkår om, at låneprovenu og gældsforpligtelse enten forblev samlet i det indskydende selskab, eller samlet blev overdraget til det modtagende selskab.

Administrativ praksis håndhæver princippet om samlet overdragelse af alle aktiver og passiver tilhørende virksomhedsgrenen særdeles håndfast. Ansøgning om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver kan med andre ord kun tillades med vilkår om, at aktiver og passiver, der er knyttet til virksomheden, overdrages til det modtagende selskab. Har det indskydende selskab i ansøgningen undladt et aktiv, vil tilladelsen blive givet med vilkår om, at det pågældende aktiv medoverdrages, jf. fx *TfS 1998.119 LR* (vilkår om, at virksomhedens tilknyttede driftsmidler og debitorer skulle følge med over i det modtagende selskab) og *TfS 1996.821 LR* (vilkår om, at varedebitorer skulle følge med over i

det modtagende selskab). I *TfS 2001.147 LR* statuerede Ligningsrådet, at selv medarbejdere skal følge med over i det modtagende selskab. *Datterselskabsaktier* skal også følge med den tilførte virksomhed, hvis datterselskabet varetager aktiviteter, der knytter sig til den udskilte aktivitet. Der kan dog ikke stilles krav om at udskille datterdatterselskabsaktier til den tilførte virksomhed, selv om datterdatterselskabernes aktivitet er knyttet til den udskilte virksomhedsaktivet, idet vurderingen udelukkende foretages i relation til det direkte ejede datterselskab af det indskydende selskab, jf. *TfS 2000.238 LR*. Det betyder, at aktier ikke kan følge med, hvis det direkte ejede datterselskab har en anden virksomhedsaktivitet, og det kun er det underliggende datter(datter)selskaber, der har tilknyttet virksomhedsaktivitet. Hvis særlovgivning hindrer, at de skatteretlige krav kan opfyldes, ses det, at kravene lempes, jf. hertil *TfS 2000.616 LR*, hvor Ligningsrådet tillod, at et forsikringsselskab på friere vilkår kunne dele aktiver mellem det indskydende og modtagende selskab.

Afgrænsningen af, hvornår der foreligger en gren af en virksomhed i fusionsskattelovens forstand, kan være vanskelig, men følgende retningslinjer kan normalt lægges til grund: Hvis det er *hele* det indskydende selskabs virksomhed, der skal overdrages til det modtagende selskab, er det nemt at afgrænse virksomheden, idet alle aktiver og passiver som udgangspunkt skal overdrages. Afgrænsningen er vanskeligere, hvis det er én ud af flere virksomheder, der skal udskilles. I dette tilfælde kan det tillægges vægt, om virksomhedsgrenen har udgjort en selvstændig organisatorisk enhed, fx i form af en filial. Hvis selskabet har flere former for virksomhed, kan disse også udskilles i særskilte selskaber ved en tilførsel af aktiver. Et selskab, der eksempelvis driver en elektrikerforretning og en detailforretning med salg af hårde hvidvare, kan udskille disse virksomhedsaktiviteter ud i hver sit selskab. I afvejningen kan indgå, om aktiviteterne er placeret forskelligt på værdikæden. Et udviklingsselskab, der udelukkende udvikler teknologiske løsninger til andre produktionsvirksomhed, og som senere selv påbegynder en egenproduktion er et eksempel på, at udviklingsdelen og egen produktafdelingen er placeret på hvert sit sted i værdikæden. Det kan ikke kræves, at den indskydende virksomhed før overdragelsen havde en selvstændig administration, bogholderi mv. Reglerne kan end ikke hindre, at det modtagende selskab efter tilførslen indgår en samarbejdsaftale på markedsvilkår om fælles administration mv. med det indskydende selskab, jf. forudsætningsvis *TfS 1999.785 LR*.

Traditionelt betragtes *fast ejendom*, som en selvstændig virksomhed. Det indskydende selskab kan af den grund selv afgøre, om den faste ejendom 1) skal blive i det indskydende selskab, 2) skal følge med over i det modtagende selskab eller 3) skal overdrages til et andet modtagende selskab, jf. forudsætningsvis *TfS 1999.785 LR* og *TfS 1997.661 LR*. Se også *Michael Serup*: Fusionsskatteloven med kommentarer (2003), s. 353.

Et *immaterialaktiv* kan efter en konkret vurdering udgøre en gren af en virksomhed, jf. *TfS 1995.286 LR*, hvor der blev overdraget rettigheder, varelager, likvider og tilgodehavende, men ikke driftsmidler og bygninger. Ligningsrådets afgørelse i *TfS 2002.468 LR* og *TfS 2003.452 LR* må tillige være retningsgivende for en tilførsel af aktiver, selv om afgørelserne vedrørte en virksomhedsomdannelse efter lov om skattefri virksomhedsomdannelse, jf. også *Hanne Søgaard Hansen* i Festskrift til Ole Bjørn, s. 277 f. Ligningsrådet fandt i *TfS 2002.468 LR*, at en forskergruppes udviklede og patenteret ide var en bestående virksomhed i virksomhedsomdannelseslovens forstand. Ligningsrådet tillagde det vægt, *at* der var tale om en forskningsvirksomhed, der er kendetegnet ved, at der er en væsentlig tidsforskel mellem det tidspunkt, hvor omkostningerne disponeres og det senere tidspunkt, hvor det egentlige indtægtsgivende salg opstår, og *at* virksomheden havde et udpræget professionelt tilsnit, hvilket dels understøttes af etableringsforløbet, dels af det forhold, at eksterne investorer havde vist betydelig interesse for virksomheden, at der på omdannelsestidspunktet må anses for at være en temmelig stor sandsynlighed for at forsøgene eller forskningen inden for en overskuelig periode ville føre til indtægter.

Der foreligger ikke en gren af en virksomhed, hvis det tilførte er en *ideel anpart* i et interessentskab, kommanditselskab mv., idet fusionsskattelovens virksomhedsbegreb er et »udeleligt« virksomhedsbegreb En skattefri tilførsel af aktiver tillades dog, hvis samtlige interessenter overdrager deres ideelle andele, idet hele virksomheden på denne måde tilføres det modtagende selskab, jf. hertil *TfS 1998.825 LR* og *TfS 1993.239 LR*. Det betinges, at der er en nær tidsmæssig sammenhæng mellem overdragelsen af de ideelle andele, jf. *TfS 2000.66 LR*, hvor Ligningsrådet fandt, at der ikke var tale om en gren af en virksomhed, når samtlige ideelle andele ikke ved selve tilførslen blev samlet i et selskab.

Det fusionsskatteretlige virksomhedsbegreb indeholder både et funktionelt kriterium gennemgået ovenfor og et finansielt kriterium, der nu vil blive gennemgået: Det finansielle kriterium indebærer, at den til-

førte virksomhed skulle kunne *fungere ved hjælp af egne midler,* jf. atter FUSL § 15 c, stk. 2. Den tilførte virksomhed skal således kunne fungere økonomisk uafhængigt af det indskydende selskab. Hvorvidt det modtagende selskab kan fungere økonomiske uafhængigt af det indskydende selskab, beror på en konkret vurdering, jf. *C-43/00, Andersen & Jensen ApS*. EF-domstolen fandt, at bedømmelsen af, om den tilførte virksomhed kan fungere selvstændigt, i første række skal vurderes ud fra et funktionelt synspunkt – de overførte aktiver skal kunne fungere som en selvstændig virksomhed, uden at der hertil er er behov for yderligere investeringer eller tilførsler – og kun i anden række ud fra et finansielt synspunkt. Den omstændighed, at et modtagende selskab benytter en kredit på normale markedsvilkår fra et pengeinstitut, kan ikke i sig selv udelukke, at den tilførte virksomhed er af selvstændig karakter, selv når der stilles sikkerhed for kreditten fra aktionærerne i det modtagende selskab, idet det benytter deres aktier i selskabet som sikkerhed for den indrømmede kredit. Bedømmelsen skal foretages af den nationale ret, og bedømmelsen skal ske ud fra de særlige omstændigheder, der foreligger i hvert enkelt tilfælde. I bedømmelsen af, om den tilførte virksomhed har tilstrækkelige midler til at fungere selvstændigt, indgår tillige en vurdering af om det om nødvendigt, kan betale dets udskudte skat af dets frie reserver, jf. *TfS 2001.121 TSS.* Det er på tilførselstidspunktet, at den udskilte virksomhed skal kunne fungere selvstændigt, men som det ses af *TfS 2000.274 TSS* kan efterfølgende omstændigheder sandsynliggøre, at virksomheden allerede på tilførselstidspunktet kunne fungere ved hjælp af egne midler.

Vederlagskravet

En tilførsel af aktiver indebærer som sagt, at et indskydende selskab overdrager en virksomhed (aktiver) til et modtagende selskab, og at det indskydende selskab *udelukkende* vederlægges med aktier i det modtagende selskab. Det er på den baggrund ikke muligt ved tilførsel af aktiver, at det indskydende selskab kontantvederlægges. Forbudet mod kontantvederlæggelse kan ikke omgås ved, at det indskydende selskab efterfølgende sælger aktier til det modtagende selskab (udstedende selskab), jf. *TfS 2000.568 LR,* eller ved at det modtagende selskab foretager en kapitalnedsættelse, jf. *TfS 2001.34 LR.*

Forbudet er også søgt omgået ved, at det modtagende selskab efterfølgende udlodder et udbytte, der langt overstiger det modtagende selskabs overskud, hvorved det kan lægges til grund, at udbyttet stammer fra de frie reserver (overkurs), som er opstået ved virksomhedsoverdragelsen,

jf. i denne retning *TfS 2001.747 TSS, TfS 2001.748 TSS, TfS 2002.532 TSS og 2003.513 LSK*. I sidstnævnte kendelse ville det modtagende selskab vedtage en udbytteudlodning i det første regnskabsår efter tilførslen, hvoraf 40% hidrørte fra overkursen ved tilførsel af aktiver. En udbytteudlodning i dette omfang blev anset for at være i strid med vederlagskravet. En selskabsretlig overkurs hører som udgangspunkt (fra den 1. juli 2004) til den frie reserve, og den kan derfor udloddes umiddelbart efter virksomhedsoverdragelsen – også ved et ekstraordinært udbytte, jf. hertil *Erik Werlauff* i TfS 2004.694. Det er kun det skatteretlige vilkår, der gør, at udbyttedisponeringen tre år efter virksomhedsoverdragelsesdatoen bør indrettes efter, at udbyttet ikke omfatter udlodning af overkursen.

Væsentlige vedtægtsændringer i forbindelse med en tilførsel af aktier kan efter en konkret vurdering anses for vederlæggelse i andet end aktier, ligesom væsentlige vedtægtsændringer betragtes som en aktieafståelse, jf. *TfS 1999.737 TS,* hvor Told- og Skattestyrelsen gav afslag på en ansøgning, idet en fortrinsret til udbytte blev anset for en delvis vederlæggelse med andet end aktier. Der kan tillige henvises til *TfS 1997.705 LR,* hvor Ligningsrådet fandt, at vederlæggelse med B-aktier ville bevirke en omgåelse af praksis vedrørende afståelsesbeskatning ved vedtægtsændringer, idet de påtænkte vedtægtsmæssige dispositioner i det nystiftede selskab ikke ville kunne gennemføres ved vedtægtsændringer i det indskydende selskab uden, at der forelå afståelsesbeskatning. Det ansøgte kunne derfor ikke imødekommes.

Tilførselsdatoen mv.

Efter FUSL § 15 d, stk. 2 og 3 finder reglerne i FUSL § 5, § 6, stk. 1, 3, 4 og 6 ligeledes anvendelse ved tilførsel af aktiver, hvad enten tilførslen sker fra et her hjemmehørende selskab eller et i udlandet hjemmehørende selskab.

Det betyder, at tilførselsdatoen fastlægges i overensstemmelse med princippet i FUSL § 5, hvori det fastslås, at skæringsdatoen skal være lig med den regnskabsmæssige åbningsdato for det modtagende selskab. At det er den regnskabsmæssige og ikke den skattemæssige åbningsdato, der skal lægges til grund, er fastslået af Ligningsrådet i TfS 1998.598 LR.

Der skal i ansøgningen for tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver redegøres for, hvordan det indskydende og modtagende selskab vil regulere for de indtægter og udgifter, der er opstået i perioden mellem det indskydende selskabs sidste regnskabsmæssige åbningsdato

og tilførselsdatoen. Den tilbagevirkende kraft afhænger alene af de selskabsretlige og regnskabsretlige regler.

Det modtagende selskab skal efter FUSL § 6 indsende de dokumenter, der er forskrevet i selskabslovgivningen til skattemyndighederne. Dokumenterne skal indsendes til myndighederne senest 1 måned efter den dag, hvor tilførslen er vedtaget i såvel det indskydende som i det modtagende selskab.

Det modtagende selskabs indtræden i det indskydende selskabs skattemæssige stilling

Ved en skattefri tilførsel af aktiver overdrager et selskab dets virksomhed til et andet selskab, uden at dette medfører afståelsesbeskatning. Forudsætningen for, at det indskydende selskab ikke beskattes, er, at det modtagende selskab indtræder i selskabets skattemæssige stilling. I så fald indtræder beskatningen først, når det modtagende selskab afhænder aktiverne.

En skattemæssig indtræden (succession) betinger således, at det modtagende selskab kan indtræde i det danske beskatningsgrundlag. Succession indebærer, at modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs anskaffelsessum, anskaffelsestid og anskaffelseshensigt, jf. henvisningen til FUSL § 8, stk. 1-4.

Det *indskydende* selskab mister ikke dets fremførbare underskud i henhold til LL § 15 i forbindelse med en skattefri tilførsel af aktiver, eftersom selskabet ikke ophører ved tilførslen. Opmærksomheden skal imidlertid henledes på, at tilførslen kan indebære en genbeskatning af underskud efter LL § 33 E. Ifølge LL § 33 E, stk. 10, jf. stk. 12 kan skatteministeren tillade, at genbeskatningsreglerne ikke finder anvendelse ved en skattefri tilførsel af aktiver fra et moderselskab, når aktierne i et udenlandsk sambeskattet datterselskab som led i tilførslen overføres til et modtagende selskab, som er hjemmehørende her i landet. Det er en betingelse, at det udenlandske selskab efter tilførslen sambeskattes med det modtagende selskab efter SEL § 31. I så fald videreføres genbeskatningssaldoen på det udenlandske sambeskattede selskab i det modtagende selskab. Tilsvarende gælder for et udenlandsk sambeskattet selskab, der udtræder af sambeskatning med moderselskabet som følge af, at aktier i et sambeskattet datterselskab som led i tilførslen overføres til det modtagende selskab. Skatteministeren kan endvidere tillade, at LL § 33 E, stk. 2, 1. pkt., ikke finder anvendelse, når et moderselskab tilfører aktiver efter reglerne i fusionsskatteloven, og et udenlandsk sambeskattet selskab i den forbindelse overdrager samtlige

selskabets aktiver til et udenlandsk selskab, der er sambeskattet med det modtagende selskab efter reglerne i SEL § 31. Det er en betingelse, at underskud i det overdragende selskab efter udenlandske regler overføres til det erhvervende selskab. I så fald videreføres genbeskatningssaldoen på det overdragende selskab i det erhvervende selskab, jf. LL § 33 E, stk. 11, jf. stk. 12.

Det *modtagende* selskab fortaber sit fremførbare underskud, hvis det havde et sådant på tilførselstidspunktet, jf. FUSL § 8, stk. 6. Det gælder dog ikke, hvis det er en tilførsel fra et moderselskab til dets sambeskattede datterselskab, eftersom underskud opstået under en sambeskatning kan bringes til fradrag, jf. hertil Ligningsvejledningen 2005-1, afsnit S.D.3.6.1.

Nationale tilførsel af aktiver kan altid foretages skattefrit, såfremt betingelserne for at anvende reglerne er opfyldt.

Indskrænkningerne vedrører de grænseoverskridende tilførsel af aktiver, dvs. hvor et dansk selskab overdrager dets virksomhed til et andet EU-selskab, eller hvor et EU-selskab overdrager dets virksomhed til et dansk selskab. Indskrænkningen består i, at ingen medlemsstat efter fusionsbeskatningsdirektivet 90/434 skal være indforstået med, at tilførslen indebærer, at den mister et beskatningsgrundlag. Medlemsstaten for det indskydende selskab har med andre ord ret til at fravige successionsprincippet og falde tilbage på hovedreglen om afståelsesbeskatning, hvis statens beskatningsgrundlag udhules ved tilførslen.

Ved tilførsel af aktiver fra et her hjemmehørende selskab finder successionsprincippet alene anvendelse på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af tilførslen er knyttet til et (1) her hjemmehørende modtagende selskab eller til et (2) i udlandet hjemmehørende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet, jf. FUSL § 15 d, stk. 2. I begge de tilfælde bevarer den danske stat beskatningsretten over aktiver og passiverne. Den vil ikke have bevaret beskatningsretten, hvis tilførslen var sket til et i udlandet hjemmehørende selskab, uden at der i den forbindelse efterlades et fast driftssted eller fast ejendom i Danmark, idet selskabet i så fald ikke er begrænset skattepligtig til Danmark, men alene er skattepligtig til den stat, hvor det er hjemmehørende. Danmark vil heller ikke have bevaret beskatningsretten, hvis den skattefrie tilførsel af aktiver omfattede et fast driftssted eller en fast ejendom i en anden EU-stat. Danmark kan i så fald betragte det faste driftssted eller den faste ejendom for afstået med beskatning til følge. Det indskydende selskab kan med hjemmel i LL § 33, stk. 3, fradrage den skat, som en fiktiv realisation vil medføre i filial- eller i

beliggenhedsstaten enten efter ordinær creditprincippet eller efter den lempelsesmetode, der er hjemlet i den konkrete DBO.

Ved tilførsel af aktiver fra et i udlandet hjemmehørende selskab gælder det samme som ovenfor, dvs. at successionsprincippet alene finder anvendelse på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af tilførslen er knyttet til et (1) her hjemmehørende modtagende selskab eller til et (2) i udlandet hjemmehørende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet, jf. FUSL § 15 d, stk. 3. Successionsreglerne i FUSL § 8, stk. 1-4 kan dog alene finde anvendelse for de aktiver og passiver, som *i forvejen er omfattet af dansk beskatningsret*, og som dermed har danske anskaffelsessummer og –tidspunkter, der kan indtrædes i. De af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der bliver tilknyttet det modtagende selskabs faste driftssted i udlandet, og som *ikke i forvejen er omfattet dansk beskatning*, anses ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst her i landet for anskaffet til de i SEL § 4 A, stk. 1 og 2, og SEL § 8 B angivne anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter, jf. FUSL § 15, stk. 3 in fine.

Anskaffelsestidspunktet og anskaffelsessummen på aktierne i det modtagende selskab

Det er som førnævnt en betingelse, at det indskydende selskab udelukkende vederlægges med aktier i det modtagende selskab. Disse aktier anses for erhvervet på tilførselstidspunktet. Det betyder bl.a., at det indskydende selskab først kan sælge aktierne skattefrit efter 3 år.

Aktierne anses for erhvervet for et beløb, der svarer til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver på tilførselsdatoen, jf. FUSL § 15 d, stk. 4. Den skattemæssige værdi af virksomhedens aktiver og passiver opgøres til det kontantbeløb, som ville være opnået ved sædvanligt salg af virksomheden (handelsværdien) med fradrag af skattepligtig fortjeneste, der ville være konstateret ved et sådant salg. Det vil sige, hvis en virksomhed har aktiver for 10 mio. kr. og gæld for 6 mio. kr., og en skattepligtig overdragelse ville medføre en skat på 2,5 mio. kr., så vil aktierne kunne opgøres til (10 mio. kr. minus (6 mio. kr. + 2,5 mio. kr.) 1,5 mio. kr. Opgørelsen kan indebære, at aktierne får en negativ anskaffelsessum, fx hvis gælden var 8 mio. kr., idet aktierne så vil have en anskaffelsessum på (10 mio. kr. minus (8 mio. kr. + 2,5 mio. kr.) -0,5 mio. kr. Det negative beløb tillægges ved (1) den senere *aktieavance*opgørelse og ved opgørelse over (2) *udbytte*udlodning i forbindelse med salg af aktier til det udstedende selskab,

jf. LL § 16 B, samt ved opgørelsen over en (3) *udbytte*udlodning ved kapitalnedsættelse efter LL § 16 A, jf. i det hele FUSL § 15 d, stk. 6.

At aktiernes anskaffelsessum opgøres til den skattemæssige værdi medføre, at den skattefrie overdragelse indebærer en indtræden (succession) i de skattepligtige værdier på såvel aktionærniveau (det indskydende selskab) som selskabsniveau (det modtagende selskab). Denne form for dobbeltsuccession medfører en øget skattepligt, og den virker derfor mindre rimelig i tilfældet ved tilførsel af aktiver. Med i betragtningen skal imidlertid medtages, at det indskydende selskab efter 3 år kan afhænde aktierne skattefrit efter ABL § 4, stk. 6, hvilket har som resultat, at opgørelsen af aktiernes anskaffelsessum efter dette tidspunkt er uden betydning.

Det ansøgende selskab skal ikke i forbindelse med ansøgningen om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver redegøre for aktiernes anskaffelsessum. Det indskydende skal indsende en opgørelse af aktiernes anskaffelsessum i forbindelse med dets indgivelse af selvangivelse for det indkomstår, hvori tilførslen er sket. Den skatteansættende myndighed foretager en ansættelse af anskaffelsessummen, jf. FUSL § 15 d, stk. 5.

6. Aktieombytning

En aktieombytning vil sige, at en aktionær overdrager sine aktier i et selskab til et erhvervende selskab mod at få aktier i det erhvervende selskab. Aktionæren ejer fra ombytningstidspunktet aktierne i det erhvervede selskab via det erhvervende selskab.

En aktieoverdragelse med vederlag i aktier i det erhvervende selskab griber ikke ind i det erhvervede selskabs substans forstået således, at det erhvervede selskab fortsætter dets aktiviteter uden hensyntagen til, at aktierne i selskabet har skiftet ejer. Det er af samme grund, at der i almindelighed sondres mellem aktie- og aktivoverdragelse.

Det erhvervede selskab anses således ikke for at have afstået dets aktiver mv., men fortsætter med det afskrivningsgrundlag mv., som det havde forinden aktieoverdragelsen. Der sker således en »automatisk succession«. Dette begreb er alene et hjælpebegreb, idet realiteten er, at det erhvervede selskab såvel før som efter aktieombytningen ejer alle aktiverne og passiverne, og der er således intet nyt retssubjekt, der har indtrådt i den skattemæssige stilling.

Det har som udgangspunkt heller ingen civilretlige konsekvenser for det erhvervede selskab, at aktierne i selskabet har skiftet ejer. Alle selskabets aftaleparter mv. har stadig selskabet som aftalepart, og alle rettigheder og forpligtelser mod selskabet er derfor stadigvæk de samme. Der skal således ikke indhentes kreditorsamtykke mv. som følge af aktieoverdragelse. Det skal dog understreges, at det konkret i kontrakten kan være aftalt en forfaldklausul, såfremt en i kontrakten nærmere definerede procentdel af aktierne skifter ejer.

Det har længe været et omdiskuteret spørgsmål, hvorvidt det erhvervende selskab kunne få fradrag for de revisor og advokatomkostninger, det havde afholdt i forbindelse med erhvervelsen af det erhvervede selskab, jf. LL § 8 J. Der er efter Højesteretsdommen i *TfS 2004.542 H, Johnson Holding ApS*, kommet en betydelig afklaring, idet Højesteret fandt, at køb af aktier ansås for en etablering af en virksomhed, uanset at det erhvervende selskab alene var et holdingselskab, hvis aktivitet kun var at eje aktier. Højesteret tillod på den baggrund, at advokat- og revisoromkostninger afholdt til stiftelse af et holdingselskab kunne fradrages efter LL § 8 J. Der er efter dommens afsigelse tillige givet fradrag for omkostninger afholdt i forbindelse med en kapitaludvidelse i det erhvervende selskab, hvor kapitalindskuddet målrettet skulle anvendes til erhvervelse af det erhvervede selskab, jf. *TfS 2004.770 LSR* og for omkostninger i forbindelse med afholdelse af due diligence omkostninger, jf. *TfS 2004.811 LSR*. Det er et krav for fradrag for revisor- og advokatudgifter efter LL § 8 J, at omkostningerne afholdes i forbindelse med dets udvidelse af sin egen virksomhed, jf. *TfS 2005.18 LSR*. Se også *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i UfR 2004 B., s. 298, hvor forfatterne redegør for TfS 2004.542 H, Johnson Holding ApS, betydning for civilrettens (her: selskabsrettens) styring af skatteretten. Dommen er tillige kommenteret af *Jakob Bundgaard* i TfS 2004.671.

6.1. Skattepligtig aktieombytning

Det skatteretlige udgangspunkt er, at en aktieoverdragelse er skattepligtig efter aktieavancebeskatningsloven. Det har principielt ingen betydning, at betaling sker i aktier i stedet for kontanter, jf. også bemærkningen i SL § 4 »… bestående i penge eller formuegoder af pengeværdi …«

Aktierne anses for afstået til værdien af de modtagne aktier, og beskatningen sker efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven. Det

erhvervende selskab, der betaler med aktier, anses tillige for at have afstået disse aktier, såfremt aktierne tages fra selskabets egen beholdning.

Sker betalingen i form af nyudstedte aktier, idet de erhvervede aktier indskydes som et apportindskud, sker der ingen beskatning i det erhvervende selskab, jf. hertil SEL § 13, stk. 1, nr. 1. At aktieemissionen opfylder de selskabsretlige formalia, er dog ikke ensbetydende med, at overkursen i alle henseender er skattefri efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Ligningsrådet har i *TfS 2004,126 LR* fundet, at når værdien af et apportindskud langt overstiger værditilvæksten på de modtagne aktier, kvalificeres beløbet ikke som en overkurs efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, men som et tilskud efter SL § 4, jf. også *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i TfS 2004.281. Afgørelsen er tillige kommenteret af *Martin K. Jensen* i TfS 2004.706, af *Tommy V. Christiansen* i JUS 2004/11, af *Ole Bjørn* i SR-Skat 2004, s. 123 f., og af *Niels Josephsen* i R&R 2004 sm. 202 ff.

6.2. Skattefri aktieombytning

Efter aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 2 defineres en aktieombytning således: »Ved ombytning af aktier … forstås den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskab med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.«

Det bemærkes, at det ikke er nogen betingelse efter SEL § 13, stk. 2, at aktionærerne, der indskyder deres aktier, modtager en majoritet i det erhvervende selskab. Det er kun det erhvervende selskab, der ved aktieombytningen skal opnå en majoritetsindflydelse i det erhvervede selskab.

Aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 2 er styret af det bagvedliggende fusionsbeskatningsdirektiv 90/434.

Herudover kan en aktieombytning foretages efter den rene danske regel i ABL § 13, stk. 3. Det er en betingelse for anvendelsen af denne regel, at det erhvervende selskab erhverver hele aktiekapitalen i det erhvervede selskab, eller hvis det i forvejen ejer aktier da resten af aktiekapitalen. Bestemmelsen har således et særskilt anvendelsesområde ved siden af ABL § 13, stk. 2, fx når det erhvervende selskab i forvejen besidder 51% af stemmerne i det erhvervede selskab, eller når

aktieombytningen ikke vedrører et aktie- eller anpartsselskab, men fx et SmbA, jf. *TfS 2003.97 TSS*.

Tilladelse

Det er en betingelse for at gennemføre en aktieombytning, at der forudgående er ansøgt om tilladelse til denne hos skatteministeren. Skatteministeren kan stille vilkår for tilladelsen. Ansøgeren kan påklage en vilkårsfastsættelse til Landsskatteretten. Sidstnævnte gælder ikke for helejerskabsombytning efter ABL § 13, stk. 3.

Der skal i ansøgningen dokumenteres, dels at aktieombytningen opfylder de objektive krav, fx majoritetskravet mv., og dels at aktieombytningen opfylder det subjektive krav, dvs. den er foretaget ud fra en overvejende forretningsmæssig begrundelse. De objektive krav er oftest ligetil at dokumentere opfyldelsen af. De subjektive krav er mere skønspræget, og er derfor vanskeligere at dokumentere over for skattemyndighederne. Det ligger dog efter EF-domstolens afgørelse i *C-28/95, Leur Blom,* klart, at skønnet i hvert enkelt tilfælde skal foretages ud fra en konkret vurdering. De vilkår, som Skatteministeren kan stille i forbindelse med tilladelsen, skal således være målrettet mod skatteudnyttelse, men må samtidig ikke gå videre end nødvendigt for at sikre dette mål. Der ses ikke at kunne opstilles som en betingelse, at omstruktureringen skal være begrundet i et aktuelt, konkret forhold, men må gerne være begrundet i en fremtidig hensigtsmæssig struktur.

Hvem omfattes af reglerne om skattefri aktieombytning

Det erhvervende og det erhvervede selskab skal være et selskab omfattet af begrebet selskab i fusionsskattedirektivets forstand, jf. art. 3 i direktiv 90/434. Det vil sige, at selskabstypen positivt skal være opregnet i bilaget til direktivet (i Danmark: aktie- og anpartsselskaber), det skal være hjemmehørende i en medlemsstat uden at være skattepligtig til en ikke-medlemsstat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst og det skal svare den form for skat, der er opregnet i art. 3, litra C (i Danmark: selskabsskat).

Det forhold, at en skattefri aktieombytning kan foretages grænseoverskridende, er et udslag af hele baggrunden for fusionsskattedirektivet, nemlig at lette omstrukturering på tværs af medlemsstaternes landegrænser. Der er civilretligt intet til hindre for at gennemføre en sådan aktieombytning, eftersom dette kun kræver en aktieoverdragelsesaftale, og det ikke kræver særlig selskabsretlig lovhjemmel, som en grænseoverskridende fusion eller spaltning gør. Der kan fx henvises til *TfS*

2001.673 LR, hvor Ligningsrådet tillod en grænseoverskridende aktieombytning med et udenlandsk selskab som det erhvervende selskab. Det skal betones, at en tilsvarende tilladelse eventuelt skal opnås i den medlemsstat, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende. Ansøgeren må derfor sørge for, at aktieombytningen opfylder begge medlemsstaters regler om skattefri aktieombytning. Opmærksomheden henledes i den forbindelse på, at fusionsbeskatningsdirektivet 90/434 er et minimumsdirektiv, og at det derfor kan forekomme, at EU-landene ikke har fuldkommen ens regler om skattefri aktieombytning.

Selskaber hjemmehørende andre steder end inden for EU kan tillige indgå i en skattefri aktieombytning efter dansk ret, såfremt det udenlandske selskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab.

Heleejerskabsaktieombytning efter ABL § 13, stk. 3 omfatter en bredere kreds af selskaber, idet kravet her er defineret ud fra aktietypen. Aktionærer, der således ejer aktier omfattet af ABL §§ 2-3 og ABL § 4 kan således foretage en skattefri aktieombytning efter ABL § 13, stk. 3. Det er alle aktier omfattet af disse regler, der kan gøres til genstand for aktieombytning, dvs. ombyttes med andre aktier uden beskatning til følge.

Majoritetskravet

Det er et ufravigeligt krav, at det erhvervende selskab ved aktieombytningen erhverver stemmemajoriteten i det erhvervede selskab. Der er tale om, at det erhvervende selskab (nu: moderselskabet) såvel formelt som reelt opnår stemmemajoriteten. Det betyder bl.a., at stemmemajoriteten ikke kan opnås via stemmefuldmagt, jf. *TfS 1998.678 LR.*

Det er ved aktieombytningen, at stemmemajoriteten skal opnås, dvs. at der er intet til hindre for at foretage en aktieombytning, hvor en aktionær overdrager 30% af aktierne i et selskab, hvis det erhvervende selskab i forvejen ejer mindst 21% af aktierne. Ved afgørelsen af, om stemmemajoriteten opnås, medregnes det erhvervede selskabs egne aktier ikke, jf. også ASL § 67, stk. 3 og *TfS 2001.690 TSS.* ABL § 13, stk. 1 og 2 kan således ikke finde anvendelse, såfremt det erhvervende selskab i forvejen ejer 51% af aktiekapitalen. Det bør i stedet overvejes at anvende den alternative regel i ABL 13, stk. 3, hvis det erhvervende selskab kan erhverve de resterende aktier, således at slutresultatet bliver et 100%-ejerskab.

Det er selvsagt klart, at en transaktion ikke omfattes af ABL § 13, stk. 1 og 2, hvis en ren dansk skatteretlig bedømmelse uden inddragelse af fusionsbeskatningsdirektivets art. 11 medfører, at den for en aktie-

ombytning fornødne majoritet ikke opnås af det modtagende selskabet, jf. *TfS 2003.355 Ø,* hvor landsretten fandt det bevist – på trods af vidneforklaringerne – at der på tidspunktet for aktieoverdragelsen (her: én aktie) forelå en fælles forståelse eller hensigt om, at aktien kort tid efter aktieombytningen skulle tilbageføres, og at skatteyderen derfor hverken reelt eller i skattemæssig henseende havde besiddet den majoritetsgivende aktie. Landsretten fandt herefter ikke majoritetsbetingelsen for skattefri aktieombytning for opfyldt. Se også *TfS 1999.492 LSR* og *TfS 1999.787 LR*.

Motivet bag aktieoverdragelserne var at skabe en midlertidig majoritet hos (typisk) to aktionærer (A og B), således at de kunne anvende aktieombytningsreglerne til stiftelse af personlige holdingselskaber. Konstruktionen var, at en aktionær A overdragede en aktie til aktionær B, hvorefter aktionær B foretog en aktieombytning. Aktionær B sørgede herefter for, at aktien blev tilbagesolgt, således at aktionær A fik en majoritetspost, således at denne også kunne foretage en aktieombytning. Efter sidste aktieombytning skete der atter overdragelse, således at aktionærerne via deres personlige holdingselskaber atter blev ligestillet. Det var disse konstruktioner, der blev tilsidesat ud fra en proformabetragtning.

Det ønskede mål – stiftelse af to eller flere personlige holdingselskaber – er med ophævelsen af pro-rata-kravet ved lov nr. 313 af 21.05.2002 blevet væsentligt nemmere. Det er således muligt i dag at gennemføre en aktieombytning efterfulgt af en ophørsspaltning, hvorved eksempelvis to 50%'s aktionærer får hver sit holdingselskab, jf. fx *TfS 2003.146 TSS*, *TfS 2003.297 TSS og TfS 2004.294 TSS*. Ved lov nr. 458 af 09.06.2004 (L 126) er denne praksis nu blevet lovfæstet, idet det direkte anføres i SEL § 13, stk. 2, 2. pkt., at: »Betingelserne i 1. pkt. om, at det erhvervende selskab skal opnå flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab, anses for opfyldt, selv om det erhvervende selskab umiddelbart efter aktieombytningen spaltes efter reglerne i fusionsskattelovens § 15 a.« FSR forespurgte i forbindelse med lovforslagets behandling, om en tilsvarende bestemmelse ikke skulle indsættes i SEL § 13, stk. 3, men Skatteministeren svarede benægtende hertil, idet han fandt, at dette ikke var en lovfæstelse af praksis, men en egentlig materiel ændring, jf. L 126 – bilag 19. Skatteministerens opfattelse forekommer at være af tvivlsom rigtighed.

Tilladelse til skattefri aktieombytning kan ikke opnås, hvor der formelt er opnået stemmeflertal, men hvor denne majoritet mistes ved bestemmelser i en vedtaget aktionæroverenskomst eller lignende, jf. *TfS 2001.590 LR*. I sagen havde to majoritetsaktionærer indgået en aktio-

næroverenskomst, hvorefter disse kun kunne udnævne to af bestyrelsens fem medlemmer. Det var forudsat i aktionæroverenskomsten, at denne ret ved aktieombytningen blev overtaget af holdingselskabet. Samtidig var det givet vetoret til fire af bestyrelsens medlemmer ved vedtagelse af alle væsentlige beslutninger, herunder til de tre medlemmer af bestyrelsen, som skulle vælges af mindretalsaktionærerne. Ligningsrådet lagde vægt på, at holdingselskabet som følge af vetoretten ikke ved aktieombytningen reelt opnåede flertallet af stemmerne i driftsselskabet, hvilket er et ubetinget krav i henhold til ABL § 13, stk. 1 og 2, og tilladelse til aktieombytning kunne således ikke gives. I *TfS 2001.607 LR* nåede Ligningsrådet til det resultat, at en aktieombytning kunne tillades, selv om majoritetskravet i flere væsentlige henseender var udhulet via en aktionæroverenskomst. Ligningsrådet lagde vægt på, at det erhvervende selskab stadig havde et reelt simpelt flertalsbestemmelsesret i selskabet, og at denne ret, der kunne udøves på generalforsamlingen, ikke var udhulet.

Aktieombytningens skattemæssige konsekvenser for aktionærerne, der indskyder deres aktier

Det erhvervede selskab og det erhvervende selskab påvirkes ikke skattemæssigt af, at dets aktionærer har overdraget majoriteten i det erhvervede selskab til det erhvervende selskab. Det er jo som førnævnt aktieoverdragelsen, der er skatterelevant. Det erhvervende selskab anses for at erhvervet aktierne på ombytningstidspunktet og til handelsværdien på dette tidspunkt. Det betyder reelt, at hvis aktierne i det erhvervede selskab kort tid efter aktieombytningen blev solgt, vil der ikke være en avance at beskatte, idet afståelsessummen vil være lig anskaffelsessummen. Det 3-årigede anmeldelsesvilkår er bl.a. begrundet ud fra denne omstændighed, idet vilkåret skal sikre, at ombytningen ikke hovedsageligt er begrundet i denne skatteudnyttelsesmulighed.

Aktionæren, der overdrager sine aktier via en aktieombytning, bliver ikke beskattet, såfremt vedkommende vederlægges med aktier i det erhvervende selskab. Beskatning indtræder alene, hvis vederlæggelsen består i en kombination af aktier i og kontanter fra det erhvervende selskab. Det er alene et krav, at én aktionær i det erhvervede selskab modtager én aktie i det erhvervende selskab. Hvis denne betingelse opfyldes, kan parterne frit aftale, hvor stor en del der skal være aktier (skattefrihed), og hvor stor en del der skal være kontantvederlæggelse (skattepligtigt efter aktieavancebeskatningsloven).

Modtager den indskydende aktionær aktier i det erhvervende selskab, medfører dette ingen skattepligtigt. Aktierne i det erhvervende selskab anses for erhvervet på samme tidspunkt, i samme hensigt og til samme anskaffelsessum som aktierne i det erhvervende selskab. Der sker således fuld skattemæssig succession, jf. FUSL § 11.

Aktierne i det erhvervede selskab anses derimod for afhændet af aktionærerne til tredjemand i det omfang, de vederlægges med andet end aktier i det modtagende selskab. Afhændelsen anses for sket til kursen på ombytningstidspunktet, jf. FUSL § 9. Avanceopgørelsen sker efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.

Aktieombytning versus sambeskatnings- og genbeskatningsreglerne

En aktieoverdragelse, hvorefter det erhvervede selskab udtræder af en sambeskatning, kan medføre, at tidligere underskud kommer til genbeskatning, jf. LL § 33 E, stk. 1. Genbeskatningsreglerne skal således altid iagttages inden en påtænkt aktieombytning gennemføres.

Hvis det er det ultimative sambeskatningsmoderselskab (M1), hvis aktier ombyttes med aktier i et nyt moderselskab (M2), medfører dette ingen skattemæssige konsekvenser i relation til genbeskatningsreglerne. Hvis det nye moderselskab indtræder i sambeskatningen, er dette for fremtiden genbeskatningssubjektet for de underskud i udenlandske sambeskatningsselskaber, der er opstået efter indtræden i sambeskatningen. Underskud fra før den tid relateres stadig til det gamle sambeskatningsmoderselskab (M1). Denne betragtning lægges også til grund i CIR nr. 82 af 29.05.1997, pkt. 6.5.1:

> »Skattesubjekt efter ligningslovens § 33 E er det danske koncernmoderselskab. Det vil sige, at det er dette selskab, der pålignes genbeskatningsbeløbet. Det er uden betydning, om det udbytte eller den aktieavance, der udløser en efterfølgende genbeskatning umiddelbart tilfalder det danske koncernmoderselskab eller om udbyttet eller aktieavancen tilfalder et koncernforbundet selskab.
>
> Såfremt et dansk koncernmoderselskab således bortsælger et dansk datterselskab, der har danske og udenlandske datterdatterselskaber, anses sambeskatningen for ophørt efter ligningslovens § 33 E, stk. 1, og der udløses genbeskatning. Koncernmoderselskabet er skattesubjekt efter ligningslovens § 33 E, hvorfor der udløses genbeskatning, når forbindelsen til dette brydes.
>
> Såfremt en eksisterende sambeskatning derimod udvides med et nyt koncernmoderselskab skal der ikke ske genbeskatning. Dette er tilfældet, hvor et koncernmoderselskab (K) ejer 50% af aktierne i et andet dansk selskab (MI). MI har et helejet udenlandsk datterselskab (U). MI og U er sambeskattede, og der er under sambeskatningen fratrukket et nettounderskud hidrørende fra U.

K erhverver herefter de resterende 50% af aktierne i MI, og der etableres en sambeskatning omfattende K, MI og U.

I dette tilfælde vil der fortsat bestå en sambeskatning mellem MI og U, hvor MI og U kan udnytte hinandens underskud fra tiden inden udvidelsen. Det selskab, der er skattesubjekt i relation til genbeskatning af underskuddene under den gamle sambeskatning mellem MI og U (nemlig MI) indgår fortsat i den udvidede sambeskatning.

Efter udvidelsen er K skattesubjekt i relation til genbeskatning af underskud udnyttet i sambeskatningen efter udvidelsen. Såfremt U herefter opnår overskud vil underskud udnyttet under den gamle sambeskatning fortrinsvis komme til genbeskatning.

Hvis der i forbindelse med genbeskatningen efter ligningslovens § 33 E skal medregnes et beløb ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst, så anses dette beløb for at være dansk indkomst ved skatteberegningen.«

Det er således nødvendigt efter en udvidelse af sambeskatningen at sondre mellem den nye sambeskatningsenhed og den gamle sambeskatningsenhed. Sondringen får bl.a. betydning, såfremt et datterdatterselskab overdrages af det gamle genbeskatningsmoderselskab til det nye genbeskatningsmoderselskab, idet datterdatterselskabet i så fald er udtrådt af sambeskatningen med det gamle genbeskatningsmoderselskab. Udtræden af sambeskatningen medfører, at alt det underskud, der er akkumuleret under den gamle sambeskatning, genbeskattes hos det gamle genbeskatningsmoderselskab, jf. i det hele *TfS 2002.1040 LSR*.

Det kan betvivles, hvorvidt der er tilstrækkelig hjemmel til denne form for genbeskatning, når det tages i betragtning, at et sådant datterdatterselskab ikke er udtrådt af sambeskatningen efter SEL § 31, og at genbeskatningsreglen i LL § 33 E, stk. 1 viser tilbage til udtræden af »sambeskatningen efter selskabsskattelovens § 31.« Landsskatteretten har således anvendt en udvidende fortolkning af LL § 33 E, der hverken har støtte i lovens ordlyd eller dens forarbejder, hvilket ikke er samstemmende med det skærpede legalitetskrav inden for skatteretten, jf. GRL § 43.

At en sådanne omstrukturering ikke indebærer en udtræden af sambeskatningen efter SEL § 31, fremgår klart af *TfS 2004.670 LR*. Ligningsrådet udtalte i denne sag, at omplacering af selskaber inden for en allerede eksisterende sambeskatning ikke medfører, at de omplacerede selskaber udtræder af en sambeskatning, og at det derfor ikke er nødvendigt at søge om fornyet genbeskatning. Et datterselskabs salg af alle aktier i to datterdatterselskab til det ultimative danske nystiftede sambeskatningsmoderselskab medførte således ikke en udtræden af

sambeskatning. Ligningsrådet bemærkede i sagen, at der ikke var taget stilling til, hvorvidt der var sket en udtræden efter genbeskatningsreglerne i LL § 33 E, jf. atter *TfS 2002.1040 LSR*. Ligningsrådet er således fuldt ud bekendt med, at »udtræden af sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31« har to forskellige betydning alt efter om bedømmelsen sker efter LL § 33 E eller SEL § 31. Dette er dog som førnævnt kun medvirkende til at understrege, at Landsskatteretten i *TfS 2002.1040 LSR* har fortolket LL § 33 E, stk. 1, udover lovens klare ordlyd.

Efterfølgende dispositioner

Ansøgningen til skattefri aktieombytning skal som før omtalt indeholde alle relevante informationer. Denne skal således indeholde oplysninger om samtlige påtænkte dispositioner, der kan gribe ind i vurderingen af, om der kan gives tilladelse. Det kan fx være overvejelser om indgåelse af en aktionæroverenskomst efter gennemførelsen af aktieombytningen, hvorved det erhvervende selskabs majoritet i det erhvervede selskab udhules. Det kan også være en påtænkt efterfølgende kapitalforhøjelse, hvorved den ved aktieombytningen lige opnåede majoritetsstemmeflertal atter forsvinder, jf. *TfS 2003.315 TSS*. Efterfølgende dispositioner af denne karakter er nemmere at håndtere, idet disse kan indarbejdes i ansøgningen, og man kan få konkret stillingtagen til, hvorvidt dispositionen kan gennemføres, uden at skattefriheden bortfalder.

Det er mere usikkert, hvordan der skal reageres i den situation, hvor den efterfølgende disposition er forårsaget af forhold, som ikke kunne forudses ved aktieombytningen. Det er her et spørgsmål om, hvorvidt dispositionen skal anmeldes eller ikke. En manglende anmeldelse og desuagtet foretagelse af dispositionen kan medføre, at den oprindelige tilladelse bortfalder med den konsekvens, at aktieombytning bliver skattepligtig. I vejledning af 28. oktober 2003 anføres, at følgende påtænkte ændringer skal anmeldes (listen er ikke udtømmende):

- ❒ Indgåelse af aftaler om afståelse af aktier i datterselskabet, herunder købe- og salgsretter,
- ❒ Ændringer i ejer- eller kapitalforholdene i datterselskabet, herunder udstedelse af medarbejderaktier,
- ❒ Ændringer i aktieklasser (opdeling eller sammenlægninger) i datterselskabet eller i aktieklassernes rettigheder,
- ❒ Andre former for ændringer i koncernstrukturen i henhold til fusionsbeskatningsdirektivet (fusioner, spaltninger og tilførsel af aktiver)

- ❒ Tilbagesalg af de ved ombytningen erhvervede aktier i holdingselskabet,
- ❒ Indgåelse eller ophævelse af aktionæroverenskomster af betydning for stemmefordelingen i datterselskabet,
- ❒ Ekstraordinære udbytteudlodninger og ordinære udbytteudlodninger, der overstiger årets resultat, i såvel holdingselskabet som datterselskabet,
- ❒ Frasalg af enkelte eller alle aktiviteterne i datterselskabet.

Det bemærkes, at langt de fleste af ovenstående forhold relateres til den situation, hvor majoritetskravet efterfølgende kan blive udhulet. Hvorvidt en efterfølgende disposition tillades indgår der overvejelser om, hvorvidt betingelserne for aktieombytningen stadig er tilstede efter dispositionens gennemførelse, om dispositionen indebærer en skatteudnyttelse, og/eller om dispositionen er forretningsmæssigt begrundet ud fra forhold, der ikke var erkendt på ombytningstidspunktet, og som ligger uden for disponentens indflydelse.

Et salg af aktier i datterselskabet kort tid efter aktieombytningen vil normalt indikere, at der foreligger skatteudnyttelse, og anmodningen om det efterfølgende salg vil derfor oftest resulterer i, at myndighederne ikke vil imødekomme anmodningen, jf. *TfS 2002.977 TSS,* hvor afståelsen påtænkes gennemført et år efter ombytningen. Gode forretningsbegrundelser kan dog medføre, at anmodningen imødekommes, jf. *TfS 2003.790 DEP,* hvor det blev påvist, at en optionsaftale eller alternativt en kapitaludvidelse havde en vægtig forretningsmæssigbegrundelse, hvilket i dette tilfælde var en strategisk alliance med et andet selskab, der betingede sig 51% ejerskab i driftsselskabet. Der kan tillige henvises til *TfS 2002.471 TSS*, hvor Told-og Skattestyrelsen lagde vægt på, *at* en tilbagekøbsaftale på driftsselskabsaktierne var forretningsmæssigt begrundet, *at* aftalen ikke var indgået ud fra et ønske om at overdrage aktierne, samt *at* aftalen ikke medførte nogen skattemæssige fordele. Anmodningen om efterfølgende dispositioner er kun aktuelt 3 år efter aktieombytningen, og desto nærmere man kommer udløbet af anmeldelsesfristen, jo nemmere er det at opnå dispensation, jf. *TfS 2002.469 LR*. Ligningsrådet gav dispensation fra et ejertidsvilkår, således at et holdingselskab kunne sælge aktier tilbage til driftsselskabet og ligeledes sælge aktier i driftsselskabet direkte til ledende medarbejdere. Formålet med dispositionerne var at holde på ledende medarbejdere og knytte dem tættere til virksomheden. Ligningsrådet fandt ikke, at den ønskede disposition havde skatteunddragelse som et af hovedformålene, da der

var forløbet 2½ år siden aktieombytningen, og da salget af aktierne i driftsselskabet var forretningsmæssigt begrundet, og udløste en lige så stor avance, som et salg af driftsselskabsaktierne forud for ombytningen ville have udløst.

7. SE-selskabers hjemstedsflytning

Et SE-selskab kan fra og med 8. oktober 2004 flytte dets vedtægtsmæssige hjemsted til en anden EU-medlemsstat, uden at det opløses, eller at der stiftes en ny juridisk person, jf. SE-forordningens art. 8, stk. 1 og hertil vejledning om anmeldelse af Europæiske selskaber (SE-Selskaber) til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, s. 29 ff.

Det har hidtil kun været muligt for selskaber at foretage en sekundær etablering, dvs. et moderselskab kunne efter art. 43 EF vælge at etablere sig i en anden medlemsstat fx via et datterselskab eller en filial. Det har ikke før SE-forordningens vedtagelse været muligt, at »moderselskabet selv rykkede sig op med rod og etablerede sig i en anden stat, uden at dette blev betragtet som en opløsning af selskabet.« Dette er særligt begrundet i, at en juridisk person (til forskel fra en fysisk person) vedblivende eksistens afhænger af intern selskabslovgivning i den stat, hvor selskabet er stiftet.

Den primære etablering var således ikke mulig efter art. 43 EF. Spørgsmålet har været prøvet for EF-Domstolen i sag *C-81/87, Daily Mail.* EF-Domstolen bemærkede følgende i præmis 23:

»Det må derfor fastslås, at ifølge Traktaten anses forskellene i de nationale lovgivninger om den tilknytning, der kræves for deres selskaber, samt muligheden for og i givet fald de nærmere bestemmelser for en overførsel af et indenlandsk selskabs vedtægtsmæssige eller reelle hjemsted fra en medlemsstat til en anden, for *problemer, som ikke er løst ved reglerne om etableringsretten*, men som skal løses ved lovgivningsarbejde eller indgåelse af aftaler, som endnu ikke har ført til noget resultat.« [vores fremhævelse]

SE-forordningen er udtryk for et lovgivningsarbejde, som har resulteret i, at SE-selskaber kan foretage primære hjemstedsflytninger. Aktieselskaber kan endnu ikke foretage hjemstedsflytninger, men det forventes, at 14. selskabsdirektiv om hjemstedsflytning snarligt vedtages, eftersom skabelonen for direktivet kan hentes fra SE-forordningen 2157/2001, og det tilknyttede medarbejderdirektiv 2001/86/EF. Om SE-Selskabet, se *Erik Werlauff*: SE-Selskabet – det europæiske aktieselskab

(2002) og Temanummeret i European Company Law October 2004, Issue 3.

Det er således muligt for SE-selskaber at afregistrere sig i en medlemsstat for derefter at foretage en primærflytning til en anden medlemsstat og nyregistrere sig dér, uden at selskabet selskabsretligt likvideres.

SE-selskabet skal selskabsretligt følge den fraflytningsprocedure, der er foreskrevet i SE-forordningens art. 8.

Fraflytning kan aktualiseres frivilligt, hvis SE-selskabets ledelse bevist vælger at flytte dets vedtægtsmæssige hjemsted, eller det kan aktualiseres tvangsmæssigt, hvis SE-selskabets faktisk hjemsted er i en anden medlemsstat, end hvor det er registreret.

Det er i så fald foreskrevet i SE-forordningens art. 64, stk. 3, at medlemsstaten træffer passende foranstaltning, der sikrer, at SE-Selskabet opfylder kravet i forordningens art. 7, dvs. kravet om, at dets vedtægtsmæssige hjemsted og dets faktisk hjemsted er sammenfaldende.

De passende foranstaltninger består udtømmende i, at SE-selskabet (a) enten flytter sit hovedkontor tilbage til den medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, eller at selskabet (b) flytter sit vedtægtsmæssige hjemsted efter proceduren i forordningens art. 8, jf. art. 64, stk. 1 og *Erik Werlauff*: SE-Selskabet – det europæiske aktieselskab (2002), s. 110. Hvis ét af de to løsningsmuligheder ikke vælges, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen – for dansk rets vedkommende – indlede en likvidationsprocedure efter ASL § 117.

Det selskabsretlige hovedsædekriterium er efter afsigelsen af *C-212/97, Centros*, *C-208/00, Überseering* og *C-167/01, Inspire Art* tilsidesat, og formentligt erstattet af et registreringskriterium (eller eventuelt af die Überlagerungsteorie), jf. *Nikolaj Vinther* og *Erik Werlauff* i S.U. 2003.386. Hovedsædekriteriet bortfaldt, idet det var i strid med etableringsretten, jf. art. 43 EF og 48 EF. *Erik Werlauff* har i UfR 2004 B, s. 242 og i European Company Law 2004, 121 påvist, at forordningens art. 7's krav om sammenfaldende vedtægtsmæssigt hjemsted og faktisk hjemsted ikke kan opretholdes, idet SE-forordningen på dette punkt er i strid med traktaten, der bestemmer, at hovedsædekriteriet er bortfaldet. En bestemmelse i en afledt sekundær retsakt (SE-forordningen) er ugyldig, hvis den ikke har hjemmel i den primære retsakt (traktaten), jf. det EU-retlige legalitetsprincip.

Det er indtil videre ikke *skatteretligt* muligt at afregistrere et selskab i en medlemsstat og nyregistrere det i anden medlemsstat, uden at der indtræder likvidationsbeskatning. Årsagen er, at der ikke skatteretligt er hjemmel til dette.

Et ændringsdirektiv (KOM 2003(613)) til fusionsskattedirektivet 90/434/EF, der forventes snarligt vedtaget, indeholder hjemmel til, at SE- (og SCE-) selskaber kan foretage flytning af dets vedtægtsmæssige hjemsted uden likvidationsbeskatning til følge, jf. ændringsdirektivets art. 10 a–10 c, omtalt af *Michael Serup* i TfS 2004.867.

Det følger af ændringsdirektivet, at hjemstedsflytning ikke må indebære skattepligt for SE-Selskabet, såfremt selskabets aktiver efter flytningen af et vedtægtsmæssigt hjemsted rent faktisk vedblivende knyttes til et fast driftssted, som tilhører SE-Selskabet og er beliggende i den medlemsstat, hvor det pågældende SE-selskab tidligere var hjemmehørende. Det faste driftssted i fraflytterstaten succederer i de aktiver og passiver, som kan henføres til det fast driftssted.

De aktiver og passiver, der som følge af hjemstedsflytningen ikke længere er under fraflytterstatens beskatningsret, kan afståelsesbeskattes. Af samme grund kan fraflytterstaten beskatte de aktiver og passiver, der ejes af et fast driftssted i en tredjestat. Årsagen er, at det efterladte faste driftssted i fraflytterstaten, ikke har beskatningsret over det faste driftssted i tredjestaten grundet territorialprincippet. Fraflytningen medfører med andre ord, at fraflytterstaten (fx Danmark) via et her i landet hjemmehørende SE-selskab havde beskatningsretten til det faste driftssted i tredjestaten gennem globalindkomstprincippet, men da SE-Selskabet flytter skattemæssigt hjemsted til en anden medlemsstat og efterlader et fast driftssted her i landet, som ikke har beskatningsretten over det faste driftssted i tredjestaten grundet territorialprincippet, er det muligt efter fusionsskattedirektivs art. 10 at beskatte det faste driftssted i tredjestaten. Tredjestaten kan ikke beskatte det faste driftssted beliggende i denne stat, idet staten ikke mister sin beskatningsret. For at undgå dobbeltbeskatning, skal fraflytterstaten give lempelse for den skat, som en fiktiv afståelse af aktiver og passiver i tredjestaten vil have medført, hvis disse faktisk var afstået, jf. princippet i LL § 33, stk. 3.

Det er klart, at tilflytterstaten må fastsætte indgangsværdier for de aktiver og passiver, som nu for første gang hører under tilflytterstatens beskatningsret, jf. dansk rets vedkommende SEL § 4 A.

Forslag til ændringsdirektiv art. 10 c sikrer tillige, at aktionærerne ikke i forbindelse med fraflytningen skal anses for at have afstået deres aktier.

Kapitel 6

Vækst gennem overtagelse og fusion: »Merger & acquisition«

1. Overtagelsesmetoder (*merger & acquisition*)

1.1. Begreber og metoder

Fusion – forstået som »overtagelse«, jf. straks nedenfor – har været kendt i mange år. Allerede i 1800-tallets danske erhvervsliv fandt der talrige fusioner sted, blandt andet under initiativ af C.F. Tietgen. Mange selskabsnavne med »De forenede ...«, »De danske ...« etc. vidner om resultatet af disse overtagelser. Tilsvarende betegnelser findes i mange andre lande: »United ...«, »Amalgamated ...« etc.

De grundlæggende fusionsmotiver er at opnå 1) diversifikation, dvs. aktivitets- og dermed risikospredning til nye områder, 2) synergieffekt, dvs. opnåelse af en samlet effekt, der overstiger summen af de sammenlagte aktiviteter eller processer, 3) ekspansion, idet denne kan ske enten som organisk vækst gennem egen indtjening og/eller som tilkøb, dvs. gennem fusion og overtagelse (enten gennem vertikal eller horisontal overtagelse eller gennem etablering af et konglomerat), og 4) styrkelse af markedsposition.

Begreberne 1) fusion, 2) spaltning, 3) virksomhedsoverdragelse og 4) majoritetsovertagelse udgør forskellige dele af samme helhed (de er da også alle nævnt i fusionsbeskatningsdirektivet, 90/434). Disse fire metoder udgør forskellige svar på samme grundlæggende spørgsmål: Hvordan kan selskab A overtage selskab B? (1) A kan overtage B gennem fusion. (2) A kan – sammen med ét eller flere andre selskaber –

overtage B gennem spaltning af B. (3) A kan overtage én eller flere af B ejede virksomheder. (4) A kan overtage kontrollen over B ved at købe en aktie- eller anpartsmajoritet i B. Selv om det unægtelig er forskellige regelsæt, vi bruger, er de for mange konkrete erhvervsmæssige overvejelser principielt ligeværdige alternativer.

Ved fusion får det ophørende selskabs aktionærer/anpartshavere vederlaget. Det er jo dem, der afleverer et helt selskab (til det fortsættende selskab). Typisk får de deres vederlag i form af aktier/anparter udstedt af det fortsættende selskab.

Også ved spaltning er det selskabets (det spaltede selskabs) aktionærer/anpartshavere, der får vederlaget, ligesom ved fusion. Nu får de blot ikke vederlaget fra ét selskab, men fra to eller flere selskaber.

Ved virksomhedsoverdragelse er det derimod det selskab, som sælger virksomheden, der får vederlaget (købesummen) fra køberselskabet. Vederlaget kan være kontanter, gældsbreve, pantebreve mv., men det kan også (eller udelukkende) være aktier udstedt af køberselskabet. Hvis virksomhedsoverdragelsen skal være skattefri (eller bedre udtrykt: skatteneutral), skal vederlaget være sådanne aktier/anparter. Der skal altid skelnes mellem selskabet og virksomheden. Selskabet er skallen, virksomheden er kernen eller substansen.

Ved majoritetsoverdragelse er det selskabets (målselskabets) aktionærer/anpartshavere, der får vederlaget. De sælger jo aktier/anparter, og der sker intet indgreb i målselskabets juridiske personlighed (men det kan da godt være, at køberselskabet ender med at ville overtage målselskabet helt gennem fusion). Deres vederlag kan være kontanter eller andet, herunder aktier/anparter udstedt af køberselskabet. Hvis majoritetsoverdragelsen skal være skatteneutral, skal vederlaget være sådanne aktier/anparter.

Det er ikke tilfældigt, at man i engelsksproget terminologi taler om »mergers and acquisitions« (fusioner og overtagelser) som principielt ligeværdige begreber, der ofte aktualiserer de samme juridisk/økonomiske problemer. Denne omstændighed må dog begribeligvis ikke forlede rådgiveren til at sammenblande de forskellige regelsæt. Først må man gøre sig de forskellige retlige muligheder klart, dernæst må man træffe sit metodevalg, og endelig må man anvende de for den valgte metode gældende regler og principper.

Vælger man en egentlig fusion (i udtrykkets egentlige juridiske forstand), bruges de to selskabsloves fusionsregler. Det samme gælder spaltning. Vælges virksomhedsoverdragelse, må man træffe de i så henseende fornødne aftaler, idet selskabslovene ikke har specifikke regler

herom (men særregler for medarbejderbeskyttelse mv.). Vælges majoritetskøb, må man træffe aftale om det aktie- eller anpartskøb, der i så fald er tale om – ofte må dette aftales i samme detaljer, som hvis der var tale om et virksomhedskøb.

Alle de fire beskrevne overtagelsesmetoder – fusion, spaltning, virksomhedsovertagelse (skatteretligt kaldet: tilførsel af aktiver) og majoritetsovertagelse (skatteretligt: ombytning af aktier/anparter) – kan efter ønske ske enten som en disposition, der udløser skat hos det selskab hhv. de aktionærer/anpartshavere, der afstår formuegoder hhv. aktier/anparter, og som giver det modtagende selskab en tilsvarende højere anskaffelsessum, eller som en skatteneutral disposition (forudsat lovens betingelser herfor er opfyldt), der ikke udløser beskatning nu, men i stedet anvender et successionsprincip. Hjemmelen til de skattefri transaktioner findes i fusionsskatteloven, FUSL, kap. 1, om fusion, i FUSL §§ 15 a-b om spaltning i FUSL §§ 15 c-d om virksomhedskøb (tilførsel af aktiver) og i aktieavancebeskatningsloven, ABL, § 13 vedrørende majoritetsoverdragelse (aktieombytning).

Det ligger uden for denne juridiske fremstillings rammer at definere de økonomiske og strategiske forudsætninger for, at en fusion bliver vellykket. Sikkert er det, at der ikke altid ofres den omhu på forudgående efterprøvelse heraf, som man kunne ønske, og at ganske mange fusioner derfor ender som en skuffelse for de involverede.

Se hertil *Halvor Ribe* i »Beta« 1996 nr. 1 s. 53 ff., der konkluderer, at de undersøgte »relaterede« opkøb (det vil sige opkøb inden for samme branche) havde 90% chance for at blive vellykkede, mens modsat »urelaterede« opkøb havde 56% risiko for at mislykkes.

Se også *Jesper Strandgaard Pedersen (red)*: Fusioner på tværs – fra plan til praksis, hvor fusion anskues ud fra juridiske, erhvervsøkonomiske og sociologiske synsvinkler. Fremstillingen – særligt *Rikard Larsson* s. 23 ff. – påpeger, at der altid ødelægges værdier gennem en fusion, og at det drejer sig om at fusionere på en sådan måde, at der trods alt skabes flere værdier, end der ødelægges. Fusion under en lavkonjunktur, hvor der kan udnyttes pris- og integrationsfordele, vil ofte være mere fordelagtig end under højkonjunktur, men der skal da afsættes betydelige ressourcer til overtagelsen. Fusionen vil oftere lykkes, når målselskabet ikke er en succesvirksomhed, men tværtimod lider af – midlertidige – økonomiske problemer.

Mange erhvervsfolk vil antagelig nikke genkendende til denne fremstilling. For selskab A drejer det sig om at overtage selskab B via fusion på det tidspunkt, hvor A's aktier står højt i værdi (for dem betales der normalt med ved

en fusion), samtidig med at B's aktier står lavt (for det er dem, der erhverves via fusionen).

1.2. Universalsuccession og kravet om hjemmel hertil

Fusion og spaltning er karakteriseret ved universalsuccession, hvis kendemærke er, at ret og pligt overgår fra det indskydende til det modtagende selskab. Derimod gælder der ikke universalsuccession ved virksomhedsoverdragelse, undtagen i relation til medarbejderne. Ved majoritetsoverdragelse er et spørgsmål herom meningsløst, fordi den juridiske person og dens ret og pligt fortsætter uændret, blot med ny majoritetshaver.

Princippet om (selskabsretlig, materiel) universalsuccession er et karakteristisk og uhyre vigtigt træk ved fusion – til forskel fra virksomhedsoverdragelse. Den, der før havde penge til gode hos det ophørende selskab, kan nu automatisk rette kravet mod det fortsættende. Kravet forfalder ikke som følge af fusionen, idet det tværtimod går over på det fortsættende selskab i den stand, hvori det var. Der sker således en form for lovbundet debitorskifte. Kun hvis det skulle ske, at vurderingsmændene udtaler, at fyldestgørelsesmuligheden forringes, hvilket som nævnt forekommer noget teoretisk, kan der kræves sikkerhedsstillelse, hvis størrelse da i tilfælde af uenighed afgøres af skifteretten.

Hvis en kreditor, fx en långiver, ikke på forhånd vil finde sig i, at det selskab A, som er hans debitor, fusionerer med selskab B, som herefter bliver hans debitor, må han tage højde herfor i låneaftalen, hvilket enkelt kan ske gennem en klausul om, at selskabets ophør gennem fusion er forfaldsgrund; der er intet til hinder for en endnu videregående klausul om, at selskabets deltagelse i en fusion, enten som ophørende eller som fortsættende selskab, skal være forfaldsgrund. (hhv. at fusion er årsag til ejerskifteafdrag på pantebreve, der har selskabet som debitor). Mange (udenlandske) långivere kræver en sådan forfaldsklausul indføjet, når debitor er et selskab, og der er fuld aftalefrihed i så henseende.

Samme – eller større – anledning kan der være til at skrive i en gensidigt bebyrdende aftale, fx en forhandlerkontrakt eller samarbejdsaftale, at fusion er opsigelsesgrund, men fra begge sider må disse forhold gennemtænkes nøje, for det er ikke rart for et selskab, at store dele af dets forpligtelser forfalder og mange af dets kontrakter kan opsiges, hvis det fusionerer.

Det kan også skrives i kontrakten, at det er forfalds- hhv. opsigelsesgrund, at selskabet overtages af et andet selskab (majoritetsovertagelse, takeover). Mange (udenlandske) medkontrahenter ønsker gennem sådanne klausuler at sikre sig mod, at den kontrakt, som de hidtil har haft med det fritstående selskab A, nu pludselig er en kontrakt med deres måske værste konkurrent, fordi A er overtaget af B gennem fusion eller majoritetsovertagelse.

Er der ikke aftalt noget i så henseende, må det fastholdes, at universalsuccessionen medfører, at kreditor hhv. medkontrahenten må finde sig i debitorskiftet mv., og hvis man herefter alligevel garnerer denne konstatering med et udsagn om, at forudsætningslæren måske konkret kan føre til det modsatte resultat, har man på ny introduceret den usikkerhed, som de faste fusionsregler netop skulle søge at undgå; det må derfor antagelig fastholdes, at der ikke er plads til forudsætningslæren.

Universalsuccessionen betyder også, at rettigheder mod det ophørende selskab af anden beskaffenhed end egentlige fordringer automatisk kan rettes mod det fortsættende selskab. Dette gælder både offentligretlige krav, fx et bødeansvar efter arbejdsmiljølovgivningen, jf. *UfR 1983.1105 V* (som dog synes unødigt konkret begrundet i stedet for at basere sig på princippet om universalsuccession), og skattekrav (fx selskabsskat, kildeskatter mv.), og det gælder ligeledes privatretlige krav.

Universalsuccessionen gælder imidlertid ikke blot pligterne, men også rettighederne. Således bliver det fortsættende selskab gennem fusionen ejer af alle det ophørende selskabs formuegoder, immaterielle rettigheder mv. Fast ejendom kan som følge af fusionen uden videre tinglyses som tilhørende det fortsættende selskab, biler kan omregistreres i dettes navn, VP-aktiver kan omregistreres mv. Den pågældende registrering er ikke udtryk for et ejerskifte, men alene for en ordensmæssig navneændring, og der er således ikke knyttet nogen form for omsætnings- eller kreditorbeskyttelse, ekstinktiv virkning mv. til en forsinkelse eller undladelse deraf.

Der vil således ikke være knyttet særskilte retsvirkninger dertil, selv om man forsømmer at få det nye navn tinglyst på én eller flere af selskabets faste ejendomme. Men hvis de senere skal sælges, og det fortsættende selskab skal underskrive som sælger, eller hvis selskabet skal udstede pantebrev mv., viser forsømmelsens ulemper sig, for i så fald må det fortsættende selskab først dokumentere over for tinglysningsdommeren, at det nu er dette selskab, der ejer ejendommen, og der må ske berigtigelse af tingbogens udvisende. Kravet i tinglysningslovens § 10, stk. 1, om tingbogshjemmel skal således også være opfyldt

trods den selskabsretlige universalsuccession, jf. *UfR 2000.2459 H* om pantebrevsudstedelse fra et selskab efter fusion. Ved spaltning er det i modsætning til fusion ikke således, at alle aktiver overgår til ét bestemt selskab, og her må der derfor kræves udstedelse af skøde fra det spaltede selskab til det selskab, der skal modtage den faste ejendom, idet en simpel notering af en navneændring ikke er tilstrækkelig, jf. *UfR 2001.512 Ø*.

Både civilretlig universalsuccession, som omtales her, og skattemæssig succession er udslag af et princip om indtræden i en andens retsstilling. Skatteretlig succession er udtryk for en indtræden i en andens skattemæssige stilling, dvs. at ret og pligt i forhold til én modpart: skatteväsenet, overtages. Civilretlig universalsuccession er derimod et selskabsretligt udtryk for, at al ret og pligt overgår til den indtrædende, dvs. at ret og pligt i forhold til alle overtages. Det er vigtigt at understrege, at områderne for selskabsretlig universalsuccession og for skatteretlig succession ikke er sammenfaldende. De kan optræde sammen, men der kan også peges på et antal tilfælde, hvor det ene optræder uden det andet.

Der skal være hjemmel til universalsuccession og til succession, således som det er tilfældet med de her kommenterede fusionsbestemmelser i selskabslovgivningen. Hvis ikke denne hjemmel kan påvises, må man selskabsretligt, uanset om man terminologisk anvender udtrykket fusion, operere med likvidation og herved indfri forpligtelser, og man må skatteretligt operere med afståelse, jf. *Erik Werlauff* i UfR 1996 B s. 292 ff. Også skatteretligt skal der kunne påvises hjemmel til succession, jf. fx *TfS 2001.154 H*, der nægter et ejendomsselskab inden for Topkoncernen succession i sit sælgerselskabs anskaffelsestidspunkt efter en koncernintern overdragelse, og *TfS 2000.586 LSK*, hvorefter fusion af en andelsboligforening og en ejerlejlighedsforening, med sidstnævnte som fortsættende forening, ville medføre ophørsbeskatning af førstnævnte. Den virksomhedsoverdragelse, der accepteredes ved *TfS 2000.568 LR* fra et datterselskab D til et partnerselskab »DD P/S«, kunne givetvis ikke ske med skattemæssig succession (hvilket dog ikke er genstand for afgørelsen).

Succession og universalsuccession kan ikke udstrækkes videre, end hvad der med sikkerhed er grundlag for. Ingen af disse begreber er universelle, trods det civilretlige begrebs benævnelse. Hvis en medarbejder har firmabil hos sin arbejdsgiver, selskab A, der skatteneutralt indfusioneres i selskab B, er dette ikke ensbetydende med, at der også indtræder succession for så vidt angår bilens anskaffelsestidspunkt og

dermed dens alder i henseende til beskatning af fri bil. Tværtimod må bilen anses for anskaffet af selskab B på tidspunktet for den endelige beslutning om fusion, dvs. med den alder, bilen da har, jf. *TfS 2001.33 LR*. Her indtræder således hverken skattemæssig succession eller civilretlig (universal)succession. Tilsvarende resultat måtte sikkert antages, hvis der var tale om skattefri voirksomhedsomdannelse efter VOL, jf. *Hans Henrik Bonde Eriksen & Søren Aagaard* i TfS 2001, 283 med nogle videregående refleksioner over forholdet mellem civilret- og skatteret.

De tilfælde, hvor der foreligger selskabsretlig universalsuccession, men ikke skatteretlig succession, kan sammenfattes således: Fusion af aktie- og anpartsselskaber samt spaltning af aktieselskaber kan ske under anvendelse af universalsuccession, jf. AL §§ 134 h og 136 og ApL § 65, men hvis ikke fusionsskattelovens (FUSL's) regler kan bringes eller ønskes bragt i anvendelse, indtræder der ikke skatteretlig succession, men derimod en afståelsessbeskatning. Et partnerselskab, dvs. et kommanditselskab på aktier, kan omdannes til aktieselskab, jf. AL § 134 n, og omvendt, jf. § 134 m, men der findes ikke skatteretlige modstykker hertil til sikring af skattemæssig succession, jf. *Jacob Hjortshøj* i SpO 1996 s. 50 ff. De tilfælde, hvor der foreligger skatteretlig succession, men ikke selskabsretlig universalsuccession, kan sammenfattes således: Selv om en virksomhedsoverdragelse sker med skattemæssig succession efter FUSL §§ 15 b-c om tilførsel af aktiver eller efter kildeskattelovens (KSL) § 33 C om familiesuccession i en virksomhed, er der ikke herved sikret nogen selskabsretlig universalsuccession. 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, frafaldes, jf. fx *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.

1.3. Fusionsregnskabet

Et helt centralt led i både fusion og spaltning er fusionsregnskabet, der omtales i AL § 134 b, stk. 2.

I Danmark har der før 2001 kun eksisteret sporadiske regler for fusionsregnskaber, selvom en fusion i økonomisk og regnskabsteknisk

henseende ligner en koncernetablering. Internationalt er fusioner og koncernetableringer blevet behandlet efter samme regler, hvilket også i stor grad er sket i praksis herhjemme. Da teknikken ved udarbejdelse af koncernregnskaber og fusionsregnskaber imidlertid er ens, alene med den forskel, at koncernregnskabet kun i regnskabsmæssig forsstand har fjernet det selskabsretlige slør (idet det overtagne selskab fortsat eksisterer som juridisk person), hvorimod sløret er faldet helt ved fusionen (hvor det overtagne selskabs juridiske personlighed ophæves), kan fusionsregnskaber reguleres forholdsvis simpelt gennem henvisning til koncernregnskabsreglerne. Det gælder også spørgsmålet om kapitaludligning og spørgsmålet om fusionsgoodwill.

Det nye fra 2001 er reelt set det samme som for koncernetableringen, nemlig anvendelse af dagsværdier for det ophørende selskab. I praksis indeholder RL dog ikke herved store forskelle i forhold til tidligere gældende lovgivning, idet opskrivning i det ophørende selskab i lang tid har været accepteret som et led i fusionen, når bortses fra åbenbare omgåelsessituationer.

I det omfang der i henhold til lovgivningen eller aftale skal udarbejdes en opgørelse over sammendraget af fusionerende virksomheders aktiver og passiver (fusionsregnskabet), finder bestemmelserne i RL §§ 115-123 (bortset fra RL § 118, stk. 3) tilsvarende anvendelse på åbningsbalancen for den fusionerede, fortsættende eller den ved fusionen dannede virksomhed, jf. § 129. Reglerne for modervirksomheden finder anvendelse på den fortsættende virksomhed, og reglerne for dattervirksomheder finder anvendelse på den ophørende virksomhed. Fusionsregnskabet består 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.

Reglerne gælder tilsvarende for virksomheders overtagelse af aktiver og forpligtelser i forbindelse med spaltning med de tilpasninger, der følger af spaltningers særlige natur, jf. RL § 130.

De undtagelser, der gælder for koncernetablering, gælder tilsvarende for fusioner, dvs. at der også her kan anvendes en sammenlægningsmetode efter § 123. En sammenlægningsproces kan fx begynde med en

koncernetablering, hvor der beregnes goodwill og stadig består to selskaber, for så i et senere forløb i samme regnskabsår at fuldføres med en fusion, der – fordi den foregår inden for en koncern – gennemføres uden etablering af goodwill – den er der jo allerede i forvejen – hvorefter der kun er ét selskab tilbage. Sker der fusion inden for en koncern, kan sammenlægningsmetoden anvendes.

Uanset om en virksomhed (den modtagende) overtager en anden virksomhed (den indskydende) gennem en aktieovertagelse, dvs. gennem fusion, spaltning eller majoritetsovertagelse, eller om der overtages substansen fra et andet selskab, dvs. en virksomhedsovertagelse, skal den overtagne virksomhed indpasses regnskabsmæssigt hos den modtagende. I regnskabsmæssig forstand giver dette anledning til nogle overvejelser, der principielt er fælles for de forskellige overtagelsesmetoder.

Hvad enten der overtages aktier mv. eller en virksomhed, er det substansen i form af aktiver og passiver, der er afgørende. Disse skal derfor opgøres til dagsværdi, og herved fremkommer en nettoværdi. Hvis den modtagende virksomhed har givet mere for overtagelsen, end hvad der svarer til nettoværdien, siges der at foreligge en goodwill, og hvis det omvendte er tilfældet, foreligger der badwill.

Forskelsbeløbet, typisk positivt i form af goodwill, skal på én eller anden måde føres til udgift hos den modtagende virksomhed. Årsagen hertil er, at den modtagende virksomhed nu skal til at konsolidere sig med den indskydende, enten 100% eller pro rata. Når konsolideringen er foretaget, er der ikke plads til en goodwill, kun til aktiverne og passiverne til dagsværdi.

Der er grundlæggende to metoder til at få forskelsbeløbet, typisk som nævnt positivt i form af goodwill, ud af verden på, jf. herved *Fin Tomy Nielsen & René Mørch Sørensen* i R&R 1995 nr. 4 s. 16 ff. om den regnskabsmæssige behandling af køb af dattervirksomheder. Den ene metode betegnes herhjemme som *sammenlægningsmetoden*. Den beskrives nærmere i RL § 123, og den indebærer, at forskelsbeløbet føres direkte på det modtagende selskabs egenkapital. Den anden metode er *overtagelsesmetoden*. Den beskrives nærmere i RL § 122, og den indebærer, at forskelsbeløbet aktiveres (idet der stadig forudsættes at være tale om et positivt beløb, dvs. goodwill) og herefter afskrives over nogle år, højst over 20 år.

De her skitserede regnskabsspørgsmål er fælles for både koncernetablering, dvs. majoritetsovertagelse, og for virksomhedsovertagelse og fusion, og RL behandler dem nu parallelt, hvilket kun kan bifaldes.

Udgangspunktet er, at etablering af et koncernforhold (koncernetablering) mellem to virksomheder ved *overtagelsesmetoden* efter § 122, jf. § 121, stk. 1. Dog kan koncernovertagelser, der foregår inden for armslængde, hvor der ikke hersker almindelige markedsvilkår, foretages uden indregning af goodwill eller badwill, jf. § 121, stk. 2. Der er her tale om situationer, hvor det er den samme interesse, der ejer begge virksomheder, så der ikke sker en reel prisfastsættelse, og dermed heller ikke er grundlag for at beregne goodwill. Det kan fx være to dattervirksomheder inden for en koncern, hvor det er den øverste modervirksomhed, der bestemmer det hele, eller det kan være to virksomheder, der begge ejes af den samme privatperson. I almindelig praksis fastsættes der normalt heller ikke goodwill i sådanne tilfælde. Disse tilfælde er ikke behandlet af de internationale standarder, jf. herved IAS 22, der undtager dem. Her kan sammenlægningsmetoden således anvendes. Også visse andre overtagelser, hvor der opnås 90% af kapitalen, kan behandles efter sammenlægningsmetoden, jf. nærmere § 121, stk. 3.

Overtagelsesmetoden beskrives nærmere i § 122, der efter sin ordlyd direkte omfatter virksomhedsovertagelse. Aktiver og forpligtelser på erhvervelsestidspunktet i den erhvervede virksomhed indregnes og måles til dagsværdi i koncernregnskabet, uanset om de før erhvervelsen ikke blev indregnet i virksomhedens balance. Herunder skal forventede omkostninger til omstrukturering i den erhvervede virksomhed indregnes som hensatte forpligtelser. De konsoliderede virksomheders kapitalandele i en konsolideret dattervirksomhed, målt til kostpris, udlignes med de konsoliderede virksomheders forholdsmæssige andel af dattervirksomhedens nettoaktiver, målt til dagsværdi. Udligningen sker på tidspunktet for koncernetableringen. Forskelsværdien mellem de to beløb – dvs. mellem den regnskabsmæssige indre værdi på basis af dagsværdier og modervirksomhedens kostpris for kapitalandelene i dattervirksomheden – betegnes normalt som koncerngoodwill, hvis beløbet er positivt, og som koncernbadwill eller negativ koncerngoodwill, hvis beløbet er negativt.

Et positivt forskelsbeløb, der fremkommer ved behandlingen i de to første stykker, skal herefter behandles som goodwill, dvs. aktiveres og afskrives over sin brugstid. Af RL § 43, stk. 1, fremgår det, at erhvervet goodwill skal aktiveres, ligesom det fremgår af § 43, stk. 3, at goodwill skal afskrives over højst 20 år. Der gælder således, svarende til IAS nr. 22, samme regler for behandling af den goodwill, virksomheden erhverver ved overtagelse af en aktivitet direkte, som der gælder for den goodwill, koncernen (modervirksomheden) erhverver ved overtagelse

af kapitalandele i en virksomhed. Den tidligere adgang til at straksafskrive koncerngoodwill er dermed afskaffet. Et negativt forskelsbeløb optages under forpligtelserne som en særskilt periodeafgrænsningspost i form af udskudt indtægt. Dette antages at ligge inden for rammerne af 7. direktiv art. 31.

> I praksis vil et negativt forskelsbeløb ofte hidrøre fra situationer, hvor den købende virksomhed forventer, at der foretages omstruktureringer af den købte virksomhed. IAS nr. 22 tillader, at der under visse betingelser kan foretages hensættelser til omstruktureringer. I enkelte tilfælde kan et negativt forskelsbeløb repræsentere et såkaldt »lucky buy«. IAS nr. 22 foreskriver her, at den del af det negative forskelsbeløb, som overstiger værdien af ikke-monetære aktiver, skal indtægtsføres straks, mens den øvrige del skal indtægtsføres over den vægtede gennemsnitlige brugstid for afskrivningsberettigede ikke-monetære aktiver. IAS 22's krav om indtægtsføring straks af dele af det negative forskelsbeløb må antages ikke at kunne rummes inden for direktivet.

Sammenlægningsmetoden beskrives nærmere i § 123. Forskelsværdien aktiveres her ikke som goodwill, ligesom den ikke passiveres som badwill. Den lægges blot til eller trækkes fra koncernens frie egenkapital. Her sker indregning af dattervirksomhedens aktiver og passiver ikke til dagsværdi, men blot til den bogførte værdi, efter at der er foretaget værdiharmonisering efter § 119, stk. 2. For at understrege, at der i princippet er tale om en »simpel« sammenlægning uden etablering af overtagelsesgoodwill, bestemmes det i § 123, stk. 1, at der indregnes og måles, som om koncernforholdet var etableret fra begyndelsen af det regnskabsår, der er det først startende i koncernetableringen. Har de to virksomheder forskellige regnskabsår, således at den ene fx starter tre måneder før den anden, behandles alle aktiver og forpligtelser, som om etableringen var sket på starttidspunktet for den ene virksomheds regnskabsår.

Det hedder om fusionsregnskabet i RL § 129:

> »**§ 129.** I det omfang der i henhold til lovgivningen eller aftale skal 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.«

Da teknikken ved udarbejdelse af koncernregnskaber og fusionsregnskaber grundlæggende er ens, alene med den forskel, at koncernregnskabet kun *regnskabs*mæssigt har fjernet det selskabsretlige »slør«, mens dette er faldet helt ved fusionen, kan fusionsregnskaber som nævnt reguleres forholdsvis simpelt ved henvisning til koncernregnskabsreglerne. Det gælder også spørgsmålet om kapitaludligning og spørgsmålet om fusionsgoodwill, jf. herom *Ole Fabricius* i R&R 1998 nr. 5 s. 44 ff.

Fusionsregnskabet består efter AL § 134 b, stk. 2 – og i kraft af henvisning fra ApL også for ApS'er – af (1) de fusionerende selskabers slutbalancer pr. den regnskabsmæssige fusionsdag, (2) en reguleringskolonne, hvorved der gennemføres de nødvendige kapitaludligninger, elimineringer og særlige dispositioner, fx omvurdering, og (3) en åbningsbalance for det fusionerede selskab.

I praksis sker fusionen regnskabsmæssigt oftest pr. det fortsættende selskabs balancedato. Her er der sjældent store problemer med at udfinde de forskellige værdier. Mere kompliceret kan det være, hvis fusionen skal ske med regnskabsmæssig virkning inde i året.

Hvis fusionen sker ved sammensmeltning af virksomheder, opløses alle de fusionerede virksomheder og indgår i dannelsen af en ny virksomhed (egentlig fusion). Der er ingen fortsættende virksomhed, hvorfor fusionsregnskabet kommer til at bestå af de fusionerede virksomheders slutbalancer pr. den regnskabsmæssige fusionsdag samt en åbningsbalance for den nystiftede virksomhed.

Nydannelsen fra 2002 i AL § 134 b, stk. 2, er reelt set det samme som ved en koncernetablering, nemlig anvendelse af *dagsværdier* for det ophørende selskab. I praksis indeholder de nuværende regler dog ikke de helt store forskelle i forhold til lovgivningen før 2002, eftersom opskrivning i det ophørende selskab allerede længe har været accepteret som et led i fusionen, når bortses fra åbenbare omgåelsessituationer.

De for koncernetableringen gældende undtagelser fra overtagelsesmetoden i RL § 121, stk. 2 og 3, gælder tilsvarende for fusioner.

En sammenlægningsproces kan fx begynde med en koncernetablering, hvor der beregnes goodwill osv., og hvor der stadig består to sel-

skaber, for så i et senere forløb i samme regnskabsår at fuldføres med en fusion, der – fordi den foregår inden for en koncern – gennemføres uden etablering af goodwill (denne er der jo allerede i forvejen), hvorefter der kun er ét selskab tilbage.

Sker der fusion inden for en koncern, kan sammenlægningsmetoden anvendes. Her gælder reglerne i RL § 123. Dette er reelt blot en systematisering af reglerne i forhold til tidligere. En fusion mellem to virksomheder, som fx er underlagt samme ejer, er imidlertid ikke en fusion mellem to uafhængige parter, og opgørelsen af fusionsgoodwill kan derfor e.o. være forbundet med vilkårlighed. Dette forhold tilgodeses ved fusioner – i modsætning til koncernetablering – ved kravet om vurdering efter AL.

2. Fusion

Et selskab kan gennem fusion overtage et andet, så at sidstnævnte ophører (fusion gennem absorption), eller to selskaber danner et tredje, så at begge oprindelige selskaber ophører (fusion gennem kombination).

Det hedder definitorisk i AL § 134: »Et aktieselskab kan efter bestemmelserne i dette kapitel opløses uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og forpligtelser som helhed til et andet aktie- eller anpartsselskab. Det samme gælder, når to eller flere aktie- eller anpartsselskaber sammensmeltes til et nyt aktie- eller anpartsselskab.«

Terminologien i fusionsbestemmelserne er ændret fra 2002. Tidligere anvendtes om selskabets passiver udtrykket »gæld«. Nu anvendes i stedet udtrykket »forpligtelser«. Dette er sket som følge af terminologien i RL gældende fra 2002. Betegnelsen »forpligtelser« anvendes som fællesudtryk for »gæld« og »hensættelser«, idet hensættelser fremover benævnes »hensatte forpligtelser«, hvilket udgør en delmængde af udtrykket forpligtelser. Efter bilag 1, C, nr. 5, til RL defineres forpligtelser som: »en eksisterende pligt for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at medføre afståelse af fremtidige økonomiske fordele.«

Mest anvendt er den første af de nævnte fusionsmetoder: absorption. Men i tilfælde, hvor begge de to fusionerende selskaber lægger vægt på at kunne fortælle omverdenen, at det ikke er det ene, der har overtaget det andet, men at de er indgået i fusionen som ligeværdige partnere, kan kombinationsmetoden være relevant.

Selv om sprogbrugen ikke er autoriseret, plejer man at skelne mel-

lem lodret fusion, hvor moder- og datterselskab fusioneres, og vandret fusion, hvor fx søsterselskaber fusioneres. Hvis man taler om lodret fusion uden nogen tilføjelse, vil man normalt mene en fusion, hvor det indskydende selskab er datterselskabet, mens det modtagende er moderselskabet. Man reserverer derfor udtrykket omvendt lodret fusion for de tilfælde, hvor moderselskabet er det indskydende, og datterselskabet det modtagende, jf. fx *TfS 2002.508 LR*.

Fusion er reguleret i AL kapitel 15, som blev ændret ved lov nr. 282 og 283 af 9. juni 1982 med ikrafttræden 1. januar 1983. Fusion er for aktieselskabers vedkommende som nævnt reguleret af 3. selskabsdirektiv, fusionsdirektivet, som er tvingende for EU- og EØS-staterne.

Fusion af anpartsselskaber reguleres nu af ApL § 65, der viser tilbage til AL kapitel 15. Herefter er reglerne ens i de to selskabstyper, uanset at de kun for aktieselskabers vedkommende er direktivbundne. Dog er der én nuance: Mens der er et ganske sindrigt system for aktieselskabers vedkommende med hensyn til, hvilken majoritet der kræves til fusionens vedtagelse, og af hvilket organ beslutningen træffes, gælder det for anpartsselskaber, at beslutningen altid træffes af generalforsamlingen (anpartshavermødet), og med almindelig vedtægtsændringsmajoritet, jf. ApL § 65, sidste led, dog at anpartsselskabets vedtægter (ligesom aktieselskabets) kan have særlige majoritetsforskrifter for (blandt andet) fusion.

Fusion mellem to juridiske enheder med heraf følgende universalsuccession i form af tvungent debitorskifte (dvs. at kreditorer og medkontrahenter har pligt til at finde sig i debitorskifte) forudsætter klar hjemmel i lov (eller aftale med den enkelte). I fx AL og ApL eksisterer der en sådan hjemmel, men dette gælder ikke i fx EVL. Det følger heraf, at der ikke er mulighed for fusion med universalsuccession mellem fx to foreninger, to andelsselskaber mv. Disse må være henvist til at likvidere det ene selskab mv. og lade det andet overtage formuen, uanset at forholdet givetvis vil blive betegnet og vedtaget som »fusion« i parternes beslutninger. Mens EVL § 20 får så vidt angår likvidation af virksomheder med begrænset hæftelse henviser til AL's forskrifter, er der ingen henvisning til AL's fusionsregler i EVL.

Fusion kan som nævnt finde sted som (a) absorption, idet et selskab overdrager sine aktiver og passiver som helhed til et andet selskab, således at førstnævnte opløses og sidstnævnte fortsætter, jf. AL § 134, stk. 1, eller (b) gennem kombination, således at en flerhed af selskaber sammensmeltes til et nyt selskab, idet de hidtidige selskaber alle ophører, jf. AL § 134, stk. 1, andet led.

Selskabernes bestyrelser opretter i fællesskab en fusionsplan med et betydeligt antal obligatoriske oplysninger og bestemmelser, jf. AL § 134 a. Der er således tale om en fælles fusionsplan for begge de deltagende selskaber, hvorimod de følgende led i proceduren er karakteriseret ved særskilte tiltag i det enkelte selskab.

I fusionsplanen omtales i det mindste (1) selskabernes navne og eventuelle binavne, herunder om et ophørende selskabs navn eller binavn skal indgå som binavn for det fortsættende selskab, (2) selskabernes hjemsted, (3) vederlaget for aktierne i et ophørende selskab, (4) tidspunktet, fra hvilket de aktier, der eventuelt ydes som vederlag, giver ret til udbytte, (5) de rettigheder i det fortsættende selskab, der tillægges eventuelle indehavere af aktier og gældsbreve med særlige rettigheder i et ophørende selskab, (6) eventuelle andre foranstaltninger til fordel for indehavere af de i nr. 5 omhandlede aktier og gældsbreve, (7) udlevering af aktiebreve for aktier, der ydes som vederlag, (8) tidspunktet, fra hvilket et ophørende selskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået, jf. § 134 b, stk. 2, (9) enhver særlig fordel, der gives medlemmerne af selskabernes bestyrelser, repræsentantskab og direktion, samt (10) udkast til vedtægter, hvis der ved fusionen dannes et nyt selskab.

Flere af disse obligatoriske oplysninger er interessante – og langtfra rutineoplysninger. Eksempelvis oplysning (9) om eventuelle særlige fordele til blandt andet bestyrelses- og direktionsmedlemmer læses med glubende interesse af aktionærerne. I 1998 oplevede man fx, at en planlagt fusion mellem to pengeinstitutter blev forkastet af aktionærerne i det ophørende selskab (Midtfyns Bank A/S), særligt med baggrund i et stort affindelsesbeløb, som det ophørende selskabs direktør skulle have i tilfælde af fusionens gennemførelse. Aktionærerne fandt ikke, at det var en rimelig måde at bruge selskabets penge på, og så vidt ses har det pågældende selskab sidenhen klaret sig glimrende som selvstændigt – med den pågældende som direktør. Kravet om angivelse af »særlige fordele« gælder kun ved egentlig fusion, ikke fx ved majoritetsovertagelse, og heller ikke selv om en sådan eventuelt sker efter offentligt tilbud efter børsrettens forskrifter, dvs. VHL §§ 31-32 og overtagelsesbkg. Dette sås fx i 2000, da Danske Bank overtog RealDanmark koncernen. Her aftaltes i en uofficiel »ledelsesaftale« en kvartalsvis udbetaling af 4 års bestyrelseshonorar til medlemmer af RealDanmarks bestyrelse, som ikke kom til at fortsætte i koncernen efter overtagelsen, forudsat denne blev en realitet. En sådan aftale er lovlig, men den havde været relevant viden for målselskabets aktionærer i forbindelse med beslutningen,

uanset at de involverede beløb var beskedne i forhold til den samlede overtagelse. Københavns Fondsbørs udtalte, at aftaler om forhold og incitamenter, der kan indvirke på ledelsens beslutninger i forbindelse med væsentlige begivenheder, bør fremlægges for markedet, og at den nævnte aftale om bestyrelseshonorarer, der blev tilsagt i forbindelse med købstilbudet til aktionærerne i RealDanmark, var en markedsmæssigt relevant information, uanset beløbenes beskedne størrelse set i forhold til hele transaktionen, jf. *Afgørelser og udtalelser* maj 2001, nr. 1.

En fusionsplan er ikke i sig selv en aftale. For de fusionerende selskaber skabes der hverken ret eller pligt gennem en sådan plan (selv om erfaringen taler for, at fusionsplanen ender med at blive gennemført efter sit indhold). Fusionsplanen er alene et *forslag* til en aftale, og aftalen bliver først bindende, når og hvis de fusionerende selskabers kompetente organer vedtager aftalen i overensstemmelse med AL § 134 e, stk. 1-2. Ledelsen i et selskab under stiftelse er derfor ikke i medfør af AL § 12 hhv. ApL § 12 afskåret fra at underskrive en fusionsplan, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 21. januar 2002, *Årsberetningen 2002* s. 148. Fusions*beslutningen* er derimod en aftale mellem selskaberne, og den kan derfor kun træffes af et eksisterende selskab, dvs. efter selskabets registrering som juridisk person.

I en særlig skriftlig redegørelse forklarer og begrunder hver af bestyrelserne fusionsplanen, omtaler fastsættelsen af vederlaget for aktierne og vedhæfter et fusionsregnskab, jf. AL § 134 b.

Én eller flere uafhængige vurderingsmænd (»sagkyndige vurderingsmænd«) udarbejder en skriftlig udtalelse om fusionsplanen med erklæring om vederlagets rimelighed og saglige begrundelse mv., jf. den for aktieselskabers vedkommende direktivbundne regel i AL § 134 c.

Selskaberne udpeger som udgangspunkt hver deres egne vurderingsmænd, men ønskes der benyttet én eller flere fælles vurderingsmænd, foretages udpegningen af skifteretten på det fortsættende selskabs hjemsted efter indstilling fra selskaberne, hvorimod flere fusionerende anpartsselskaber blot kan nøjes med indbyrdes at aftale, at deres revisorer udarbejder en fælles udtalelse. Der er efter gældende dansk ret intet til hinder for, at hvert fusionerende selskab peger på sine egne revisorer som »uafhængige vurderingsmænd«, og skønt vi har en dygtig og uafhængig revisorstand, er det prinicpielt uheldigt, at der ikke kommer helt friske øjne ind for at se på hvert selskabs situation. Fusionen mellem Frederiksborg Bank A/S og Sjællandske Bank A/S til Kronebanken A/S viste kun alt for tydeligt svaghederne herved. I hvert fald den ene af disse banker viste sig at have uhyggelige økonomiske lig i lasten,

som kunne/burde være opdaget med den følge, at fusionen enten ikke var blevet til noget, eller at det pågældende selskab ved den indbyrdes værdiansættelse var blevet vurderet meget lavere end sket.

Senest 4 uger efter, at bestyrelserne har underskrevet fusionsplanen, indsendes en genpart heraf til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der bekendtgør dokumenternes modtagelse, jf. AL § 134 d. Hvis fristen ikke overholdes, må styrelsen ikke bekendtgøre planen, og fusionen kan da ikke gennemføres, jf. allerede Erhvervsankenævnets kendelse af 18. september 1990, *Årsberetningen 1990* s. 81.

Fusionsplan, årsrapporter, bestyrelsens redegørelse, fusionsplan samt vurderingsmændenes udtalelse og erklæring fremlægges på hvert af selskabernes kontor til eftersyn for aktionærerne/anpartshaverne og tilsendes samtidig vederlagsfrit enhver noteret aktionær (enhver anpartshaver), jf. AL § 134 e, stk. 6. Med den nuværende formulering af denne bestemmelse er der sket ophævelse af den tidligere bestemmelse i § 134 e, stk. 5, nr. 3, hvorefter der for hvert af de fusionerende selskaber skulle fremlægges og eventuelt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indsendes et regnskab for det afbrudte regnskabsår, der forekom, hvis den regnskabsmæssige fusion ikke skete på selskabets balancedato. Kravet var i det væsentlige overflødigt, da den pågældende balance i forvejen fremgår af fusionsregnskabet. Det vil således reelt kun være resultatopgørelsen, der kan tilføre nye oplysninger, og disse kan næppe anses for at være relevante i et ophørende selskab. For det fortsættende selskabs vedkommende indgår de i selskabets årsrapport for fusionsåret. Forekommer der usædvanlige eller ekstraordinære handlinger i den pågældende periode, skal de fremgå af denne årsrapport.

De følgende majoritets- og kompetencebemærkninger gælder aktieselskaber, idet det som nævnt for anpartsselskaber gælder, at fusionsbeslutningen altid skal træffes af generalforsamlingen (anpartshavermødet) med vedtægtsændringsmajoritet, jf. ApL § 65, sidste led:

I det ophørende aktieselskab træffer generalforsamlingen fusionsbeslutning, jf. AL § 134 e, stk. 1. Dette er ikke så mærkeligt, eftersom fusionen koster dette selskab livet. Der skal tilvejebringes majoritet som til vedtægtsændring, men hvis vedtægterne har særlige majoritetskrav mv. til fusion, skal disse selvfølgelig (også) iagttages. Er der ingen forskrifter om fusion, men dog om opløsning, skal disse respekteres. Dog gælder det, at et 100% ejet datterselskab kan indfusioneres i moderselskabet efter bestyrelsesbeslutning i datterselskabet, jf. AL § 134 j. Hvis datterselskabet kun er 90% ejet, kan moderselskabet og datterselskabet beslutte at lade moderselskabet tvangsindløse minoriteten i dattersel-

skabet, forudsat moderselskabet har mere end 9/10 af både kapitalen og stemmerne i datterselskabet, jf. § 20 b. Indløsningsreglen kan siden 1. august 1993 anvendes ikke blot af et moderselskab, men også af en hovedaktionær/anpartshaver med en anden retsform, herunder en fysisk person.

I det fortsættende aktieselskab træffer bestyrelsen fusionsbeslutningen, medmindre (a) der skal foretages andre vedtægtsændringer end navneændring, (b) hvis 5% af aktiekapitalen (25% af anpartskapitalen) forlanger sagen indbragt for generalforsamlingen, eller (c) generalforsamling kræves indkaldt af dén andel af aktiekapitalen/indskudskapitalen, som kunne forlange ekstraordinær generalforsamling indkaldt, jf. AL § 134 e, stk. 2 og 3.

Betingelsen under (c) får selvstændig betydning, hvis selskabets vedtægter som supplement til AL § 70 indeholder en særlig lav procentsats for den del af aktiekapitalen/indskudskapitalen, der kan forlange ekstraordinær generalforsamling indkaldt. Det er nok værd at standse op et øjeblik og overveje den her nævnte kompetenceregel for det fortsættende aktieselskab; den vil i ganske mange tilfælde betyde, at fusionsbeslutningen kan forblive på bestyrelsesniveau i det fortsættende selskab, nemlig hvis dette selskab uden sin generalforsamlings mellemkomst kan skaffe det vederlag, som aktionærerne/anpartshaverne i det ophørende selskab skal have.

Hvis vederlaget er kontanter, er der normalt ikke brug for at involvere generalforsamlingen. Er vederlaget aktier/anparter fra det ophørende selskab, vil dette ofte kræve vedtægtsændring og dermed generalforsamlingsbeslutning, men i et aktieselskab kan der være en tilstrækkelig beholdning af egne aktier, som kan bruges som vederlag, og/eller der kan være en bemyndigelse efter AL § 37 i det fortsættende selskabs vedtægter. Denne kan da bruges til at udstede de nye aktier, der skal anvendes som fusionsvederlag, forudsat § 37-bemyndigelsen giver mulighed for apportindskud (realindskud), idet det fortsættende selskab jo ikke modtager kontanter for de nye aktier, men derimod selve det ophørende selskab.

Dette forhold kan være udtrykt i § 37-bemyndigelsen gennem brug af ord som »Forhøjelsen skal helt eller delvis kunne ske på anden måde end ved kontant indbetaling, hvis de nye aktier udstedes som betaling for overtagelse af en virksomhed«, og til overflod kan være tilføjet: »... herunder som fusionsvederlag«, men selv uden sidstnævnte tilføjelse må en bemyndigelse som nævnt være tilstrækkelig til, at de nye aktier kan bruges som vederlag i fusionen.

Konsekvenserne heraf er betydelige, eftersom der ikke efter § 37 (som er styret af 2. selskabsdirektiv, kapitaldirektivet) opstilles nogen absolut eller relativ grænse for bemyndigelsens størrelse. Principielt kan det fortsættende selskab således blive mangedoblet i størrelse gennem fusionen, når blot det er det fortsættende selskab og har en tilstrækkelig § 37-bemyndigelse. Måske må man gøre den modifikation, at meget vidtrækkende beslutninger, der helt omkalfatrer det fortsættende selskab, trods alt skal forelægges generalforsamlingen.

Hvis en § 37-bemyndigelse er formuleret tilstrækkeligt bredt, kan den således muliggøre både virksomhedsovertagelse mod vederlag i aktier og fusion med selskabet som det overtagende (fortsættende, modtagende) selskab. I praksis har § 37-bemyndigelser fx været anvendt til Danske Banks overtagelse i oktober 2000 af majoriteten i RealDanmark med datterselskaber (RealkreditDanmark og BG Bank), ligesom den har været brugt til overtagelse af målselskabet via egentlig fusion. Når en aktiemajoritet overtages på denne måde mod vederlag i aktier, vil den normalt kunne ske skattefrit efter fusionsskattelovens §§ 15 c-d om skattefri aktieombytning, ligesom en egentlig fusion vil kunne ske skattefrit efter den nævnte lovs kapitel 1. Det vil i det hele ses, at § 37 rummer en betydelig fleksibilitet, hvis bemyndigelsen formuleres tilstrækkeligt vidtgående i vedtægterne.

Dette forhold kan være udtrykt i § 37-bemyndigelsen gennem brug af ord som »Forhøjelsen skal helt eller delvis kunne ske på anden måde end ved kontant indbetaling, hvis de nye aktier udstedes som betaling for overtagelse af en virksomhed«, og til overflod kan være tilføjet: »... herunder som fusionsvederlag«, men selv uden sidstnævnte tilføjelse må en bemyndigelse være tilstrækkelig til, at de nye aktier kan bruges som vederlag i fusionen.

Ved beregningen af vederlaget til aktionærerne i det ophørende selskab – det vil i realiteten sige: ved vurdering af det indbyrdes forhold mellem de fusionerende selskabers respektive egenkapital – må der ved børsnoterede selskaber tages udgangspunkt i børskursen, eventuelt et vejet gennemsnit over en periode, men ikke i en likvidationsværdi, jf. *UfR 1977.61 H* og *UfR 1985.875 SH*. Børskursen er og bliver den bedste målestok for selskabets markedsværdi, hvilket nu også fremgår af fast tysk retspraksis. Der bør opereres med en udjævnet børskurs, fx over 3-6 måneder, hvorved atypiske kursbevægelser frasorteres, og dybden i markedet indregnes gennem anvendelse af et vægtet gennemsnit, jf. *Claus Luttermann* i ZIP 1999 s. 45 ff. og 2001 s. 869 ff. Tilsvarende resultat gælder efter svensk praksis, jf. *NJA 1996.293 HD* med

bemærkning, at en eventuel merværdi normalt ikke er »tilgængelig« for en minoritetsaktionær (»... inte är åtkomligt för en minoritetsägare«) – uanset at man må erkende, at dette synspunkt stemmer mindre godt med en selskabsretlig lighedsgrundsætning. Tysk retslitteratur sværmede i en årrække for alternative værdiansættelsesmodeller, der i nogen grad var frigjort fra børskursen, men nyere tysk retspraksis viser, at børskursen er det tungtvejende udgangspunkt for værdiansættelsen af både et ophørende og et fortsættende selskab ved fusion, jf. *Lothar Weiler & Ingo Meyer* i ZIP 2001 s. 2153 ff., der finder, at denne udvikling er i god overensstemmelse med økonomividenskabelige synspunkter om værdiansættelse af en børsnoteret virksomhed.

Børskursen kan under helt særlige omstændigheder fraviges, jf. *UfR 1985.110 H.* Anvendelse af børskursen forudsætter et velfungerende marked for de pågældende aktier. Ikke blot hvor markedet er udsat for kursmanipulation, men også hvor der ikke er normale udbuds- og efterspørgselsforhold, må børskursen derfor forkastes som målestok for tvangsindløsningen. Dette gælder blandt andet, hvor en hovedaktionær, fx et moderselskab, har erhvervet aktier i målselskabet i et sådant omfang, at der reelt ikke kan være andre købere til de tilbageværende minoritetsposter. Det kan efter omstændighederne også gælde, hvor en hovedaktionær har fremsat købstilbud over for minoritetsaktionærerne,og hvor børskursen herefter har rettet sig ind på grundlag af tilbudskursen. I så fald afspejler børskursen snarere tilbudskursen, som er énsidigt fastlagt, end den virkelige værdi. Se hertil *RG 1999.9* om et overskøn ved lagmannsret i forbindelse med tvangsindløsning i et børsnoteret forsikringsselskab. Moderselskabet, et andet forsikringsselskab, havde erhvervet 99,6% af aktierne og tilbød 145 kr. pr. aktie for de resterende 0,4%. Halvdelen heraf afslog, og en skønserklæring for byretten viste 155 kr. pr. aktie. Lagmannsretten lagde under overskønnet til grund, at børskursen ikke var anvendelig, fordi den rettede sig efter tilbudskursen, og fordi der som køberemne reelt kun var moderselskabet. Den virkelige værdi blev herefter fastlagt på grundlag af en afkastmetode. Herved sattes der forskellige p/e-faktorer på forskellige dele af målselskabets virksomhedsområder. Slutresultatet blev 186 kr. pr. aktie. Sagen er tankevækkende, fordi adskillige tvangsindløsningssituationer har lighedstræk med den her omhandlede.

Ved unoterede selskaber må der tages udgangspunkt i det indbyrdes forhold mellem selskabernes virkelige værdi snarere end i de regnskabsmæssigt udtrykte egenkapitalstørrelser – selv om også disse har betydelig vægt i mangel af sikrere holdepunkter.

Det har særligt – i forbindelse med skattefri, vandrette fusioner – været drøftet, om Told & Skat bør kunne stille særlige krav til ombytningsforholdet mellem aktierne, men konklusionen er blevet, at der ikke kan stilles sådanne krav, idet der dog må gøres reservation for tilfælde, hvor ombytningsforholdet fører til værdiforskydning mellem aktionærerne, jf. *Anders Bjørn & Lena Engdahl* i SR-skat 2000 s. 414 ff.

Er en aktionær eller anpartshaver i det ophørende selskab utilfreds med det vederlag, han får for sine aktier eller anparter, må han dels tage forbehold derom på fusionsgeneralforsamlingen i sit selskab, dels anlægge sag herom mod selskabet. Sagen skal anlægges inden 2 uger efter, at fusionen er besluttet i alle de fusionerende selskaber, jf. AL § 134 f.

Det er en forudsætning for selskabsdeltagerens særlige søgsmålsberettigelse efter § 134 f, at »vederlaget for aktierne ikke er rimeligt og sagligt begrundet, jf. § 134 c, stk. 3«. Denne tilbagevisning til vurderingsmændenes erklæring har givet anledning til tvivl i retslitteraturen om, hvilken virkning det skal have for fusionens gennemførelse, at et søgsmål som det nævnte er anlagt. Tvivlen har drejet sig om, hvorvidt søgsmålet i sig selv havde suspensiv virkning for fusionens gennemførelse (hvilket som følge af behandlingstiden for retssager ville være nærmest katastrofalt for selskabet), eller om søgsmålet kun havde suspensiv virkning, hvis vurderingsmændenes erklæring havde udtalt, at vederlaget ikke var rimeligt og sagligt begrundet (hvilket næppe kan forekomme, idet selskaberne i så fald antagelig vil standse fusionsprocessen).

Lovgivningsmagten har derfor måttet afklare spørgsmålet ved at præcisere i § 134 h, stk. 1, nr. 4, at udgangspunktet ganske vist er, at fusionen først kan træde i kraft, når retssagen er afgjort, men at fusionen dog alligevel kan gennemføres trods den verserende retssag, forudsat (1) vurderingsmændene (hhv. revisorerne i anpartsselskaber) erklærer, at deres udtalelse om vederlagets saglighed og rimelighed ikke anfægtes i væsentlig grad af retssagen (unægtelig noget af en forhåndsbedømmelse at bede dem om), og (2) der stilles betryggende sikkerhed for kravet. Er der tvist om, hvorvidt sikkerheden er betryggende (hvilket både må angå sikkerhedens form, fx bankgaranti, og dens beløbsmæssige størrelse), træffes afgørelsen herom (underforstået: med bindende virkning for både selskab og aktionærer) af vurderingsmændene.

Man leder forgæves i søgsmålsreglen i § 134 f efter en forskrift, som udtaler, at hvis de sagsøgende minoritetsaktionærer/anpartshavere vin-

der sagen, skal alle aktionærers/anpartshaveres vederlag for at aflevere deres aktier/anparter i det ophørende selskab til det fortsættende selskab forhøjes. Tværtimod er reglen formuleret således, at den leder tanken hen på, at kun den eller de, der har taget forbeholdet på generalforsamlingen, får glæde af en vunden retssag. Således skal reglen antagelig også forstås.

Bedre bliver det ikke af, at lovbestemmelsen taler om »erstatning af selskabet«, hvormed som udgangspunkt menes det ophørende selskab selv, men således at det fortsættende selskab i kraft af princippet om universalsuccession kommer til at hæfte derfor. Der er virkelig behov for at reformere disse regler, så de på den ene side ikke forsinker en fusion, men på den anden side beskytter det ophørende selskabs aktionærer bedre. Vi kan sagtens operere med regler, hvor et vundet søgsmål tillægges virkning for alle, jf. fx § 20b, stk. 3, om justering af kursen ved tvangsindløsning af en minoritet på under 1/10 af kapitalen og jf. tillige § 81, stk. 4, om en dom vedrørende en ulovlig generalforsamlingsbeslutning. Hvis man fastholder, at et vundet søgsmål kun har retsvirkning for de konkrete parter, får man herved tillige den betænkelige retstilstand, at selskabet kan købe den pågældende ud, uden at dette får konsekvenser for de øvrige, hvilket principielt forekommer betænkeligt. Betragter man som modsætning hertil proceduren ved majoritetsovertagelse i et børsnoteret målselskab, følger det af VHL §§ 31-32, at hvis der købes aktier til en bedre kurs, skal alle have fordelen heraf – en slags »mestbegunstigelsesklausul«.

> I Tyskland har man haft groteske sager, hvor selskabet måtte købe minoritetsaktionærer dyrt ud for at få gennemført fusion. Efterfølgende fik selskabet tilmed medhold ved domstolene i et krav om tilbagebetaling! Som udgangspunkt er det dog ikke efter tysk ret – og ej heller efter dansk ret – *sittenwidrig*, dvs. i strid med alm. hæderlighed, at betale penge fra selskabet i en sådan sag, men i det konkrete tilfælde var aftalen ugyldig i medfør § 826 BGB, jf. *NJW 1988.1497 OLG Köln*.

Det kan næppe være udelukket at stævne selskaberne (i så fald: det fortsættende selskab) med krav om et større vederlag ud fra almindelige erstatnings- og godtgørelsesretlige synspunkter også uden påberåbelse af § 134 f, og i så fald gælder den superkorte søgsmålsfrist på 14 dage ikke, men i så fald kan søgsmålet heller ikke have den suspensive virkning (alternativt: udløse sikkerhedsstillelse mv.), således som et egentligt § 134 f-søgsmål har, jf. *Steen Langebæk* i Advokaten 1987 s. 102 f.

Kreditorer kan kræve sikkerhedsstillelse, hvis eksperterklæringen antager, at fusionen forringer deres mulighed for fyldestgørelse, jf. AL § 134 g. Der er næppe grund til at beskæftige sig indgående med de nærmere forskrifter herom i de citerede lovbestemmelser, for hvis erklæringen går ud på noget sådant, er det næppe sandsynligt, at selskaberne ønsker at fortsætte med fusionen, og en fusionsplan, der har fået en så ilde medfart ved eksperterklæringen, vil antagelig blive standset af bestyrelserne og ikke forelagt generalforsamlingerne. Hertil kommer den omstændighed, at den virkelige fusionsproces ikke foregår i de tempi, som loven synes at fortælle os; der kan næppe være tvivl om, at vurderingsmændene/revisorerne er »taget i ed« med hensyn til værdiansættelser, fyldestgørelsesmuligheder mv., længe før sagen er kommet så vidt.

Hvert selskabs bestyrelse skal anmelde den vedtagne fusion til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden 2 uger efter, at fusionens retsvirkninger er indtrådt, jf. AL § 134 i. Styrelsen har i de senere år skærpet sin holdning til for sene anmeldelser, og hér er unægtelig et retsområde, hvor en registreringsnægtelse som følge af en for sen anmeldelse vil være en middelsvær katastrofe for selskaberne. Man tænke sig blot, at hele fusionsproceduren er gennemspillet hos begge selskaber, hvorefter registrering nægtes som følge af forsinket anmeldelse.

Sker fusion ved kombination, vælges bestyrelse og revisor i det således opståede nye selskab, ligesom der naturligvis ansættes direktion, jf. AL § 134 h, stk. 5.

Fusionens retsvirkninger indtræder på det tidspunkt, som fusionsplanen fastlægger, forudsat (a) samtlige de fusionerende selskaber har truffet fusionsbeslutning, (b) ved kombination skal ny bestyrelse og revision være valgt, (c) søgsmål fra aktionærer i det ophørende selskab skal være afgjort eller sikkerhed stillet mv. som foran nævnt, og (d) kreditorkrav skal være afgjort eller sikkerhed stillet, jf. AL § 134 h, stk. 1.

Fusion indebærer som tidligere nævnt universalsuccession, herunder debitorskifte, og herunder beskyttelse af lønmodtagerne i samme omfang som ved virksomhedsoverdragelse, jf. art. 12 i fusionsdirektivet med henvisning til lønmodtagerdirektivet 77/187. Lønmodtagernes rettigheder i hvert af de fusionerende selskaber er beskyttet i henhold til dette direktiv på samme måde som ved virksomhedsoverdragelse.

Princippet om (selskabsretlig, materiel) universalsuccession er et karakteristisk og uhyre vigtigt træk ved fusion – til forskel fra virksomhedsoverdragelse. Den, der før havde penge til gode hos det ophørende selskab, kan nu automatisk rette kravet mod det fortsættende.

Kravet forfalder ikke som følge af fusionen, idet det tværtimod går over på det fortsættende selskab i den stand, hvori det var. Der sker således en form for lovbundet debitorskifte. Kun hvis det skulle ske, at vurderingsmændene udtaler, at fyldestgørelsesmuligheden forringes, hvilket som nævnt forekommer noget teoretisk, kan der kræves sikkerhedsstillelse, hvis størrelse da i tilfælde af uenighed afgøres af skifteretten, jf. § 134 g.

Hvis en kreditor, fx en långiver, ikke på forhånd vil finde sig i, at det selskab A, som er hans debitor, fusionerer med selskab B, som herefter bliver hans debitor, må han tage højde herfor i låneaftalen, hvilket enkelt kan ske gennem en klausul om, at selskabets ophør gennem fusion er forfaldsgrund (hhv. at fusion er årsag til ejerskifteafdrag på pantebreve, der har selskabet som debitor). Mange (udenlandske) långivere kræver en sådan forfaldsklausul indføjet, når debitor er et selskab, og der er fuld aftalefrihed i så henseende. Der er intet til hinder for en endnu videregående klausul om, at selskabets deltagelse i en fusion, enten som ophørende eller som fortsættende selskab, skal være forfaldsgrund.

Samme – eller større – anledning kan der være til at skrive i en gensidigt bebyrdende aftale, fx en forhandlerkontrakt eller samarbejdsaftale, at fusion er opsigelsesgrund, men fra begge sider må disse forhold gennemtænkes nøje, for det er ikke rart for et selskab, at store dele af dets forpligtelser forfalder og mange af dets kontrakter kan opsiges, hvis det fusionerer.

Det kan også skrives i kontrakten, at det er forfalds- hhv. opsigelsesgrund, at selskabet overtages af et andet selskab (majoritetsovertagelse, takeover). Mange (udenlandske) medkontrahenter ønsker gennem sådanne klausuler at sikre sig mod, at den kontrakt, som de hidtil har haft med det fritstående selskab A, nu pludselig er en kontrakt med deres måske værste konkurrent, fordi A er overtaget af B gennem fusion eller majoritetsovertagelse.

Er der ikke aftalt noget i så henseende, må det fastholdes, at universalsuccessionen medfører, at kreditor hhv. medkontrahenten må finde sig i debitorskiftet mv., og hvis man herefter alligevel garnerer denne konstatering med et udsagn om, at forudsætningslæren måske konkret kan føre til det modsatte resultat, har man påny introduceret den usikkerhed, som de faste fusionsregler netop skulle søge at undgå; det må derfor antagelig fastholdes, at der ikke er plads til forudsætningslæren. Tilsvarende er den medkontrahent, der har sin aftale med A, som tungtvejende udgangspunkt afskåret fra at opsige aftalen, blot fordi A nu er blevet overtaget af B gennem en majoritetsovertagelse. Det er og bliver

jo samme juridiske person (A), der er kontraheret med. Også her kan aftalen dog foreskrive noget andet, fx opsigelsesret i tilfælde af majoritetsovertagelse.

Universalsuccessionen betyder også, at rettigheder mod det ophørende selskab af anden beskaffenhed end egentlige fordringer automatisk kan rettes mod det fortsættende selskab. Dette gælder både offentligretlige krav, fx et bødeansvar efter arbejdsmiljølovgivningen, jf. *UfR 1983.1105 V,* som dog synes unødigt konkret begrundet i stedet for at basere sig på princippet om universalsuccession, og skattekrav, fx selskabsskat, kildeskatter mv., og det gælder ligeledes privatretlige krav.

Universalsuccessionen gælder ifølge sin retsnatur ikke blot pligter, men også rettigheder. Således bliver det fortsættende selskab gennem fusionen ejer af alle det ophørende selskabs formuegoder, immaterielle rettigheder mv. Fast ejendom kan som følge af fusionen uden videre tinglyses som tilhørende det fortsættende selskab, biler kan omregistreres i dettes navn, VP-aktiver kan omregistreres mv. Den pågældende registrering er ikke udtryk for et ejerskifte, men alene for en ordensmæssig navneændring, og der er således ikke knyttet nogen form for omsætnings- eller kreditorbeskyttelse, ekstinktiv virkning mv. til en forsinkelse eller undladelse deraf.

Der vil således ikke være knyttet særskilte retsvirkninger dertil, selv om man forsømmer at få det nye navn tinglyst på én eller flere af selskabets faste ejendomme. Men hvis de senere skal sælges, og det fortsættende selskab skal underskrive som sælger, eller hvis selskabet skal udstede pantebrev mv., viser forsømmelsens ulemper sig, for i så fald må det fortsættende selskab først dokumentere over for tinglysningsdommeren, at det nu er dette selskab, der ejer ejendommen, og der må ske berigtigelse af tingbogens udvisende. Kravet i tinglysningslovens § 10, stk. 1, om tingbogshjemmel skal således også være opfyldt trods den selskabsretlige universalsuccession, jf. *UfR 2000.2459 H* om pantebrevsudstedelse fra et selskab efter fusion.

Når fusionen er godkendt af de relevante selskabsorganer og anmeldt til og registreret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, kan der ikke ændres i vilkårene for den, ej heller ud fra et forudsætningssynspunkt, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 7. januar 2000, *Årsberetningen 2000* s. 16 om en fusion mellem sparekasser. Princippet i afgørelsen – at der efter godkendelsen ikke kan ændres på fusionsaftalen, og at der ikke kan tages hensyn til forudsætninger, som ikke har fundet klart udtryk i teksten til fusionsaftalen – må også gælde for fusion mellem selskaber uden for finanssektoren.

3. Virksomheds- og majoritetskøb

Ved et påtænkt virksomhedskøb bør man stedse overveje retsformen for købet; skal denne ske via (a) fusion, (b) spaltning, (c) virksomhedskøb eller (d) majoritetskøb?.

Endvidere bør det overvejes, hvorvidt transaktionen skal ske skattepligtigt eller skatteneutralt.

Man bør derfor aldrig tage en hastig instruks, om at »Vi køber selskabet ...« for pålydende, men derimod nærmere efterprøve og overveje, hvad det er, der skal købes.

Selv blandt trænede praktikere synes det at kunne drages i tvivl, hvad der egentlig er aftalt: Et virksomhedskøb eller et køb af aktierne i det selskab, der ejer virksomheden, jf. *UfR 2001.545 H*, hvor en tysk køber af en virksomhed til miljørigtig rensning af kemikalieaffald efter aftalens indgåelse drog i tvivl, om det var virksomheden eller selskabet, der var købt. Køberen undlod derfor at deponere købesummen som aftalt, men tvivlen fandtes ikke at have berettiget køberen hertil, og sælger havde derfor med rette hævet handelen. Køberen blev erstatningspligtig, og det fandtes i øvrigt af Højesteret »utvivlsomt, at det alene var tale om overdragelse af aktiverne«, dvs. et virksomhedskøb.

Hvis der købes en aktiemajoritet, dvs. hvis der sker en majoritetsoverdragelse, afståelsesbeskattes sælgeren efter aktieavancebeskatningsloven (ABL), medmindre han opfylder betingelserne for skattefri aktieombytning i ABL § 13 og modtager vederlag i form af aktier eller anparter fra et modtagende selskab i Danmark eller et andet EU-land.

Købes der derimod en virksomhed, skal der udfærdiges en købekontrakt, og sælgeren afståelsesbeskattes for så vidt angår de enkelte aktiver, fx goodwill, driftsmateriel, driftsinventar, varelager etc., og der kan herved blive tale om skat af genvundne afskrivninger mv., medmindre sælgeren kan afstå skattefrit efter VOL (personers skattefri omdannelse af virksomhed til selskab) eller efter FUSL §§ 15 c-d (selskabers skattefri virksomhedssalg mod vederlag i aktier eller anparter fra det modtagende selskab). Til gengæld har køberen anskaffelssummerne at afskrive på for så vidt angår afskrivningsberettigede aktiver. Benyttes der én af de skattefri afståelsesmuligheder, succederes der imidlertid, og modstykket til sælgerens manglende afståelsesbeskatning er da køberens reducerede afskrivningsret og anskaffelsessum.

Det bør dog aldrig overses, at substansen af det købte i vid udstrækning er den samme, nemlig den virksomhed, der er »inden i« selska-

bet, og køberen må derfor nødvendigvis interessere sig indgående for substansen, uanset om han køber denne direkte som et virksomhedskøb eller indirekte via et køb af aktie- eller anpartsmajoritet. Checklisten vil derfor normalt også være den samme i begge situationstyper. Checklisten omfatter ikke blot relationerne til medarbejderne og herunder disses beskyttelse ved virksomhedsoverdragelse på baggrund af direktiv 2001/23, men også relationerne til virksomhedens kunder og herunder det i detaljer lovregulerede personadataspørgsmål i forbindelse med overdragelse af kundekartoteker, jf. *Torben Bang* i R&R 2002 nr. 3 s. 28 ff.

Hyppigt forlanges der af et sælgende selskabs ledelse, hhv. af målselskabets ledelse ved majoritetskøb, en såkaldt ledelseserklæring om alle væsentlige punkter.

Ofte foretages der forud for virksomheds- eller majoritetskøb en såkaldt *due diligence* undersøgelse. En sådan undersøgelse er i virkeligheden udtryk for en systematisk gennemførelse af køberettens undersøgelsespligt, dvs. af grundsætningen om *caveat emptor* (købelovens § 47). Den her påviste sammenhæng med caveat emptor princippet betyder dog ikke, at virksomheds- eller majoritetssælgeren kan påtvinge den potentielle køber at foretage en due diligence undersøgelse, i samme omfang som han kan »påtvinge« ham at foretage en rimelig undersøgelse efter § 47. Due diligence er så tids- og omkostningskrævende, at en mindre form for undersøgelse hyppigt vil være tilstrækkelig. Af det forhold, at der i erhvervslivet hyppigt foretages due diligence, må man således ikke drage den juridiske slutning, at undladelse af noget sådant, hhv. undladelse efter sælgers opfordring, medfører fortabelse af beføjelser. Blandt de forhold, som en due diligence ville bringe for dagen, er der mange, som sælger af egen drift ville skulle oplyse for at opfylde sin loyale oplysningspligt som sælger. Men hvis due diligence foretages, vil den afskære indsigelser om forhold, der burde være opdaget. Nægtes kan det derfor ikke, at der vil kunne opregnes situationer, hvor køber er ringere stillet med end uden due diligence.

Due diligence kan tillige anskues i et andet retligt lys end *caveat emptor* spørgsmålet i relationen mellem virksomhedens sælger og dens køber: Anskuer man virksomhedskøbet selskabsretligt i det købende selskab, vil foretagelse af en due diligence normalt høre til de naturlige direktionspligter hos køberselskabet, således at der efter omstændighederne kan blive tale om direktionsansvar, hvis der lides tab på forhold, som kunne være opdaget gennem en due diligence undersøgelse, jf. *Rüdiger Werner* i ZIP 2000 s. 989 ff., der dog antagelig anlægger en

noget strengere målestok for direktionsansvaret, end man vil gøre efter dansk ret.

En due diligence undersøgelse vil normalt kunne afsløre, hvorvidt der er forhold i virksomheden/selskabet, som (1) skal rettes for købers regning, eller som (2) bør medføre prisafslag i forhold til parternes forhandlingsmæssige udgangspunkt. Om *due diligence* i teoretisk-juridisk belysning se nærmere *Marcus Lutter* i ZIP 1997 s. 613 ff. Om den praktiske fremgangsmåde, aftalegrundlaget for due diligence mv. se nærmere *Advokatsamfundet:* »Vejledning i gennemførelse af juridisk due diligence« og »Guiedelines for Legal Due Diligence«.

Der er grundlæggende 3 metoder til risikoafdækning ved virksomheds- eller majoritetskøb, jf. *Henrik Rothe* i R&R 1995 nr. 5 s. 9 ff.: (1) Forudgående undersøgelse (dvs. den her omtalte due diligence), (2) forskellige former for garantier/indeståelser fra sælger og/eller (3) at gøre den endelige købesum afhængig af objektive forhold, nemlig (3a) af en bestemt indtjening i en efterfølgende periode (såkaldt *earn-out*) eller (3b) af visse regnskabstal pr. overtagelsesdagen (måles efterfølgende).

En due diligence undersøgelse er ofte meget kostbar, og det har i litteraturen været betvivlet, at den er pengene værd, jf. tvivlende *Carsten Tvede-Møller* i R&R 1995 nr. 5 s. 14 ff. En sådan undersøgelse havde jo nok været pengene værd for fx Færøernes Landsstyre, da det købte majoriteten i Færøya Banki i 1993; generelt tror jeg, at disse undersøgelser er af værdi, men det er klart, at køberen kan spare penge, hvis han selv disponerer over egnede folk til undersøgelsen, frem for at skulle købe al bistanden hos advokater og revisorer. Spørgsmål om due diligence behandles af *Bent Hansen* i R&R 1995 nr. 5 s. 7, af *Henrik Rothe* i R&R 1995 nr. 5 s. 9 ff. og af *Carsten Tvede-Møller* i R&R 1995 nr. 5 s. 14ff. Købers adgang til at foretage due diligence vil normalt skærpe køberens undersøgelsespligter, så sælgeren dermed kan drages til ansvar for skjulte mangler i mindre udstrækning end ellers, jf. *RG 2000.586* Sunnfjord herredsrett, om overdragelse af aktiemajoriteten i Kvalo Fiskefarm A/S.

Købers adgang til at foretage en due diligence undersøgelse vil normalt skærpe køberens undersøgelsespligter, så køberen i videre omfang må bære risikoen for skjulte mangler, jf. fx *RG 2000.586* Sunnfjord herredsrett om køb af en aktiemajoritet i Kvalo Fiskefarm A/S, hvor majoritetskøberen måtte bære risikoen for, at biomassen af laks og ørred på overtagelsestidspunktet viste sig at have været 6% (godt 0,5 mio. kr., sammenholdt med en samlet købesum på 23 mio. kr. for aktierne) mindre end angivet af sælgeren. Dommen har udførlige betragtninger,

der vil kunne overføres til dansk ret, om risikofordelingens forskydning i tilfælde af due diligence.

Due diligence kan tillige anskues i et andet retligt lys end *caveat emptor* spørgsmålet i relationen mellem virksomhedens sælger og dens køber: Anskuer man virksomhedskøbet selskabsretligt i det købende selskab, vil foretagelse af en due diligence normalt høre til de naturlige direktionspligter hos køberselskabet, således at der efter omstændighederne kan blive tale om direktionsansvar, hvis der lides tab på forhold, som kunne være opdaget gennem en due diligence undersøgelse, jf. *Rüdiger Werner* i ZIP 2000 s. 989 ff., der dog antagelig anlægger en noget strengere målestok for direktionsansvaret, end man vil gøre efter dansk ret.

Konstateres der trods al forudgående forsigtighed forhold, som køberen mener at kunne påberåbe sig som mangler, må det spørgsmål behandles, hvilket mangelsbegreb vi overhovedet opererer med ved virksomheds- eller majoritetskøb. Principielt kan det fastslås, at købelovens regler også anvendes på virksomhedskøb, omend med betydelig tolerance, jf. i særlig grad caveat emptor grundsætningen; også på aktie- og anpartskøb anvendes købeloven principielt, jf. forudsætningen i købelovens § 19.

Særligt for så vidt angår majoritetskøb kan man dog rejse det spørgsmål, om man skal anvende købelovens regler, eller om der snarere er anledning til en analogislutning fra gældsbrevslovens § 10; efter denne bestemmelse indestår overdrageren af en fordring ikke for fordringens bonitet (han indestår ikke for, at *nomen esse bonum*), dog at der kan være handlet erstatningspådragende, typisk gennem forsømmelse af sælgerens loyale oplysningspligt.

Antagelig bør der sondres, således at man ved køb af en minoritetsaktie vil kunne anvende gældsbrevslovens § 10 analogt, således at man herved ikke kan klage over »substansen« i selskabet, mens der ved køb af en majoritetspost, ligesom ved virksomhedskøb, må ske anvendelse af købelovens mangelsbegreb, omend som nævnt med en betydelig tolerance som følge af salgsgenstandens kompleksitet. Det kommer herved ofte i betragtning, at end ikke en eneaktionær kan kende selskabet så godt, at der kan statueres et traditionelt købelovsansvar.

Ansvar for fakta og for budgetter må bedømmes således, at der kun består et ansvar for rigtigheden af oplyste fakta (og da normalt kun efter en culpagrundsætning, medmindre der er anvendt ord som »Sælger indestår for ...« eller tilsvarende), hvorimod der normalt ikke vil være noget

ansvar for konklusioner, skøn mv. »Indeståelsen« drejes derimod 180 grader, hvis der anvendes ordene »... indestår for, at der ham bekendt ...«, idet der nu ikke er tale om en hæftelse på objektivt grundlag (ikke tale om en tilsikring, garanti), men derimod alene om en faktuel oplysning, hvis rigtighed må bedømmes ud fra et almindeligt erstatningsansvar, dvs. ud fra sælgerens loyale oplysningspligt.

Netop fordi der ved virksomheds- eller majoritetskøb er tale om en kompleks salgsgenstand, skal køberen sætte sig godt ind i detaljer (*caveat emptor* = køberen skal tage sig i agt). Der må antages at gælde en rummelig reklamationsfrist efter køb, men 1 års fristen gælder dog, jf. købelovens § 54.

Mange sager om ansvar for virksomheds- eller majoritetskøb falder ud til sælgerens fordel, idet der stilles betydelige krav til køberens undersøgelse.

Praksis ved både domstole og voldgiftsretter er tilbageholdende med hensyn til mangelsbeføjelser.

Se blot eksempelvis sagen om Norup & Bramsted Offset A/S, *UfR 1994.698 H*, hvor Nordania Leasing reelt bestemte i et kriseramt trykkeriselskab, og hvor aktiekapitalen i A/S'et solgtes (efteråret 1987) til 3 professionelle købere, bl.a. en advokat. Købernes væsentligste beslutningsgrundlag var et »Budget 1988«, som var ganske optimistisk. Allerede i løbet af 1988 gik driften rent galt, og i 1989 gik A/S'et konkurs. Køberne mistede både købesummen og deres supplerende indskud, i alt 33 mio. kr. Tabet krævedes erstattet af Nordania (som ansås som rette sagsøgte = den reelle sælger). To dommere i landsretten og en enig Højesteret lagde imidlertid afgørende vægt på, at købene ikke burde have baseret købet alene på »Budget 1988«. De burde have foretaget egne undersøgelser, og særligt burde de have reageret på 3 faresignaler: (1) et brev fra A/S'ets revisor om, at selskabet ikke levede op til sine budgetter, (2) det forhold, at A/S-bestyrelsen fraskrev sig ansvaret for alle oplysningerne (dvs. en ledelseserklæring blev ikke udstedt), og (3) køberne kunne af bestyrelsen ikke få lov at gennemgå virksomheden med egne rådgivere.

Et tilsvarende resultat nåede man i *UfR 1994.808 H* (summarisk gengivet), hvor der var købt en restaurant. Der blev hverken givet erstatning (der statueredes således ikke forsømmelse af sælgers loyale oplysningspligt) eller statueret ugyldighed efter aftalelovens § 36 (der var argumenteret ud fra et anbringende om en urimeligt høj købesum).

Se om et køb af en lampefabrik *J.U. 1996.103 V*. Her var indsigelse nr. 1, at det ikke var oplyst over for køberen, at selskabets priser til dets hoved-aftager (Ikea) var blevet nedsat, men landsretten gav ikke prisafslag eller erstatning

herfor; køberen måtte regne med prissvingninger. Indsigelse nr. 2 var, at det ikke fra sælgeren var oplyst, at diverse lønforhøjelser var blevet aftalt med selskabets personale, men ej heller herfor blev der givet prisafslag eller erstatning. Køberens indsigelse nr. 3 var en ren substansindsigelse, nemlig at selskabets ejendom var mangelfuld, og landsretten gav 87.000 kr. i erstatning herfor. Der var ud fra en samlet betragtning i sandhed tale om et magert resultat for den utilfredse køber.

Helt anderledes forholder det sig, hvis der kan påvises væsentlige forkerte eller tilbageholdte oplysninger fra sælgerens side, og adskillige mangelssager ved virksomheds- eller majoritetskøb drejer sig derfor herom. I så fald kan der gives erstatning (idet sælgerens loyale oplysningspligt da er forsømt). Derfor argumenteres der oftest på to fronter: (a) en værdiforringende mangel (dvs. et objektivt krav om prisafslag) og (b) den loyale oplysningspligt er forsømt (dvs. et anbringende om culpa og dermed et krav om erstatning).

Se fx *UfR 1996.928 H*, hvor to brødre købte virksomhed, der fabrikerede »ultralette«, typegodkendte campingvogne. Disse var imidlertid meget tungere end angivet af sælgerne, og der var derfor udgifter til ny typegodkendelse (og merudgift pr. produceret vogn). Køberne fik medhold i krav mod både (1) det sælgende A/S og (2) dettes eneaktionær og direktør, idet der simpelthen forelå en til svig grænsende optræden. Købesummen for virksomheden var 2,5 mio., og landsretten gav 1,5 mio. (som påstået) erstatning, men Højesteret tillod endog forhøjelse af påstanden til 2,3 mio. kr.!

Se ligeledes en norsk højesteretsdom om majoritetskøb, *ND 1996.607 H*, hvor køberen havde erhvervet atiemajoriteten i et ingeniør-selskab, der borede efter olie. Sælgeren havde imidlertid »glemt« at fortælle, at han selv var ved at udtage patent på nogle af selskabets processer (et olieboretårn), og på dette grundlag kendte Norges Højesteret aktiehandelen ugyldig (jf. aftalelovens § 33 om almindelige aktsomheds- og loyalitetspligter i kontraktsforhold).

Svensk litteratur vil sondre mellem »forhandlede« og »uforhandlede« aktiekøb, jf. *Mats Sacklén* i SvJT 1993 s. 812 ff. Se desuden en doktordisputats af *Christina Hultmark*: »Kontraktsbrott vid köp av aktier – särskilt om fel«, anmeldt af *Stefan Lindskog* i SvJT 1993 s. 97 ff. og af *Erik Werlauff* i UfR 1993 B s. 407 f.

Købers adgang til at foretage en due diligence undersøgelse vil normalt skærpe køberens undersøgelsespligter, så køberen i videre omfang må bære risikoen for skjulte mangler, jf. fx *RG 2000.586* Sunnfjord herredsrett om køb af en aktiemajoritet i Kvalo Fiskefarm A/S, hvor majoritetskøberen måtte bære risikoen for, at biomassen af laks og ørred

på overtagelsestidspunktet viste sig at have været 6% (godt 0,5 mio. kr., sammenholdt med en samlet købesum på 23 mio. kr. for aktierne) mindre end angivet af sælgeren. Dommen har udførlige betragtninger, der vil kunne overføres til dansk ret, om risikofordelingens forskydning i tilfælde af due diligence.

Hvis majoritets- eller virksomhedskøberen retter et erstatningskrav mod andre end sælgeren, er det almindelige erstatningsgrundsætninger, der finder anvendelse. Dette gælder både ved bestyrelses- og revisoransvar. Typisk vil ansvarstemaet være, hvorvidt bestyrelsesmedlemmet, direktøren eller revisor burde have gjort køber opmærksom på værdiforringende omstændigheder. Her vil imidlertid kravene til en professionel køber kunne medføre, at erstatningspligten bortfalder.

Hvis et selskab i økonomiske vanskeligheder sælger sin virksomhed, skal dette ske på sådanne vilkår, at der ikke gøres vold på de insolvensretlige principper om ligestilling af kreditorer. Usikret selskabsgæld, der alene ville kunne påregne en dividende, må derfor ikke overtages af virksomhedskøberen som en del af købesummen med den følge, at den usikrede kreditor opnår fyldestgørelse på de øvrige kreditorers bekostning, jf. *UfR 1989.812 H* om bestyrelsesansvar for et virksomhedssalg, hvor en usikret kreditor fik fuld dækning gennem salgsvilkårene (reelt en »klapfejl« hos bestyrelsen ved godkendelse af vilkårene for virksomhedssalget). Sker der betaling fra virksomhedskøberen direkte til en usikret selskabskreditor til skade for de øvrige, må tilbagesøgning kunne ske endog hos en godtroende kreditor, såfremt de almindelige omstødelsesregler om omstødelse af betaling med usædvanligt betalingsmiddel inden for omstødelsesfristen er opfyldt, eftersom betalingen må betragtes som en betaling fra selskabet, jf. svensk dom i *NJA 1996.333 HD (= ND 1997.313 HD)*.

Når en virksomhed overdrages fra en overdrager til en erhverver, er det væsentligt at understrege, at der som udgangspunkt ikke indtræder materiel (civilretlig) succession i relation til overdragerens medkontrahenter. Den, der kontraherede med overdrageren i henhold til en låneaftale, en leveringsaftale eller anden form for gensidigt bebyrdende kontrakt, er ikke pligtig at tåle aftalens overgang (på uændrede vilkår) til erhververen, idet der i så fald ville foreligge et tvungent debitorskifte, jf. bemærkningerne i *TfS 2003.575 H*. Overgang af fast ejendom fra virksomhedens overdrager til dens erhverver kan ikke blot som ved fusion, spaltning eller omdannelse noteres i tingbogen, men kræver udarbejdelse og tinglysning af et sædvanligt adkomstdokument (et skøde) som ved andre overdragelser af fast ejendom, jf. *UfR 2003.245 Ø*.

Forholdet ved virksomhedsoverdragelse adskiller sig dermed afgørende fra, hvad der gælder ved lovreguleret fusion, spaltning og selskabsomdannelse. Selv om der skatteretligt kan finde succession sted, er det ikke sikkert, at der dermed også kan finde civilretlig succession sted. Erhververen må derfor som tungtvejende udgangspunkt rette henvendelse til overdragerens medkontrahenter og spørge, om de vil acceptere, at overdrageren udgår som medkontrahent og erhververen indtræder i hans sted, dvs. at der anmodes om en novation (fornyelse) af aftalen. Måske vil tredjemand benytte anledningen, da han ikke er forpligtet til at kontrahere med erhververen, til at forlange visse af aftalevilkårene justeret, inden han eventuelt accepterer at kontrahere med erhververen. Eller tredjemand vil måske under ingen omstændigheder kontrahere med erhververen, som kunne tænkes at være hans argeste konkurrent.

Både succession og universalsuccession er udslag af et princip om indtræden i en andens retsstilling. Skatteretlig succession er udtryk for en indtræden i en andens skattemæssige stilling, dvs. at ret og pligt i forhold til én modpart: skatteväsenet, overtages. Universalsuccession er derimod et selskabsretligt udtryk for, at al ret og pligt overgår til den indtrædende, jf. fx AL § 134 h, dvs. at ret og pligt i forhold til alle overtages.

Det er vigtigt at understrege, at områderne for selskabsretlig universalsuccession og for skatteretlig succession ikke er sammenfaldende. De kan optræde sammen, men der kan også peges på et antal tilfælde, hvor det ene optræder uden det andet.

Der skal være hjemmel til civilretlig (universal)succession og til skatteretlig succession. Hvis ikke denne hjemmel kan påvises, må man selskabsretligt, uanset om man terminologisk anvender udtrykket fusion, operere med likvidation og herved indfri gæld, og man må skatteretligt operere med afståelse, jf. *Erik Werlauff* i UfR 1996 B s. 202 ff. Også skatteretligt skal der kunne påvises hjemmel til succession, jf. fx *UfR 2001.803 H* (= *TfS 2001.154 H)*, der nægter et ejendomsselskab inden for Top-koncernen succession i sit sælgerselskabs anskaffelsestidspunkt efter en koncernintern overdragelse, og *TfS 2000.586 LSK*, hvorefter fusion af en andelsboligforening og en ejerlejlighedsforening, med sidstnævnte som fortsættende forening, ville medføre ophørsbeskatning af førstnævnte. Den virksomhedsoverdragelse, der accepteredes ved *TfS 2000.568 LR* fra et datterselskab D til et partnerselskab »DD P/S«, kunne givetvis ikke ske med skattemæssig succession (hvilket dog ikke er genstand for afgørelsen).

De tilfælde, hvor der foreligger civilretlig (universal)succession, men

ikke skatteretlig succession, kan sammenfattes således: Fusion af aktie- og anpartsselskaber samt spaltning af aktieselskaber kan ske under anvendelse af universalsuccession, jf. AL §§ 134 h og 136 og ApL § 65, men hvis ikke FUSL's regler kan bringes eller ønskes bragt i anvendelse, indtræder der ikke skatteretlig succession, men afståelsessbeskatning. Et partnerselskab, dvs. et kommanditselskab på aktier, kan omdannes til aktieselskab, jf. AL § 134 n, og omvendt, jf. § 134 m, men der findes ikke skatteretlige modstykker hertil til sikring af skattemæssig succession, jf. *Jacob Hjortshøj* i SpO 1996 s. 50 ff.

De tilfælde, hvor der foreligger skatteretlig succession, men ikke civilretlig (universal)succession, kan sammenfattes således: 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. 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, frafaldes, jf. fx *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.

Lov omlønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse er et eksempel på, at der lovmæssigt skabes grundlag for en civilretlig succession, idet de lønmodtagere, der omfattes af beskyttelsen, overgår til virksomhedens erhverver, som herved indtræder i ret og pligt i forhold til de overtagne medarbejdere på samme måde,som hvis de hele tiden havde været ansat hos erhververen. Den materielretlige succession, som virksomhedsoverdragelsen er udtryk for i retsforholdet mellem på den ene side overdrager/erhverver, på den anden side medarbejder, gælder imidlertid ikke i relation til tredjemand. Her er vi tilbage ved udgangspunktet: ingen civilretlig succession, og her må det derfor afgøres efter de retsregler, der gælder for det pågældende forhold, hvorvidt succession kan statueres eller ej. Udgangspunktet vil være, at der – modsat den materielretlige succession ved fusion, spaltning og selskabsomdannelse – ikke foreligger succession, og at der således påbegyndes et nyt retsforhold mellem erhververen og den pågældende tredjemand, jf. fx *UfR 2002.544 H*, hvor erhververens retsforhold til Arbejdsgivernes Elevrefusion (AER) vedrørende beregningen af refusion til en elev, der medfulgte virksomheden, skulle bedømmes som et nyt retsforhold, ikke

som en kontinuering af det hidtidige retsforhold til overdrageren. Der blev herved lagt vægt på en fortolkning af retsgrundlaget for AER og på AER's mangeårige faste praksis.

4. Særligt om egentlig fusion mellem selskaber med hjemsted i forskellige lande

Det endnu ikke gennemførte udkast til direktiv om internationale fusioner (10. selskabsdirektiv) er i vidt omfang opbygget med fusionsdirektivet som forbillede, suppleret med de nødvendige internationale aspekter. Udkastets vigtigste opgave er at skabe den fornødne hjemmel til international fusion, som ellers ville bero på medlemsstaternes lovgivning, eventuelt i forbindelse med bi- eller multilaterale traktater mellem staterne. Udkastet har nær sammenhæng med udkastet til 14. selskabsdirektiv om grænseoverskridende flytning af selskabets hjemsted og dermed skift af nationalitet.

Gennem international fusion må et selskab ikke kunne omgå regler om medarbejderrepræsentation i selskabsorganer, som består i selskabets registrerings- eller hovedsædestat. En sådan omgåelse ville kunne finde sted, såfremt selskabet ophørte gennem fusion med et selskab i en anden medlemsstat, som ikke havde tilsvarende medarbejderbeskyttelse. Det følger heraf, at hvis direktivet om international fusion bliver gennemført inden strukturdirektivet og dettes regler om medarbejderrepræsentation, skal en medlemsstat kunne erklære, at den ikke vil anvende direktivet om international fusion på sådanne selskaber, hvori der efter statens lovgivning består medarbejderrepræsentation i et eller flere selskabsorganer, jf. art. 1(3). Samtidig finder man her årsagen til, at udkastet til direktivet om international fusion og udkastet til direktiv om grænseoverskridende hjemstedsflytning endnu ikke har kunnet vedtages: De indeholder forskrifter om medarbejderspørgsmål og kan dermed blokeres af blot en enkelt medlemsstat, jf. Traktatens art. 95 (tidligere art. 100 A). Tyskland vil ikke give afkald på medarbejderrepræsentation (Mitbestimmung), og Storbritannien har i hvert fald under sine hidtidige regeringer ikke villet vide af obligatoriske lovregler om noget sådant.

Ligesom det er tilfældet ved fusion mellem selskaber i samme stat, skal medarbejderne i tilfælde af international fusion beskyttes i overensstemmelse med reglerne i direktiv 2001/23 (tidligere direktiv 77/187), jf. art 1(4) i udkastet til direktiv om international fusion.

Direktivet om international fusion skal alene omfatte aktieselskaber,

jf. art. 1(1). Det står staterne frit for at anvende reglerne tilsvarende på fx anpartsselskaber.

Bortset fra den foran nævnte undtagelse til forebyggelse af, at selskaber omgår reglerne om medarbejderrepræsentation, skal direktivets anvendelse være tvingende for medlemsstaterne, jf. art. 2(1). Muligheden for, at selskaberne kan fusionere grænseoverskridende, betragtes som så væsentligt, at den ikke blot skal være et »tilbud« til medlemsstaterne, men en forpligtelse for disse.

Fusionen er international i direktivets forstand, hvis der i fusionen deltager to eller flere selskaber, som er undergivet retssystemet i forskellige medlemsstater, jf. art. 3. Det er herved ikke afgørende, af hvilken årsag selskaberne er underkastet en bestemt medlemsstats retssystem, hvilket kan være tilfældet dels som følge af selskabets registrering i overensstemmelse med den pågældende stats retsforskrifter (inkorporationsteorien), dels som følge af selskabets forlæggelse af sit hovedsæde til den pågældende stat, uanset selskabets registreringsstat (hovedsædeteorien).

I øvrigt henviser direktivet i vidt omfang til fusionsdirektivet, ligesom det anvender dettes begreber og systematik.

Mens selve fusionsdirektivet ikke er til hinder for strengere krav i medlemsstaternes lovgivning, kan direktivet om international fusion kun virke efter sin hensigt, hvis det både er et minimums- og et maksimumdirektiv. Det foreskrives derfor i art. 5(1) i udkastet til direktiv om international fusion, at medlemsstaterne ikke kan opstille flere krav til indholdet af fusionsplanen, end hvad der fremgår af fusionsdirektivets art. 5(2).

Hvis blot én af de stater, hvis retsorden de deltagende selskaber er underkastet, forlanger, at fusionsplaner skal offentligt bekræftes, skal dette krav gælde for fusionsplanen i en international fusion, jf. art. 5(2).

I det omfang en eller flere af medlemsstaternes lovgivning kræver forebyggende judiciel eller administrativ kontrol af fusionens retmæssighed, anvendes disse retsforskrifter på de pågældende selskaber, jf. art. 10(1).

Fusionsplanen offentliggøres i overensstemmelse med publicitetsdirektivets art. 3, jf. art. 6 i udkastet til direktiv om international fusion. Her er – som ved en ren national fusion – den simple henvisning til, at fusionsplanen henligger til eftersyn i et register, ikke tilstrækkelig, og der er derfor foreskrevet angivelse af visse yderligere oplysninger, jf. nærmere herom i art. 6.

Medlemsstaternes lovgivning må ikke stille strengere krav til en gene-

ralforsamlings vedtagelse af international fusion, end hvad der gælder for en vedtagelse om national fusion, jf. art. 7.

Der udpeges uafhængige eksperter med henblik på udarbejdelse af en beretning, ganske som ved national fusion, jf. art. 8(1) i udkastet til direktiv om international fusion. Reglerne om eksperternes udpegning følger den lovgivning, som dét selskab er underkastet, til hvis aktionærer ekspertberetningen skal udarbejdes, jf. art. 8(2).

Selskabernes kreditorer beskyttes i overensstemmelse med fusionsdirektivets art. 13 og 14, jf. art. 9 i udkastet til direktiv om international fusion.

Det tidspunkt, fra hvilket den internationale fusion opnår virkning, retter sig efter, hvad der gælder i den medlemsstat, hvis retssystem det fortsættende selskab er underkastet, jf. art. 11. Tidspunktet må dog ikke indtræde, før alle formaliteterne omkring fusionen er gennemført for hvert enkelt deltagende selskab efter de regler, der gælder for det pågældende selskab.

International fusion må hverken udløse avancebeskatning hos det ophørende selskab eller beskatning hos dettes aktionærer, jf. nærmere fusionsbeskatningsdirektivet, 90/434. Dette direktiv finder kun anvendelse, når der i fusionen deltager selskaber fra mindst to medlemsstater.

Fra den 8. oktober 2004, hvor SE-forordningen trådte i kraft, er fusion mellem aktieselskaber med hjemsted i forskellige lande mulig, når målet hermed er at stifte et SE-selskab. Aktieselskaber (således som disse er defineret i bilag I til SE-forordningen), som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og som har deres vedtægtsmæssige hjemsted og deres hovedkontor i EU (men ikke nødvendigvis i den samme stat som det vedtægtsmæssige hjemsted), kan fra den nævnte dato stifte et SE-selskab ved fusion, hvis mindst to af selskaberne hører under forskellige medlemsstaters lovgivning, jf. SE-forordningens art. 2(1). Hermed bliver grænseoverskridende fusion omsider mulig, men kun når den sker i det bestemte øjemed: at stifte et SE-selskab gennem fusionen. Det er ganske enestående, at nationale aktieselskaber herefter kan fusionere grænseoverskridende. Så længe udkastet til 10. selskabsdirektiv ikke er gennemført, er en sådan international fusion ellers ikke mulig, men hvis den sker netop med henblik på at stifte et SE-selskab, er den ikke desto mindre mulig.

De fusionerende selskabers ledelses- eller administrationsorgan udarbejder en fusionsplan, jf. SE-forordningens art. 20(1). Generalforsamlingen i hvert af de fusionerende selskaber skal godkende planen, jf.

forordningens art. 23(1). Afgørelse om medarbejderindflydelsen i SE-selskabet træffes derimod i henhold til direktiv 2001/86, jf. art. 23(2), dvs. at dette spørgsmål som udgangspunkt er unddraget generalforsamlingens kompetence. Generalforsamlingen i hvert af de fusionerende selskaber kan imidlertid gøre registreringen af SE-selskabet betinget af, at generalforsamlingen udtrykkeligt har godkendt de ordninger, der således er truffet afgørelse om, jf. art. 23(2), sidste led. I så fald kan det blive nødvendigt at forelægge sagen på ny for generalforsamlingen. Ordningen svarer til den betingelse, som generalforsamlingen i hvert enkelt deltagende selskab kan stille, hvis der i stedet for fusion vælges stiftelse af et SE-holdingselskab, jf. forordningens art. 32(6).

Eftersom fusionen har grænseoverskridende karakter, må der i forordningen træffes et internationalt lovvalg med henblik på beskyttelse af kreditorers og minoritetsaktionærers interesser. Dette er sket gennem en forskrift om, at lovgivningen i den medlemsstat, som det enkelte selskab hører under, finder anvendelse på beskyttelsen af (a) »de fusionerende selskabers« kreditorer, (b) indehavere af obligationer i »de fusionerende selskaber«, og (c) indehavere af andre værdipapirer end aktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder »i de fusionerende selskaber«, jf. SE-forordningens art. 24(1). Der er ikke tale om nogen klar bestemmelse. Den gentagne anvendelse af udtrykket »de fusionerende selskaber« kunne lade formode, at det enkelte lands lovgivning skal beskytte rettighedshaverne i alle selskaberne, men dette er givetvis ikke meningen med bestemmelsen. Lovgivningen skal retteligt beskytte rettighedshaverne i det eller de selskaber, der hører under netop dette lands lovgivning. Anlagde man ikke denne fortolkning, ville rettighedshaverne kunne blive udsat for en beskyttelse af afvigende indhold fra flere landes lovgivninger, og det fremgår tværtimod af indledningen til bestemmelsen, at dens formål er at tage højde for det forhold, at fusionen har grænseoverskridende karakter – dvs. dens formål er at foretage et internationalt lovvalg.

For hvert fusionerende selskab foretages kontrollen af lovligheden af den del af fusionen, der vedrører dette selskab, efter lovgivningen om fusion mellem aktieselskaber i den medlemsstat, selskabet hører under, jf. forordningens art. 25(1).

En ret, en notar eller en anden kompetent myndighed i hver af de berørte medlemsstater udsteder en attest, som er det endelige bevis på, at alle de »handlinger og formaliteter« (engelsk: the pre-merger acts and formalities; fransk: des actes et des formalités préalables à la fusion; tysk: die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen

und Formalitäten), der skal opfyldes forud for fusionen, er afsluttet, jf. forordningens art. 25(2). Udtrykket »en attest, som er det endelige bevis« forekommer ikke entydigt. Den engelske tekst har ordene »... a certificate conclusively attesting ...«. Den franske tekst har: »... un certificat attestant d'une manière concluante ...«, mens den tyske har: »... eine Bescheinigung ..., aus der zweifelsfrei hervorgeht ...«. Det ses af disse øvrige sproglige versioner, at der med formuleringen ikke tænkes på selve beviskraften, men snarere på, at den pågældende myndighed skal have efterprøvet spørgsmålet, således at der i attesten drages sikre og entydige konklusioner fra myndighedens side.

Med hensyn til selve fusionens gennemførelse og stiftelsen af SE-selskabet foretages kontrollen af fusionens lovlighed af en ret, en notar eller en anden myndighed, som i den medlemsstat, hvor SE-selskabet får sit vedtægtsmæssige hjemsted, har beføjelse til at føre tilsyn med »dette aspekt af lovligheden af fusion af aktieselskaber«, jf. forordningens art. 26(1). Hvert af de fusionerende selskaber indsender med henblik herpå den i art. 25(2) nævnte attest til den nævnte myndighed inden 6 måneder efter attestens udstedelse samt en kopi af den af selskabet godkendte fusionsplan, jf. forordningens art. 26(2). Den pågældende myndighed skal navnlig kontrollere, at de fusionerende selskaber har godkendt en enslydende fusionsplan, og at der er fastlagt ordninger for medarbejderindflydelse i henhold til direktiv 2001/86, jf. SE-forordningens art. 26(3).

Fusionen og den samtidige stiftelse af SE-selskabet får virkning fra den dato, hvor SE-selskabet er registreret i medfør af art. 12, jf. art. 27(1). Selskabet kan først registreres, når alle »formaliteterne« efter art. 25 (legalitetskontrollen i relation til hvert af de fusionerende selskaber) og art. 26 (legalitetskontrollen i relation til det SE-selskab, der stiftes) er afsluttet, jf. art. 27(2). Den gennemførte fusion skal for hvert af de fusionerende selskaber offentliggøres efter de nærmere bestemmelser i hver medlemsstats lovgivning i overensstemmelse med reglerne i publicitetsdirektivet, jf. forordningens art. 28.

Uanset om der vælges fusion ved overtagelse eller ved stiftelse – opereres med det princip om civilretlig universalsuccession, som selskabsretligt er fusionens centrale kendemærke, jf. ordene i både art. 29(1) og art. 29(2): »... aktiver og passiver overgår som helhed til SE-selskabet«. Princippet om (selskabsretlig, materiel) universalsuccession er et karakteristisk og uhyre vigtigt træk ved fusion – til forskel fra fx virksomhedsoverdragelse, jf. nærmere *Erik Werlauff* i UfR 1996 B s. 292 ff. Den, der før havde penge til gode hos det ophørende selskab,

kan nu automatisk rette kravet mod det fortsættende. Kravet forfalder ikke som følge af fusionen, idet det tværtimod går over på det fortsættende selskab i den stand, hvori det var. Der sker således en form for lovbundet debitorskifte.

Hvis man finkæmmer SE-forordningen og dens præambel for bestemmelser mv. om fusion, finder man kun de ovenfor behandlede forskrifter om almindelige aktieselskabers grænseoverskridende fusion med henblik på at stifte et SE-selskab, dvs. reglerne i forordningens art. 2(1) og art. 17-31. Umiddelbart kunne dette tyde på, at et SE-selskab slet ikke kan indgå i en fusion, men en sådan slutning er ikke korrekt. Tværtimod skal de enkelte stater som nævnt sørge for, at SE-selskaber ikke diskrimineres i forhold til traditionelle nationale selskaber, jf. præamblens betragtning nr. 5. Med forbehold af bestemmelserne i forordningen behandles et SE-selskab derfor i hver medlemsstat som et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, jf. forordningens art. 10.

Man kunne udtrykke dette lidt slagordsagtigt: Hvad et almindeligt aktieselskab kan, kan et SE-selskab også. En fusion mellem SE-selskaber med hjemsted i forskellige stater må derfor være mulig i samme omfang, som almindelige aktieselskaber kan deltage i en sådan grænseoverskridende fusion. Et SE-selskab skal således kunne deltage i stiftelsen af et SE-selskab i samme omfang og på samme vilkår, som et almindeligt aktieselskab kan deltage i en sådan stiftelse, jf. atter det nævnte ligestillingskrav. Når således almindelige aktieselskaber med vedtægtsmæssigt hjemsted i forskellige stater kan fusionere og herved danne et SE-selskab, må også SE-selskaber kunne indgå i en sådan fusion, som resulterer i et SE-selskab i én af staterne. Den kontrol med hensyn til medarbejderrepræsentation mv., som forordningen foreskriver, må herved finde anvendelse. Af samme årsag er det ubetænkeligt at tillade, at ét eller flere af de fusionerende selskaber er et almindeligt aktieselskab – kontrollen forud for registreringen af det fortsættende selskab skal under alle omstændigheder foretages i overensstemmelse med forordningens krav. Følgelig kan et SE-selskab indgå i en grænseoverskridende fusion med ét eller flere andre selskaber, der er almindelige aktieselskaber og/eller SE-selskaber, alt med henblik på at stifte et SE-selskab ved grænseoverskridende fusion på de vilkår, der opstilles i forordningen.

5. Fællesskabsretlig fusionskontrol

5.1. Baggrunden for reglerne om fusionskontrol

Umiddelbart kunne man måske antage, at EF-Traktatens konkurrenceretlige forskrifter er uden relevans for en selskabsretlig fremstilling som nærværende, og således var også virksomhedernes egen opfattelse gennem en årrække, jf. *Ulf Djurberg* i SvJT 1990 s. 677 ff.

Art. 81 EF (ex 85) om karteller forbyder alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Herefter giver art. 81(1)a-e eksempler på sådanne konkurrencebegrænsende aftaler. Art. 81(2) fastslår, at de er ugyldige. Art. 81(3) giver mulighed for at erklære stk. 1 uanvendeligt på visse kategorier af aftaler mv., som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved.

Art. 82 EF (ex 86) om monopoler forbyder én eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes. Art. 82, andet led, litra a-d eksemplificerer herefter (på en ikke udtømmende måde) forskellige former for misbrug.

Det, der er interessant i nærværende sammenhæng, er, i hvilket omfang man i stedet for at anvende disse »bagudskuende« konkurrenceretlige bestemmelser kan »skue fremad« og i stedet forhåndsforbyde sammenlægningen. Allerede tidligt var det Kommissionens opfattelse, at selve sammenslutningen, hvad enten denne ender med en formel fusion eller ej, kan indebære en overtrædelse af art. 81, og allerede i 1973 fremkom Kommissionen med udkast til en forordning om kontrol med virksomhedssammenslutninger. Udkastet stødte imidlertid på heftig modstand fra flere medlemsstater, og i de følgende år fik spørgsmålet alene lov at udvikle sig gennem Domstolens praksis.

Af Domstolens afgørelse i sagen *Centrafarm*, sag 15/74, Saml. 1974 s. 1147, fremgår det, at aftaler mellem koncernforbundne selskaber, typisk mellem et moderselskab og et datterselskab, ikke isoleret set kan udgøre en konkurrencebegrænsning i relation til Traktatens art. 81, såfremt datterselskabet ikke kan handle selvstændigt – hvad det ofte ikke vil kunne. I så fald er Domstolen indstillet på at skue igennem det formelle for-

hold, at der foreligger separate juridiske personer, og i stedet betragte dispositionerne som foretaget inden for en enkelt virksomhed. Samme synsvinkel: At flere selskaber, der er ensrettet i deres handlemåde, skal betragtes som én virksomhed i art. 81's forstand, fremgår af Domstolens afgørelse af 24. oktober 1996, sag C-73/95-P, *Parker*. Det blev herved fastslået, at når datterselskaberne er helt »ensrettet« med moderselskabet i deres handlemåde, udgør de og moderselskabet én virksomhed i Traktatens artikel 85's forstand. Heraf følger, at koncernens handlemåde (fx samstemt pris-praksis) ikke udgør en konkurrenceforvridende aftale eller praksis mellem virksomheder – al den stund der ikke er tale om virksomhed*er*, men om én virksomhed, uanset den formelle opdeling på et antal selskaber.

Virkeligt slagkraftige kan art. 81 og 82 kun blive, hvis de også kan forhindre sådanne virksomhedssammenslutninger inden for EU, som kan rumme nærliggende fare for overtrædelse af i hvert fald art. 81. Kommissionen tabte efterhånden tålmodigheden og truede med at skride ind mod virksomhedssammenslutninger under direkte anvendelse af den daværende art. 85, og der blev gjort alvor af denne trussel i sagen *Philip Morris*, som endte med Domstolens afgørelse af 17. november 1987, sagerne 142/86 og 156/86:

To cigaretfabrikanter, Reynolds og BAT, havde klaget til Domstolen over, at Kommissionen med visse ændringer havde tilladt sammenslutningen »Philip Morris-Rothmans«. Ganske vist fik Reynolds og BAT ikke medhold ved Domstolen, men denne gav i sine udførlige præmisser anvisninger på, hvornår den ville være indstillet på at anvende daværende art. 85 direkte på virksomhedssammenslutninger. Konkret var der tale om en kapitalandel på 31,8% og en andel af stemmerettighederne på 24,9%. Selve aktieerhvervelsen var hovedformålet med virksomhedernes aftale, og virksomhederne var – i hvert fald i princippet – også indbyrdes uafhængige efter aftalen. Domstolen fastslog, at en sådan aftale om aktieerhvervelse i et konkurrerende selskab ganske vist ikke i sig selv indebærer en konkurrencebegrænsning i daværende art. 85's forstand, men at aktieerhvervelsen alligevel vil kunne fungere som et middel til at øve indflydelse på de deltagende virksomheders kommercielle handlemåde, alt med den følge, at konkurrencen på de markeder, hvor virksomhederne arbejder, begrænses eller fordrejes.

Om en konkurrencebegrænsning kunne der særligt blive tale, hvis køberselskabet retligt eller faktisk opnåede kontrol over det andet selskabs optræden på markedet, eller hvis erhvervelsen indebar mulighed

for at opnå en sådan kontrol, fx gennem erhvervelse af yderligere aktier på et senere tidspunkt. Aftalerne måtte således betragtes i deres helhed ud fra et samlet skøn.

5.2. Resultat: En forordning om fusionskontrol

Efter denne dom kom der fart også i virksomhedernes eget ønske om at få gennemført klare regler om en fællesskabsretlig kontrol med store virksomhedssammenslutninger. Årsagen til denne iver var begribeligvis, at der gennem Philip Morris-dommen skabtes en sådan retsusikkerhed med hensyn til, hvilke sammenslutninger der umiddelbart gribes af daværende art. 85, at det for virksomhederne ville blive meget vanskeligt på forhånd at fastslå deres retsposition. Dommen medvirkede således i høj grad til at berede vejen for fællesskabsretlige forskrifter om fusionskontrol. Et forslag til forordningen blev fremsat fra Kommissionen i 1988, og forordningen blev vedtaget den 21. december 1989 som forordning nr. 4064/89, med ikrafttræden den 21. september 1990, jf. art. 25(1).

Selvom det utvivlsomt var på sin plads at udstede en forordning om meget store virksomhedssammenslutninger, kan man på det retsteoretiske plan fortsat sætte spørgsmålstegn ved, om der er anvendt den rigtige teknik hertil af Kommissionen. Groft sagt stod der to alternative fremgangsmåder til disposition for Kommissionen: En negativ og en positiv. (a) En negativ formulering er udtryk for, hvad virksomhederne *ikke* må foretage sig uden at opnå Kommissionens forudgående samtykke. Det er denne teknik, der er brugt i forordningen, eftersom den nærmere definerer, hvornår der foreligger en virksomhedssammenslutning af fællesskabsdimension, som kun må gennemføres med Kommissionens forudgående tilladelse. Som hjemmel er som nævnt brugt Traktatens daværende art. 87 samt daværende art. 235 (gummiparagraffen: Såfremt en handling fra Fællesskabets side viser sig påkrævet for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål inden for fællesmarkedets rammer, og denne Traktat ikke indeholder fornøden hjemmel hertil, udfærdiger Rådet ... passende forskrifter herom). (b) Alternativet ville have været en positiv formulering, nemlig en angivelse af, hvilke virksomhedssammenslutninger der enten er så små af størrelse eller så acceptable af strukturmæssige årsager, at art. 81(1) på forhånd erklæres uanvendelig på dem (en gruppefritagelsesordning).

Philip Morris-dommen må sikkert forstås således, at art. 81(1) om kon-

kurrencefordrejende dispositioner også forbyder visse virksomhedssammenslutninger. Når hertil lægges, at forbudet således allerede eksisterer, ville den mest hensigtsmæssige fremgangsmåde formentlig have været at udstede forskrifterne som en gruppefritagelsesordning efter art. 81(3) i stedet for at anvende daværende art. 87 i kombination med art. 235.

Forskellen mellem (a) og (b) er reel, ikke blot et spørgsmål om citering af den rette hjemmel – skønt det ikke må glemmes, at brug af en forkert hjemmel i Traktaten kan medføre ugyldighed for den pågældende sekundære retsakt, jf. eksempelvis Domstolens annullationsdom af 11. juni 1991 i sag C-300/89, *Kommissionen mod Rådet*, der ophævede et urigtigt hjemlet miljødirektiv: En gruppefritagelsesordning tvinger Kommissionen til på forhånd meget nøje at definere, hvilke detaljerede kriterier der er afgørende for, om en sammenslutning vil kunne godkendes, selv om den begrænser konkurrencen inden for fællesmarkedet. I modsætning hertil indebærer den valgte ordning, at der er tale om en meget konkret afgørelse – omend under anvendelse af visse kriterier angivet i forordningens art. 2(1b) – som efter omstændighederne *kan* risikere at indebære en vis forskelsbehandling af virksomheder, alt efter den politiske storm, som Kommissionens sagsbehandling i disse følelsesladede sager, der berører tusinder af arbejdspladser, medfører. Den efterfølgende anvendelse af forordningen har vist, at disse betænkeligheder ikke er ubegrundede.

Der finder ganske betydelige strukturændringer af virksomhederne sted på tværs af grænserne, herunder i form af fusioner.Disse ændringer må som udgangspunkt hilses velkomne med henblik på forbedring af konkurrenceevnen. Men det må samtidig tilsikres, at omstruktureringsprocessen ikke forårsager en varig fordrejning af konkurrencen. Særligt fremhæves det, at medlemsstaternes monopolmyndigheder sædvanligvis ikke vil have ressourcer eller overblik til at gribe tilstrækkelig effektivt ind over for den konkurrencebegrænsning, der følger af grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger.

5.3. Fire grundprincipper – og forordningens revision i 2004

Forordningen er baseret på fire grundlæggende principper: (1) Kun meget store virksomhedssammenslutninger af fællesskabsdimension omfattes af forordningen, (2) sammenslutningen må ikke gennemføres, før den på forhånd er godkendt af Kommissionen, (3) sammenslutninger, der resulterer i en markedsdominerende stilling, er principielt uforenelige med det fælles marked, men der kan gøres undtagelser, og (4)

godkendelsesproceduren bør foregå meget hurtigt og med meget korte frister, også for Kommissionens vedkommende.

Ved *forordning nr. 139/2004* blev der indført væsentlige ændringer i fusionskontrolforordningen. Hvis fusionen skal anmeldes til flere EU-staters kartelmyndigheder, gælder det nu, at der såfremt fusionen har fællesskabsdimension, skal den alene anmeldes til EU-kommissionen, dvs. at såkaldte multiple fusioner omfattes af one-stop-shop princippet. Selv om fusionen ikke har fællesskabsdimension, kan virksomhederne anmode Kommissionen om at overtage sagen, hvis den ellers skulle efterprøves af myndighederne i 3 eller flere EU-stater. Der kan inden den formelle anmeldelse ske forudgående henvisning, idet virksomheder, der forudser at ville foretage en anmeldelsespligtig fusion, kan foretage »præanmeldelse« af fusionen og herved anmode om at få fusionen henvist til behandling hos en anden myndighed, fx at Kommissionen overtager en sag, der ellers ville have hørt under flere landes myndigheder. Den tidligere anmeldelsesfrist på en uge efter fusionsaftalens indgåelse er erstattet af en pligt til at foretage anmeldelse, »så snart« aftalen er indgået. Selve testen for fusionens godkendelse var tidligere en dominanstest, mens det nu snarere kan karakteriseres som en effektivitetstest. Samtidig er fristerne for fusionens behandling gjort mere fleksible: 1) Fase 1 er nu 25 arbejdsdage, der kan forlænges til 35 arbejdsdage (tidligere: én måned), 2) fase 2 er nu 90 dage, der kan forlænges til 105 eller 125 dage (tidligere: 4 måneder).

5.4. Beløbsstørrelser (tærskelværdier)

Forordningen gælder for sammenslutninger af fællesskabs-dimension (sammenslutninger »på EU-niveau«), jf. art. 1(1). Med mellemrum skal de tærskelværdier, som er afgørende for, om sammenslutningen er »af fællesskabsdimension«, revideres, og dette havde man egentlig tænkt sig ved den revision, der fandt sted ved forordning nr. 1310/97 af 30. juni 1997, men det har der ikke været tilslutning til i Rådet, og det gælder derfor fortsat, at en fusion har fællesskabsdimension, når (a) alle de deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan overstiger 5 mia. euro, og (b) mindst 2 af de deltagende virksomheders samlede omsætning i EU hver især overstiger 250 mio. euro, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over 2/3 af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i en og samme medlemsstat. Om ændringsforordningen se nærmere *Jytte Boesgaard & Carina Hilt Jørgensen* i UfR 1997 B s. 338 ff.

Når global- og EU-omsætningen beregnes, medregnes begribeligvis både vare- og tjenesteydelser, jf. art. 5(1), og der sker fradrag af rabatter, merværdiafgift og andre afgifter direkte på omsætningen. Omsætning hos andre virksomheder, som beherskes af den pågældende virksomhed, medregnes også, jf. art. 5(4), ligesom også omsætningen hos herskende virksomheder medregnes. For kredit- og finansinstitutters vedkommende beregnes »omsætningen« standardmæssigt som 10% af balancen, jf. art. 5(3)a For forsikringsselskaber regnes der med bruttopræmierne, jf. art. 5(3)b.

Retten i 1. instans tog ved dom af 24. marts 1994 i sagen T-3/93 *Air France mod Kommissionen*, stilling til tærskelværdierne i forordningen. Retten var enig med Kommissionen i, at ved bedømmelsen af en planlagt fusions omfang skal der kun tages hensyn til omsætningen opgjort i det sidste regnskabsår vedrørende de faktisk overtagne dele af virksomheden. I den konkrete sag var retten derfor enig med Kommissionen i, at fusionen, hvorved British Airways overtog Dan Air Ltd. fra en anden koncern, ikke havde fællesskabsdimension. Det følger heraf, at en sammenslutnings parter i nogen grad selv kan bestemme sammenslutningens omfang – og dermed til syvende og sidst, hvorvidt den kommer over tærskelværdierne eller ej.

5.5. Forordningens vidtrækkende koncernbegreb

Det vil i det hele ses, at fusionskontrolforordningens koncernbegreb er væsentligt mere omfattende end fx regnskabs- og selskabsrettens koncernbegreber. Mens fx A. P. Møller Gruppen i Danmark ikke kan betegnes som en koncern hverken selskabs- eller regnskabsretligt, idet der er tale om to børsnoterede danske virksomheder kontrolleret af en række fonde og personer, har »gruppen« i fusionskontrolretlig forstand måttet bøje sig for Kommissionens retsopfattelse, hvorefter de pågældende virksomheders omsætning skal medregnes ved beregningen af tærsklerne efter fusionskontrolforordningen.

Et lille – fx dansk – selskab kan være koncernforbundet med en stor (amerikansk) koncern,og hvis et sådant dansk selskab indgår i en fusion eller anden sammenlægning, er det hele koncernen, der tæller med ved beregningen af tærskelværdierne. Lidt firkantet sagt kan man derfor komme ud for, at selv en beskeden virksomheds- og aktivitetsoverdragelse, der tilsyneladende ikke har karakter af en »fusion« med »fællesskabsdimension«, alligevel omfattes af forordningen.

5.6. Også virksomheder med (koncern)hjemsted uden for EU omfattes

Det er ikke afgørende, hvor virksomhedernes registrerede hjemsteder eller deres faktiske hovedsæder er beliggende, når blot betingelsen om, at mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning på fællesskabsplan overstiger 250 mio. euro, er opfyldt. Således kan også virksomheder med hjemsted uden for EU blive omfattet.

Allerede længe har det været Domstolens praksis, at selve eksistensen af et datterselskab, en filial mv. inden for EU kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for, at Domstolen kunne henvise til fællesskabsretlige tilknytningsmomenter, også hvor virksomheden havde hjemsted uden for EU, således eksempelvis sagen *Continental Can*, sag 6/72, Saml. 1873, s. 215. Se ligeledes sagen *Hugin*, hvor den svenske kasseapparatproducent Hugin og dens datterselskab i Storbritannien blev indbragt for Domstolen for overtrædelse af Traktatens daværende art. 86 som følge af leveringsnægtelse, jf. sag 22/78, Saml. 1979 s. 1869. Se endvidere Kommissionens beslutning i 1991 vedr. *Tetra-Pak* koncernen (med hjemsted i Lausanne, Schweiz, og med aktiviteter i 109 lande), som ønskede at overtage den svenske *Alfa-Laval* koncern for en købesum på modværdien af lidt over 2 mia. euro. Kommissionen havde tidligere haft »betydelige forbehold« med hensyn til sagen, eftersom Tetra-Pak ville få en dominerende stilling på markedet for maskiner til mejeri- og fødevareindustrien og vedrørende emballage til flydende fødevareprodukter (en koncern »fra ko til karton«, som en embedsmand fra Kommissionen udtrykte det). Da ca. halvdelen af den forventede omsætning på over 6 mia. euro ville hidrøre fra EU, krævedes Kommissionens godkendelse (den svenske regering havde for sit vedkommende forlængst godkendt sammenslutningen). Tetra-Pak dominerede 46% af markedet for mælkeemballage i Europa.

Hvis fx en fusion mellem amerikanske virksomheder får virkninger i EU, så den skal godkendes ikke blot af amerikanske kartelmyndigheder, men også af Kommissionen, arbejdes der oftest tæt sammen mellem amerikanske og europæiske kartelmyndigheder. Ofte vil de komme til samme konklusion med hensyn til, om fusionen skal godkendes eller ej, fx i 1997, hvor *Boing* ønskede at overtage *McDonnnell Douglas*. Men da *General Electric* (GE) i 2001 ønskede at overtage *Honeywell* (flymotorer, flyelektronik mv.), stillede Kommissionen skrappe betingelser for at anerkende fusionen. Der krævedes salg til GE's konkurrenter af

en væsentlig del af GE's leasingselskab for flymotorer mv. GE ville alene gå med til at sælge 20% af leasingselskabet, og kun til en finansiel investor, ikke til konkurrenter. Herefter afslog Kommissionen i juli 2001 at godkende fusionen, modsat de amerikanske kartelmyndigheder, Federal Trade Commission, og sag om Kommissionens vilkår og afslag er derfor af de to virksomheder indbragt for Retten.

5.7. Forordningens vidtrækkende »fusions«-begreb

Også forordningen fusionsbegreb er, som det ses, langt mere omfattende end det selskabsretlige fusionsbegreb. Forordningen omfatter enhver varig ændring (overførsel) af kontrollen over økonomiske aktiviteter. Dette kan være en aktiemajoritet, men efter omstændighederne blot 10-15% af kapitalen i et selskab, hvis kapitalen i dette i øvrigt er meget spredt. Fusionsbegrebet kan være overtagelse af en ankelt aktivitet, efter omstændighederne endog fx overtagelse af varemærker.

En sammenslutning i forordningens forstand foreligger ikke blot, hvor to eller flere, af hinanden hidtil uafhængige virksomheder fusionerer, dvs. sammensmeltes, i egentlig selskabsretlig forstand, men også hvor en eller flere virksomheder (eller en eller flere personer, der allerede kontrollerer mindst en virksomhed) direkte eller indirekte overtager kontrollen (en bestemmende indflydelse) over en eller flere andre virksomheder eller dele af disse, jf. art. 3(1). Faktisk vil egentlige fusioner (sammensmeltninger) kun sjældent forekomme, idet transaktionen ofte vil have et grænseoverskridende element, således at egentlig fusion slet ikke kan finde sted, eftersom udkastet til 10. selskabsdirektiv endnu ikke er vedtaget. Sammenslutningsbegrebet omfatter derfor også overtagelse i form af majoritetsovertagelse mv. Begreberne er i 1997 blevet nærmere defineret i forordningen, og det omfatter nu alle foranstaltninger, som bevirker en varig ændring af de deltagende virksomheders struktur. Hermed skulle der være fundet en løsning også på fx problemet med selvstændigt fungerende *joint ventures* oprettet i samarbejdsøjemed. De skal fremover behandles på grundlag af forordningen på samme måde som joint ventures i fusionsøjemed. Herefter vil alle selvstændigt fungerende joint ventures blive behandlet efter forordningens procedurer og frister. Der vil blive truffet én endelig beslutning ud fra en samlet vurdering af alle sagens aspekter. Den komplicerede hidtidige sondring mellem joint ventures i henholdsvis samarbejds- og fusionsøjemed bortfalder derfor.

Kredit- og finansinstitutters forbigående erhvervelse af ejer- eller låneandele i virksomheder med henblik på videresalg omfattes ikke, jf. art.

3(5)a. Dette kan fx være tilfældet i forbindelse med en *merchant banks* bistand med strukturændring eller ved et pengeinstituts overtagelse af en virksomhed i forbindelse med afvikling af nødlidende engagementer.

Ej heller omfattes sådanne tilfælde, hvor kontrollen med en virksomhed som følge af insolvensretlige foranstaltninger overgår til nogen, som har et offentligt mandat dertil, jf. art. 3(5)b.

5.8. Også etablering af kollektiv dominans omfattes (oligopol)

Det er ikke i sig selvafgørende, om det er en enkelt virksomhed, der udgør resultatet af sammenslutningen, eller om der fx bliver tale om et oligopol, dvs. en kollektiv dominans (»fælles kontrol«) udøvet af flere virksomheder. Kommissionens afgørelse fra juli 1992 i sagen *Nestlé/Perrier* er den første, hvori Kommissionen har anvendt teorien om »kollektiv dominans« i relation til forordningen. Kommissionen fastslog, at forordningens art. 2(3) gør det muligt at erklære en koncentration uforenelig med det fælles marked, såfremt en kollektiv dominans etableres eller styrkes og effektiv konkurrence herved ville blive indskrænket i betydelig grad. Herved forlod Kommissionen en tidligere praksis under forordningen, hvorefter der ikke kunne antages at foreligge beherskelse i forordningens forstand, såfremt andre virksomheder på et snævert oligopolistisk marked udøvede modsatrettet indflydelse. Kommissionen afvist endog tidligere nogle henvendelser fra de tyske kartelmyndigheder om spørgsmålet, og Nestlé/Perrier-afgørelsen blev herefter truffet på basis af nye juridiske teorier uden noget forvarsel om praksisændringen, jf. kritisk hertil *Antoine Winckler & Marc Hansen* i CMLRev 1993 s. 787 ff. Se tilsvarende *Marc Hansen, Karen Dyekjær-Hansen & Lars Henneberg* i SvJT 1994 s. 478 ff.

Teorierne om kollektiv dominans er i det væsentlige godkendt af Domstolen, jf. fx dom af 31. marts 1998 i sagen C-68/94, *Frankrig mod Kommissionen*, og C-30/95, *SCPA og EMC mod Kommissionen*. Sagen drejede sig om en kommissionsbeslutning, der erklærede en stor fusion inden for den kemiske industri for at være forenelig med fællesmarkedet. Domstolen var enig med Kommissionen i, at kollektiv dominans omfattes af forordningen, men konkret bedømte den markedet anderledes end Kommissionen. Begrebet kollektiv dominans vil ofte indebære, at de deltagende virksomheder er nået til en stiltiende samordning, jf. *Helmut Köhler* i EuZW 1992 s. 634 ff. og *Mikkel Vittrup* i UfR 2003 B s. 55 ff. med oversigt over praksis.

Kommissionens afslag på anmodningen om at måtte sammenlægge de to britiske rejsegiganter *Airtours* og First Choice Holidays blev annulleret af Retten i Første Instans ved dom af 6. juni, sag T-342/99. Kommissionens afslag måtte forudsætte, at koncentrationen havde den »direkte og omgående virkning« (»direct and immediate effect«) at skabe eller styrke en kollektiv dominans, som markant og varigt hindrer effektiv konkurrence på markedet (»a collective dominant position significantly and lastingly impeding effective competition in the market«), bemærker Retten. Der var af Kommissionen begået en række fejl, og det var ikke godtgjort, at de nævnte kriterier var opfyldt. Dommen betyder ikke, at begrebet kollektiv dominans er bortfaldet, jf. *Marie Nygren & Mats Nilsson* i ERT 2002 s. 539 ff.

5.9. Også etablering af fælles holding omfattes

Tilsvarende er et fælles holdingselskab mellem forsikringsselskaber blevet anset for omfattet af forordningen. Kommissionen godkendte således i januar 1992, at et fransk forsikringsselskab, Société Centrale Union des Assurances de Paris, og et sydafrikansk livsforsikringsselskab, Liberty Life, stiftede et fælles holdingselskab, hvori de hver indskød deres respektive 27,7% i det britiske livsforsikringsselskab *Sun Life*. Der var tale om en transaktion, som omfattes af forordningen, men Kommissionen godkendte den, idet den ikke påvirkede det fælles marked. Kun hvad angår livsforsikring og genforsikring overlapper de tre selskabers aktiviteter hinanden, og på livsforsikringsområdet er deres markeder geografisk adskilt, mens de hvad angår genforsikring kun har ubetydelige markedsandele.

April 1992 godkendte Kommissionen oprettelsen af et fælles datterselskab mellem *Dansk Supermarked A/S* og det tyske *Spar-Handels AG*. Den nye virksomhed skulle drive discountsupermarked i de dengang nye tyske forbundsstater Brandenburg og Mecklenburg-Vorpommern. Dansk Supermarked A/S havde allerede 28 filialer i disse lande og indskød dem i det fælles datterselskab mod at modtage 50% af det nye joint venture. Bortset herfra var Dansk Supermarked A/S ikke aktiv på det tyske marked. Derimod havde Spar allerede en stærk position inden for detailhandelen i de nye forbundslande. Alligevel fandt Kommissionen ikke, at det nye joint venture skadede den frie konkurrence, eftersom flere andre discountsupermarkedskæder allerede opererede på de nye markeder.

5.10. Henvisning fra og til Kommissionen (German Clause, Dutch Clause)

Hvis det ud fra de rent talmæssige kriterier er således, at virksomhedssammenslutningen ikke er af fællesskabsdimension, falder den uden for forordningens område, og den kræver derfor ikke Kommissionens tilladelse. Henvisningsprocedurerne i forordningen er i 1997 blevet forbedret til fordel for medlemsstaterne. En stat kan nu efter art. 22(3) anmode Kommissionen om at måtte henvise en anmeldt fusion uden på forhånd at skulle bevise, at fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, den såkaldte *Dutch Clause*
Det er tilstrækkeligt, at staten i sin anmodning godtgør, at fusionen berører et særskilt marked i medlemsstaten, der ikke udgør en betydelig del af fællesmarkedet, jf. *Kaarli Harry Eichhorn* i ERT 2002 s. 401 ff. med kritik af den usikkerhed, anvendelsen af the Dutch Clause skaber.

I Danmark truede de nationale konkurrencemyndigheder i 1999, hvor Danmark endnu ikke havde indført nationale regler om fusionskontrol, med at anvende denne henvisningsmulighed i forbindelse med en fusion mellem to mejerier, *MD Foods* og *Kløver Mælk*. Af frygt for at få fusionen drastisk forsinket gennem EU-systemet accepterede mejerierne i stedet en række vilkår udformet af de danske konkurrencemyndigheder i form af frasalg af mejerier, frihed for tilsluttede landmænd til udmeldelse etc. Det havde dog muligvis været bedre at henvise sagen til Kommissionen og herved få fastlagt bindende vilkår for de deltagende mejerier. Som sagen nu endte, er de af mejerierne accepterede vilkår reelt ikke retligt bindende. Dette viste sig efterfølgende, da nogle økologiske landmænd ville købe et MD-mejeri, der alligevel skulle nedlægges, og MD sagde nej. Juridisk kunne man ikke tvinge MD, men begivenhedsforløbet viste, at de frivilligt påtagne forpligtelser har begrænset værdi. Sagen blev derfor en vægtig årsag til en revurdering af, om Danmark alligevel ikke må antages at have brug for forskrifter om fusionskontrol.

Også da MD Foods ved årsskiftet 1999/2000 fusionerede med det svenske mejeriselskab Arla til Arla Foods, klarede man netop frisag efter fusionskontrolreglerne, idet de to selskabers samlede omsætning androg ca. 36,5 mia. DKK, dvs. ca. 0,5 mia. DKK under grænsen på 5 mia. euro.

Danmark har siden da – som det sidste EU-land – indført nationale regler om fusionskontrol, jf. konkurrencelovens §§ 12–12 g. Dette skete med virkning fra 1. oktober 2000, jf. nærmere *Morten Broberg, Christian Karhula Lauridsen & Kirsten Levinsen* i UfR 2001 B s. 1 ff.

Danske Banks overtagelse i oktober 2000 af RealDanmark blev dermed den første overtagelse, der fremkom til bedømmelse efter de danske fusionskontrolregler. Overtagfelsen godkendtes på en lang række vilkår, som tilsigtede at afbøde den gennem fusionen opståede finanskoncerns dominerende markedsposition. Således krævedes bankens ejerandel af Københavns Fondsbørs A/S og af Værdipapircentralen A/S nedbragt, ligesom der fastlagdes nærmere regler for bankens deltagelse i Dankortsamarbejdet, bankens salg af filialejendomme etc.

5.11. Anmeldelse til Kommissionen

En virksomhedssammenslutning, der i forordningens forstand er af fællesskabsdimension, skal anmeldes til Kommissionen, inden den gennemføres. Anmeldelsespligten påhviler den eller dem, der overtager kontrollen, og manglende iagttagelse af anmeldelsespligten kan af Kommissionen i tilfælde af forsæt eller uagtsomhed sanktioneres med bøder, jf. art. 14(1). Bøder efter forordningen er ikke af strafferetlig art, jf. art. 14(4).

Der er mulighed for meget store bøder (op til 10% af de deltagende virksomheders årsomsætning) for andre overtrædelser af forordningen, særligt når det drejer sig om at gennemføre virksomhedssammenslutningen uden Kommissionens tilladelse eller om at overtræde de af Kommissionen givne pålæg, jf. art. 14(2).

Der må således sondres mellem den »lille« bøde for manglende anmeldelse, urigtige oplysninger mv., og den »store« bøde for sammenslutningens gennemførelse uden tilladelse, overtrædelse af Kommissionens pålæg mv. Tilsvarende må der sondres mellem »små« tvangsbøder på op til 25.000 euro pr. dag for manglende meddelelse af oplysninger, som Kommissionen forlanger, jf. art. 15(1), og på den anden side »store« tvangsbøder på op til 100.000 euro pr. dag for at undlade at gennemføre Kommissionens pålæg mv., jf. art. 15(2).

5.12. Er sammenslutningen forenelig med det fælles marked?

Foreligger der en sammenslutning af fællesskabsdimension, befinder vi os inden for forordningens område, og det skal dernæst efterprøves, om sammenslutningen alligevel er forenelig med det fælles marked, jf. forordningens art. 2(1), indledningen.

Ofte vil de deltagende virksomheder have et ønske om at få sagen bedømt efter fusionskontrolreglerne i stedet for en almindelig konkur-

renceretlig bedømmelse efter art. 81-82, idet der efter forordningen (a) dels er tale om meget korte frister for Kommissionens stillingtagen, således at virksomhederne meget hurtigt får en afgørelse, dels (b) er tale om en i princippet tids-ubegrænset tilladelse, atter modsat afgørelser efter art. 81.

Såfremt virksomhedssammenslutningen ikke medfører eller forstærker en dominerende stilling, hvorigennem en effektiv konkurrence i væsentlig grad forhindres i fællesmarkedet eller i en væsentlig del af dette, *skal* sammenslutningen erklæres for forenelig med det fælles marked, jf. forordningens art. 2(2), sammenholdt med præamblens pkt. 13, 14 og 15. Ved virksomhedssammenslutninger, som pga. virksomhedernes begrænsede markedsandel ikke er egnede til at begrænse den effektive konkurrence, kan man gå ud fra, at sammenslutningerne er forenelige med det fælles marked; en formodning herfor består, hvis de deltagende virksomheders markedsandel på det fælles marked eller i en væsentlig del af dette er 25% eller mindre, jf. præamblens pkt. 15.

I en årrække tog amerikanske kartelmyndigheder ved deres fusionskontrolafgørelser i betragtning, om målselskabet er konkurstruet. Der tales herved om *failing company defence*, dvs. et »forsvar« (defence) bygget på det forhold, at de aktiver, der tilhører det konkurstruede selskab (failing company eller failing firm), uden fusionen ville glide ud af det relevante marked. Noget sådant taler normalt for at tillade fusionen, også selv om betingelserne ellers ikke er opfyldt. Efter at Kommissionens praksis gennem nogle år var flertydig, tilsluttede Kommissionen sig i 2001 i sin afgørelse *BASF/Pantochim/Eurodiol* principper svarende til de amerikanske, jf. *Patrick Fiedler* i EuZW 2001 s. 585 ff.

5.13. Sammenslutningen må ikke gennemføres under sagens behandling

Fastslår Kommissionen, at en virksomhedssammenslutning falder inden for forordningens område, offentliggør Kommissionen dette, jf. art. 4(3). Kommer Kommissionen til den slutning, at den anmeldte virksomhedssammenslutning ikke falder inden for forordningen, fastslår Kommissionen dette gennem en beslutning, jf. art. 6(1a). I stedet kan der være tale om, at sammenslutningen ganske vist falder inden for forordningen, men at den dog er forenelig med det fælles marked, og at Kommissionen derfor ikke har indvendinger mod sammenslutningen; i så fald træffer Kommissionen beslutning i overensstemmelse hermed, jf. art. 6(1b). Endelig kan der være tale om, at Kommissionen vil undersøge

sagen nærmere og derfor træffer beslutning om at undersøge sagen i overensstemmelse med art. 8, jf. art. 6(1c).

Se nærmere om procedure, frister mv. *Morten P. Broberg* i »EU-Ret & Menneskeret« 1995 s. 141 ff. Artiklen indeholder s. 149 et nyttigt rutediagram for sagens forløb. De nugældende frister er rekapituleret af *Claus-Michael Happe* i EuZW 1995 s. 303 ff.

Inden for bestemte frister efter, at sagen er anmeldt over for Kommissionen, må sammenslutningen af virksomhederne ikke gennemføres, jf. art. 7(1). Kommissionen kan, hvis der træffes beslutning derom inden for de pågældende frister, udskyde sammenslutningen yderligere, enten helt eller delvis, jf. art. 7(2). Gennemfører virksomhederne alligevel sammenslutningen, kan der som nævnt pålægges dem en bøde på op til 10% af omsætningen, jf. art. 14(2). Såfremt kontrol med en anden virksomhed søges opnået gennem offentligt overtagelsestilbud til virksomhedens aktionærkreds, behøver den tilbudsgivende virksomhed dog ikke standse tilbudsproceduren, når blot tilbudsgiveren afstår fra at udøve sin stemmeret på de erhvervede aktier, jf. art. 7(3).

Kommissionen kan naturligvis forlange alle nødvendige oplysninger til sin sagsbehandling, jf. art. 11, ligesom den kan foretage alle fornødne undersøgelser, enten gennem medlemsstaternes myndigheder, jf. art. 12, eller på egen hånd, jf. art. 13. Kommissionen kan herunder gennemse forretningsbøger og andre dokumenter, afkræve mundtlige forklaringer på stedet og foretage husundersøgelser, jf. art. 13(1). Modsætter virksomheden sig sådanne undersøgelser, skal Kommissionen have støtte fra medlemsstatens myndigheder, jf. art. 13(6). Medlemsstaterne skal allerede nu have fastlagt de nødvendige regler med henblik på den hjælp, som deres myndigheder således må være klar til at yde Kommissionen.

Når Kommissionen har afsluttet sine overvejelser og undersøgelser, kan den enten erklære sammenslutningen for uforenelig med det fælles marked, jf. forordningens art. 8(3), eller den kan erklære sammenslutningen for at være forenelig med det fælles marked, evt. således at beslutningen herom forbindes med nærmere betingelser eller med visse pålæg til virksomhederne, jf. art. 8(2).

5.14. Hensyn, der indgår i Kommissionens vurdering

Når Kommissionen efterprøver, om virksomhedssammenslutningen er forenelig med det fælles marked, tages der dels hensyn til (a) nødvendigheden af at opretholde og udvikle en effektiv konkurrence i fællesmarkedet, dels til (b) en række omstændigheder i forbindelse med

virksomhedernes stilling på markedet, deres forhold til leverandører og forbrugere, forbrugernes interesser mv., dvs. alt i alt forhold, som er beskrevet så tilpas intetsigende i art. 2(1)b, at hverken Kommissionen eller virksomhederne på forhånd har nogen klar rettesnor herfor, jf. de indledende bemærkninger om svagheden ved hele den valgte konstruktion. Enklere og klarere er kriteriet for gruppefritagelsesordninger i Traktatens art. 81(3): Anvendte man denne bestemmelses kriterier, ville det afgørende være, om sammenslutningen bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at sammenslutningen sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, uden at der hverken pålægges virksomhederne begrænsninger, som ikke er nødvendige for disse mål, eller gives virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, ligesom også andre konkrete,på forhånd beregnelige kriterier ville kunne indgå.

5.15. Blankt afslag – eller godkendelse på vilkår?

Efter at forordningen havde været i kraft i godt et år, og efter at der var truffet lidt over et halvt hundrede afgørelser, som alle – med eller uden vilkår – tillod den ansøgte sammenslutning, besluttede Kommissionen i oktober 1991 for første gang at sige nej til en ansøgt overtagelse. Det drejede sig om en ansøgning fra nogle europæiske flyvemaskinefabrikker, det franske *Aérospatiale* og det italienske *Alenia e Selenia*, om at måtte overtage den canadiske flyfabrik *De Havilland*. Kommissionens beslutning, som blev truffet med knebent flertal og efter intense diskussioner, var hovedsageligt begrundet i, at sammenslutningen af De Havilland med dettes europæiske konkurrenter reelt ville give det fransk-italienske firma en monopolstilling i Europa på mindre turbopropelfly. Imidlertid lagde både Frankrigs og Italiens regeringer et betydeligt pres på Kommissionen. De gik endog så vidt som til at kræve, at beslutningerne efter fusionskontrolforordningen fremtidigt ikke skal henhøre under Kommissionens kompetence, men henlægges til en uafhængig instans, hvorefter den endelige afgørelse skulle træffes af Rådet. Der er så store erhvervsmæssige og beskæftigelsesmæssige interesser involveret i disse sager, at det ofte vil være yderst vanskeligt at træffe afgørelser i dem på rent objektivt grundlag, særligt når forordningens kriterier er så ubestemte, som det er tilfældet.

På forespørgsel i Europaparlementet oplyste kommissær Sir Leon Brittan i sin redegørelse for Kommissionens beslutning, at koncernen

i tilfælde af den ansøgte overtagelse ville have haft 64% af verdensmarkedet og 72% af EU-markedet for denne helt specielle flytype, og at sammenslutningen heller ikke fra et industripolitisk synspunkt ville være nogen god ide, idet den eksempelvis ville give alvorlige problemer for et par mindre europæiske flyproducenter. I Parlamentet blev der rejst kritik af dette første afslag i henhold til forordningen, og der blev foreslået en revision af forordningen med henblik på, at Kommissionen i højere grad skal tage hensyn til sammenslutningens sandsynlige konsekvenser for Europas industrimæssige styrke samt til de sociale, regionale og miljømæssige følger. I denne forbindelse burde der efter Parlamentets opfattelse tages hensyn til både bevarelse af en rimelig konkurrence *og* behovet for stærkere europæisk optræden på verdensmarkedet.

Efter den voldsomme kritik af, at det fransk-italienske konsortium ikke fik lov at overtage det canadiske De Havilland, ændrede Kommissionen proceduren i disse sager, så kommissæren med ansvaret for konkurrenceretlige spørgsmål i god tid skal underrette de kolleger i Kommissionen, som har med de pågældende sagsområdet at gøre, hvis han har til hensigt at forbyde en anmeldt overtagelse. Herved sikrer man, at der på et tidligt tidspunkt tages hensyn til industripolitiske synspunkter mv.

I enkelte senere sager har Kommissionen også giver blankt afslag. Dette skete fx ved afgørelsen af 9. november 1994 i sagen *MSG Media Service*, jf. *Simon Hirsbrunner* i EuZW 1995 s. 295 ff. Den anmeldte sammenslutning drejede sig om en virksomhed, hvori Bertelsmann, Deutsche Bundespost Telekom samt Kirch-koncernen hver havde 1/3. Den fælles virksomhed skulle udbyde administrative og tekniske tjenesteydelser for betalings-tv og andre kommunikationstjenester. Sammenslutningen ville få eller forstærke en dominerende stilling på ikke mindre end 3 markeder: (1) Markedet for tekniske og administrative tjenesteydelser, (2) markedet for betalings-TV og (3) markedet for tv-kabelnet. Kommissionens afgørelse er utvivlsomt korrekt. Man kan, som Hirsbrunner bemærker, dårligt forestille sig, at det skulle være foreneligt med ønsket om en effektiv konkurrence, at man sammenlægger monopolhaveren for tv-kabelnet og de to fremherskende tyske udbydere af betalings-tv.

Også i september 1999 blev der givet afslag, nemlig til det britiske rejseselskab *Airtours*' ønske om at overtage det ligeledes britiske *First Choice Holidays*. Størrelse, geografisk udbredelse mv. var sådan, at tilladelse krævedes efter fusionskontrolreglerne, og den netop da nytil-

trådte Kommission viste sin handlekraft ved at afslå, blandt andet med henvisning til, at det sammenlagte selskab ville få en »kollektivt dominerende position« på det britiske hjemmemarked sammen med to andre operatører, *Thomson* og *Cook*. Sammenlægningen ville i øvrigt også blive følelig i Danmark, idet Airtours fx ejer Spies, Tjæreborg og Ving, mens First Choice (målselskabet) havde nært samarbejde med Larsen, Simons Charter og Herning Charter. Afslaget i Airtours blev imidlertid underkendt af Retten i Første Instans ved dom af 6. juni 2002, sag T-342/99. Retten understreger som nævnt i præmisserne, at et afslag som det givne må forudsætte, at koncentrationen har den »direkte og omgående virkning« (»direct and immediate effect«) at skabe eller styrke en kollektiv dominans, som markant og varigt hindrer effektiv konkurrence på markedet (»a collective dominant position significantly and lastingly impeding effective competition in the market«). Der var af Kommissionen, fandt Retten, begået en række fejl i afgørelsen, og det var derfor ikke godtgjort, at de nævnte kriterier var opfyldt.

I marts 2000 blev der givet afslag til det svenske selskab *Volvo*, som ønskede at overtage aktiemajoriteten i det ligeledes svenske selskab *Scania* (lastbiler og busser), efter at Volvo via markedet havde overtaget en større, men dog ikke kontrollerende aktiepost i Scania, jf. *Ulf Bernitz* i ERT 2000 s. 481 ff. I december 2001 blev der givet afslag til *Tetra Laval B.V.* (datterselskab af Tetra Laval Group, Schweiz), som ønskede at overtage det franske selskab *Sidel S.A.* Overtagelsen ville betyde, at Tetra Lavals dominerende stilling inden for kartonemballering ville blive kombineret med Sidels førende stilling inden for PET-emballeringsudstyr. Herved ville der blive skabt en dominerende stilling på markedet for PET-emballeringsudstyr. Tetra havde givet en række tilsagn som betingelse for at opnå tilladelsen, men de blev af Kommissionen ikke betragtet som tilstrækkelige. Kommissionens afgørelse blev unmderkendt af Retten i Første instans, jf. dom af 25. oktober 2002, sag T-5/02, Tetra Laval B.V., idet Kommissionens påbud om Tetra Lavals salg af Sidel i konsekvens af dommen i hovedsagen også blev annulleret, jf. dom af samme dato i sag T-80/02. Kommissionen er strækt utilfreds med dommen og har anket denne til Domstolen. Under anken gøres det gældende, at Retten har overskredet sin kompetence ved at foretage en materiel efterprøvelse af markedsforholdene mv., og at Rettens kompetence er indskrænket til at påkende procedurefejl, fejl i rammerne for Kommissionens skøn mv.

Da dommen i Tetra Laval var den tredje dom på stribe, hvor Retten underkendte Kommissionen med henvisning til utilstrækkelig undersø-

gelse af markedet, fejlskøn med hensyn til fusionens virkninger, manglende kontradiktion etc., stod det klart, at Kommissionens sagsbehandling måtte undergå væsentlige reformer, og at afslag skal være yderst velbegrundet for at komme på tale. De andre underkendelser faldt ved dom af 6. juni 2002 i sag T-342/99, *Airtours*, og dom af 22. oktober 2002 i sag T-310/01, *Legrand*. I både Tetra Laval og Legrand anvendtes den særlige fast-track procedure for Retten. Når denne metode anvendes, og når Retten som sket går i dybden med Kommissionens analyser – eller manglende sådanne! –

Den politiske og lobbymæssige storm, der normalt rejser sig efter et blankt afslag, er ofte så voldsom, at Kommissionen i hvert fald hidtil ikke har brudt sig meget om det blanke afslag. Den typiske reaktion, hvis sammenslutningen ikke blankt kan godkendes, vil derfor være at opstille nærmere vilkår for godkendelsen, jf. *Andreas Weitbrecht* i EuZW 1993 s. 687 ff., der bemærker, at egentlige forbud vil forekomme meget sjældent, idet man i stedet griber til mildere midler og knytter betingelser og påbud til godkendelserne.

I nyere tid, dvs. særligt efter tiltrædelsen af den nye Kommission efter 1999, synes det dog, som om Kommissionen har udvist større dristighed. Således meddelte Kommissionen blankt afslag, da *Volvo* i marts 2000 ønskede at overtage *Scania*, idet Kommissionen henviste til, at et fusioneret Volvo-Scania ville få en næsten monopolagtig stilling på det svenske og hele det nordiske marked inden for områderne lastbiler, busser og andre erhvervskøretøjer. I svenke erhvervs- og arbejdsmarkedskredse affødte afslaget som ventet betydelig harme. Der henvistes specielt til, at når Volvo ikke fik lov at overtage Scania, lå sidstnævnte blottet for at blive overtaget af en udenlandsk opkøber.

5.16. Vilkårs indhold og håndhævelse

De vilkår, Kommissionen kan opstille som betingelse for at godkende sammenlægningen, vil i sagens natur rette sig efter den enkelte sags konkrete omstændigheder. Generelt kan man sige, at hovedformålet er at afparere de for konkurrencen skadelige virkninger mest muligt. I nogen grad frihåndstegner Kommissionen, men som nævnt kan den også få inspiration til vilkårenes indhold fra de spørgeskemaer, konkurrenterne udfylder.

Vilkårene kan være strukturelle eller adfærdsmæssige eller en kombination ef begge disse muligheder. Strukturelle fusionsvilkår vedrører koncernens struktur og indebærer fx frasalg af selskaber eller divisio-

ner. Dermed er der tale om varige indgreb i markedsstrukturen, og allerede af denne grund er de strukturelle fusionsvilkår oftest de vigtigste. Adfærdsmæssige fusionsvilkår vedrører aktørernes fremtidige adfærd på markedet, fx at give tredjepart adgang til forsyningssystemer eller produktions- eller distributionsapparatur. De adfærdsmæssige fusionsvilkår kan ofte ikke stå alene, men må suppleres med strukturelle. Nærmere vejledning kan hentes i »Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i forhold til fusionskontrol«, C 68/03, 2001. Det, der ender med at blive et vilkår for fusionstilladelsen, kan efter omstændighederne have sin oprindelse i et forslag eller tilsagn fra det overtagende selskab, men vilkår kan også have form af egentlige påbud fra Kommissionen.

Der kan blot nævnes nogle enkelte eksempler på vilkår her:

Det godkendtes, at Cinzano blev overtaget af engelsk selskab, men det skulle opgive eneforhandling af *Martini* i Grækenland. Kommissionen godkendte, at et 100% datterselskab af Grand Metropolitan plc overtog Cinzano. Det engelske selskab producerede ikke i forvejen vermouthprodukter, og der ville derfor ikke blive tale om forskydning af markedsandele. Cinzano er fortsat langt bagefter markedsføreren Martini. Kun i Grækenland havde Cinzano en særstilling, nemlig som eneforhandler af Martini, men i forbindelse med tilladelsen til overtagelsen forpligtede Cinzano sig til at opsige denne eneforhandling til udgangen af 1992.

Vilkår kan volde væsentlige problemer, særligt fordi deres håndhævelse kan være tvivlsom, jf. *Martin Heidenhain* i EuZW 1994 s. 135 ff., der finder, at nogle af de afgivne tilsagn fra virksomhederne indholdsmæssigt er problematiske, og han stiller ligeledes spørgsmålstegn ved, i hvilket omfang de bliver opfyldt, og hvorledes eventuel manglende opfyldelse vil kunne sanktioneres.

Indholdsmæssigt gribes vilkårene – og selve behovet for at opstille vilkår – dog ikke ud af den blå luft. Kommissionen vil ofte skrive til en lang række konkurrenter og stille disse en række specifikke spørgsmål om deres syn på den ansøgte sammenslutnings virkninger. Gennem svarene kan der ofte fremkomme stof til vilkårenes nærmere udformning. Som eksempel på vilkår kan nævnes følgende: I 1997 besluttede Kommissionen, at flyfabrikken *Boeings* overtagelse af *Mc Donnell Douglas* er forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af, at Boeing lever op til de tilsagn, som Boeing havde givet til Kommissionen under forhandlingerne. Det drejer sig om (sammendraget her) (1) forpligtelser i forhold til den eksisterende flåde af DAC-fly, (2) Boeings tilsagn om at afstå fra at indgå yderligere eksklusivaftaler frem til 1. august 2007, (3) adgang for andre til licens på »statsfinansierede« patenter, (4) at

Kommissionen holdes orienteret om de statsfinansierede forsknings- og udviklingsprojekter, som Boeing deltager i, og (5) at Boeing forpligter sig til ikke at lægge pres på sine leverandører for at diskriminere mod andre flyfabrikker.

Hvis konkurrenterne gennem udfyldning af Kommissionens spørgeskema eller på anden måde ikke ytrer alvorlige betænkeligheder ved den ansøgte sammenslutning, kan dette – *ceteris paribus* – blive udslaggivende for Kommissionens holdning til sagen. I marts 1995 tillod Kommissionen således, at *Mercedes-Benz* overtog den tyske busfabrik *Kässbohrer* i Ulm, jf. notits i EuZW 1995.130 f. Kommissionen gav udtryk for, at der var tale om en meget vanskelig afgørelse i et grænsetilfælde, eftersom der ville blive tale om en markedsandel på 57% i Tyskland og næsten 30% i hele EU på området for linje- og rejsebusser. Det betød ganske vist en dominerende stilling på det tyske marked, men Kommissionen var gået ud fra, at konkurrenternes stilling trods alt ville blive styrket som følge af den liberalisering af offentligt udbudsgivning, der fandt sted i hele EU. Det havde været udslaggivende for tilladelsen – som skete helt uden betingelser og vilkår – at ingen af konkurrenterne havde ytret alvorlige betænkeligheder ved overtagelsen. Indtil 1997 havde Mercedes givet beskæftigelsesgaranti for de ansatte hos Kässbohrer, men fra 1997 skulle der finde en omorganisering sted af produktionen.

5.17. Domstolsprøvelse af Kommissionens beslutninger

Alle Kommissionens beslutninger, og herunder også bøderne og disses størrelse, kan prøves af EF-domstolen, jf. art. 16, sammenholdt med art. 234 EF (ex 177), dvs. en fuld skønsmæssig prøvelsesret for Domstolen. Da der er tale om en virksomheds eller persons direkte søgsmål, indbringes dette i første instans for Retten i første instans, hvis afgørelse kan appelleres til Domstolen, men kun for så vidt angår juridiske spørgsmål samt procedurespørgsmål mv. Uanset at der foreligger nogle afgørelser fra Retten hhv. Domstolen, er retspraksis trods alt så sparsom, at retsområdet fortrinsvis udvikler sig gennem Kommissionens praksis, jf. *Simon Hirsbrunner* i EuZW 1996 s. 517 ff.

Hvis de involverede virksomheder er utilfredse med afslag, vilkår mv. fra Kommissionen, kan dette således indbringes for Domstolen.

Tilsvarende kan en konkurrerende virksomhed, der er utilfreds med Kommissionens godkendelse af en sammenslutning, indbringe dette for Domstolen.

Retten i første instans pådømte fx den 19. maj 1994 efter påstand fra en konkurrent nogle spørgsmål om etablering af et fælles datterselskab, sag T-2/93, *Air France mod Kommissionen*. Kommissionen godkendte i november 1992, at British Airways erhvervede 49,9% af kapitalen i TAT European Airlines. De resterende 50,1% blev beholdt af TAT SA. British Airways havde ret til at købe de resterende 50,1% inden den 1. april 1997, og på den nævnte dato havde TAT SA ret til at kræve, at British Airways købte disse 50,1%. Konkurrenten *Air France* var utilfreds med, at Kommissionen havde godkendt den nævnte overtagelse, idet Kommissionen ikke fandt, at overtagelsen rejste alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet. Retten i første instans var for det første enig med Kommissionen i, at sagen overhovedet faldt ind under fusionskontrolforordningen. Der forelå således en fælles kontrol over et joint venture selskab, dels fordi hver part havde omkring 50%, dels fordi vigtigere beslutninger i det fælles selskab kun kunne træffes selskabets bestyrelse, hvis mindst ét af British Airways bestyrelsesmedlemmer og mindst ét af TAT SA's bestyrelsesmedlemmer stemte for beslutningen. I lyset af det anførte, og selv om British Airways udøver en væsentlig indflydelse, der endog vil være voksende, bemærkede Retten, at Kommissionen med føje havde lagt til grund, at der forelå en fælles kontrol. Optionerne havde ikke i sig selv betydning, idet det ikke var godtgjort, at British Airways på nuværende tidspunkt havde til hensigt at udnytte sin option.

Dernæst efterprøvede retten Kommissionens begrundelse, og det fremgik af præmisserne, at Kommissionen nøje havde efterprøvet virkningerne på det relevante marked, nemlig ruterne Paris-London og Lyon-London. Retten fandt, at Kommissionens afgrænsning af markedet var korrekt, og retten fandt Kommissionens undersøgelse af virk ningerne fyldestgørende, ligesom begrundelsen i Kommissionens beslutning var i orden. Kommissionen blev derfor frifundet.

5.18. Ingen søgsmålsret for minoritetsaktionærer

Forordningen er et konkurrenceretligt, ikke et selskabsretligt instrument. Minoritetsaktionærer i en virksomhed, der overtages (målselskabet), kan således ikke anfægte Kommissionens beslutning efter fusionskontrolforordningen, jf. Retten i første instans' afgørelse af 28. oktober 1993 i sagen *Zunis Holding*, sag T-83/92. En italiensk bank ejede 5,98% af et stort italiensk forsikringsselskab, men forhøjede nu sin ejerandel til 12,84%. Kommissionen, der fik sagen forelagt, fastslog i medfør af for-

ordningens art. 6(1)a, at aktiekøbet ikke var omfattet af forordningen, da den opkøbende bank ikke efter aktiekøbet var i stand til alene eller sammen med andre virksomheder at udøve en bestemmende indflydelse på forsikringsselskabet. Der var 140.000 aktionærer i forsikringsselskabet, og nogle af dem, herunder Zunis Holding SA med ca. 0,5% af forsikringsselskabets aktiekapital, klagede til Kommissionen og bad denne om at genoptage sagen, idet de henviste til en ældre aftale mellem aktionærerne i forsikringsselskabet. Denne aftale skulle efter klagernes opfattelse stille bankens indflydelse i et andet lys, men Kommissionen svarede, at den var bekendt med aftalen og havde taget højde for den i sin beslutning.

Den sag, som minoritetsaktionærerne herefter anlagde mod Kommissionen ved Retten i første instans for at få Kommissionen dømt til at realitetsbehandle sagen efter forordningen, blev afvist, idet minoritetsaktionærerne simpelthen ikke havde søgsmålskompetence. De var ikke blandt sådanne tredjemænd, hvis retlige eller faktiske stilling kunne påvirkes af Kommissionens beslutning. Kommissionsbeslutningen kunne ikke i sig selv ændre indholdet eller omfanget af de rettigheder, der tilkom forsikringsselskabets aktionærer, hverken med hensyn til deres ejerrettigheder eller med hensyn til adgangen til at deltage i forsikringsselskabets ledelse. Kommissionsbeslutningen berørte dem i deres egenskab af aktionærer på samme måde som enhver anden af de ca. 140.000 aktionærer i forsikringsselskabet, og følgelig kunne Kommissionens beslutning ikke berøre dem individuelt, navnlig fordi deres andel af aktiekapitalen i forsikringsselskabet udgjorde mindre end 0,5% af aktiekapitalen, og tillige fordi de ikke havde bevist, at de som følge af beslutningen var blevet stillet anderledes end enhver anden aktionær i selskabet.

Endelig havde minoritetsaktionærerne henvist til, at man i både konkurrence-, statsstøtte- og dumpingsager ville have haft søgsmålsadgang til værn for sine lovlige interesser, men Retten bemærkede hertil, at »selv om den nævnte praksis måtte kunne overføres til fusionssager«, fulgte det dels af hensynet til de erhvervsdrivendes retssikkerhed, dels af den omstændighed, at der inden for det almindelige system i fusionskontrolforordningen anvendes korte frister, at en anmodning om genoptagelse af proceduren, som begrundes med fremkomsten af en angivelig ny omstændighed, under alle omstændigheder skal indgives indenfor en rimelig frist (Kommissionens beslutning var truffet den 19. december 1991, og minoritetsaktionærerne havde sendt deres brev til Kommissionen den 26. juni 1992).

Kapitel 7

Koncernregnskabet

1. Baggrunden for kravet om koncernregnskab

Som følge af EU's 7. selskabsdirektiv om koncernregnskaber (= konsoliderede regnskaber) skal et selskab, der er moderselskab, som hovedregel udarbejde koncernregnskab for sig selv og sine dattervirksomheder (ikke blot datterselskaber). Tanken hermed er, at man ønsker et bedre overblik over den økonomiske helhed, som en flerhed af selskaber mv. udgør; man abstraherer derfor fra det forhold, at der er tale om flere særskilte retsenheder, og udarbejder i stedet et regnskab, som udviser resultatopgørelse, balance, noter og beretning, som om der var tale om en enkelt virksomhed, jf. nærmere *Erik Werlauff:* Koncernretten s. 157 ff.

Dette betyder ikke, at moderselskabet i juridisk forstand vil hæfte for dattervirksomhederne. De udgør ikke retligt en enhed – omend der efter en konkret bedømmelse kan indtræde identifikation i én eller flere henseender. Derimod betyder det, at de i økonomisk forstand udgør en helhed på en sådan måde, at vi ikke vil stille os tilfredse med at se hvert enkelt selskabs eget årsregnskab, men ønsker at få et helhedsbillede. Med sidstnævnte bemærkning er det samtidig understreget, at koncernregnskabet på ingen måde træder i stedet for det enkelte selskabs årsregnskab, men blot supplerer alle koncernselskabernes årsregnskaber.

Moderselskabet skal således både udarbejde sit eget årsregnskab og koncernregnskabet, og hvert enkelt af de øvrige koncernselskaber skal udarbejde sit eget årsregnskab. Hvis et selskab længere nede i koncernen selv har datterselskaber under sig (en subkoncern), skal selskabet udarbejde koncernregnskab for sig selv og sine datterselskaber (koncernregnskab for subkoncernen), men der er undtagelsesmuligheder for sådanne mellemliggende moderselskaber.

2. Det regnskabsretlige koncernbegreb

Herom henvises der til bemærkningerne i bogens introduktionskapitel, afsnit 5, om det regnskabsretlige koncernbegreb.

3. Pligten til at aflægge koncernregnskab og undtagelserne herfra

Modervirksomheder, der er omfattet af § 3, stk. 1, dvs. som selv er regnskabspligtige efter RL, skal som hovedregel aflægge koncernregnskab i overensstemmelse med reglerne i RL kapitel 14, medmindre andet følger af §§ 110-112, jf. § 109.

Undtagelserne i § 110 om små koncerner og § 112 om subkoncerner finder ikke anvendelse på modervirksomheder, der er omfattet af regnskabsklasse D, dvs. hvis modervirksomheden er et børsnoteret eller statsligt selskab, og undtagelserne i § 110 om små koncerner finder heller ikke anvendelse, hvis en dattervirksomhed er omfattet af regnskabsklasse D, dvs. er et børsnoteret eller statsligt selskab.

Den første undtagelse gælder små koncerner, jf. § 110, og denne undtagelse blev udvidet fra 2004 i takt med, at tærskelværdierne for de enkelte regnskabsklasser er blevet forhøjet. Koncernregnskab kan undlades, hvis koncernvirksomhederne på balancetidspunktet tilsammen ikke overskrider to af følgende størrelser: 1) En balancesum på 29 mio. kr. (før 2004: 20 mio. kr.), 2) en nettoomsætning på 58 mio. kr. (før 2004: 40 mio. kr.) og 3) et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 50 (uændret), idet beregningsreglerne i § 7 finder anvendelse. Adgangen til at påberåbe sig denne undtagelse ændres kun, hvis virksomhederne på balancetidspunktet tilsammen har overskredet – eller ikke længere overskrider – to af de tre størrelser i to på hinanden følgende regnskabsår. Det vil ses, at tærskelværdierne svarer til definitionen af regnskabsklasse B, og dermed blev tærsklen for pligten til aflæggelse af koncernregnskab også forhøjet samtidig med forhøjelsen i 2004 af tærsklerne for regnskabsklasse B.

Den næste undtagelse gælder subkoncerner, dvs. at et selskab, der selv både er moder- og datterselskab, jf. § 112, stk. 1, og hvor moderselskabet har hjemsted i EU mv. Koncernregnskab kan undlades, hvis modervirksomheden selv er en dattervirksomhed af en højere modervirksomhed, der henhører under lovgivningen i et EU-land eller i et andet land, hvormed EU har indgået aftale. Det er endvidere en betin-

gelse, at 1) den højere modervirksomhed a) besidder mindst 90% af kapitalandelene i den lavere modervirksomhed og minoritetsdeltagerne over for denne modervirksomheds øverste ledelse har godkendt, at den ikke aflægger koncernregnskab, eller b) besidder mindre end 90% af kapitalandelene i den lavere modervirksomhed og dennes øverste ledelse ikke senest 6 måneder før regnskabsårets udløb fra minoritetsdeltagere, der ejer mindst 10% af virksomhedskapitalen, har modtaget krav om aflæggelse af koncernregnskab, og at 2) den højere modervirksomhed udarbejder koncernregnskab i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvortil den højere modervirksomhed henhører, og koncernregnskabet er revideret af personer, der er autoriseret i medfør af denne medlemsstats lovgivning.

Hvis modervirksomheden har hjemsted uden for EU mv., gælder en undtagelse i § 112, stk. 2, ligeledes for subkoncerner. Herefter kan koncernregnskab undlades, hvis modervirksomheden selv er en dattervirksomhed af en højere modervirksomhed, der henhører under lovgivningen i et land, der ikke henhører under den i stk. 1 nævnte lovgivning, og 1) den lavere modervirksomheds øverste ledelse ikke senest 6 måneder før regnskabsårets udløb fra minoritetsdeltagere har modtaget krav om aflæggelse af koncernregnskab, og 2) den højere modervirksomhed udarbejder koncernregnskab i overensstemmelse med direktivet om koncernregnskaber eller efter regler, der i det mindste er ligeværdige hermed, og er revideret af personer, der er autoriseret i medfør af den nationale lovgivning, hvorunder den højere modervirksomhed henhører.

4. Virksomheder, der helt eller delvis kan holdes ude af koncernregnskabet

Udgangspunktet er, at alle koncernvirksomhedernes regnskaber skal indgå i koncernregnskabet ved fuld konsolidering, jf. § 114, stk. 1.

I nogle tilfælde kan dattervirksomheder holdes ude af konsolideringen, jf. § 114, stk. 2, nr. 1)-3). Dette er tilfældet, hvis 1) betydelige og vedvarende hindringer i væsentlig grad begrænser modervirksomhedens udøvelse af sine rettigheder over dattervirksomhedens aktiver eller ledelse, 2) de nødvendige oplysninger ikke kan indhentes inden for en rimelig frist eller uden uforholdsmæssigt store omkostninger, eller 3) modervirksomheden udelukkende besidder kapitalandelene i dattervirksomheden med henblik på efterfølgende at overdrage den.

Udeholdes kan også en erhvervsdrivende moderfond, der selv kun i begrænset omfang udøver erhvervsaktiviteter, som bortset fra konvertible gældsbreve og ikke udbetalt udbytte ikke har tilgodehavender hos eller har stillet sikkerhed for nogen af sine dattervirksomheder, jf. § 114, stk. 2, nr. 4.

I visse tilfælde skal dattervirksomheder holdes ude af konsolideringen, jf. § 114, stk. 3. Dette gælder, hvis dattervirksomheden er omfattet af regnskabsregler udstedt af Finanstilsynet og dermed ikke er omfattet af denne lov, fx en datterbank, et datterforsikringsselskab mv. Det samme gælder, hvis koncernregnskabet i lignende tilfælde ikke vil kunne opfylde kravet om et retvisende billede i § 11, stk. 1, og forholdet ikke kan afhjælpes ved supplerende oplysninger.

En før 2004 gældende mulighed for at udeholde en dattervirksomhed fra konsolideringen, hvis moder- og dattervirksomhedens aktiviteter var indbyrdes forskelligartede, er bortfaldet med virkning fra 2005 som følge af en tilsvarende ændring i EU's regnskabsdirektiver.

5. Dattervirksomheder uden aktivitet

Under visse betingelser kan en dattervirksomhed uden aktivitet undlade at aflægge årsrapport, når virksomheden i stedet omfattes af et koncernregnskab, jf. RL § 6. Her er der således ikke tale om at udeholde dattervirksomheden af koncernregnskabet, men tværtimod om, at optagelsen i koncernregnskabet kan overflødiggøre en selvstændig årsrapport for datterselskabet.

En dattervirksomhed anses for at være uden aktivitet i regnskabsåret, hvis den ikke udøver erhvervsdrivende aktiviteter direkte eller indirekte, ikke besidder kapitalandele i en anden virksomhed og ikke har påtaget sig risici, jf. RL § 6, stk. 2.

En dattervirksomhed, der i regnskabsåret ikke har haft aktivitet, kan herefter undlade at aflægge årsrapport for dette år og i stedet indsende undtagelseserklæring i henhold til RL § 146, stk. 4, hvis 1) dattervirksomhedens regnskab ved fuld konsolidering eller ved indregning og måling til regnskabsmæssig indre værdi indgår i et koncernregnskab, der er aflagt af en modervirksomhed eller af en højere liggende modervirksomhed i stedet, 2) modervirksomheden eller den højere modervirksomhed henhører under lovgivningen i et EU-land eller i et andet land, hvormed EU har indgået aftale, 3) koncernregnskabet er udarbejdet efter reglerne i RL eller, hvis den pågældende modervirksomhed er

udenlandsk, efter reglerne i koncernregnskabsdirektivet, 83/349, med senere ændringer, og koncernregnskabet er revideret og offentliggjort efter de nævnte regler, 4) alle dattervirksomhedens virksomhedsdeltagere har erklæret sig indforstået med fremgangsmåden for det pågældende regnskabsår, 5) modervirksomheden har erklæret, at den indestår for dattervirksomhedens forpligtelser, indtil dattervirksomheden har indsendt årsrapport for et senere regnskabsår og denne er modtaget og offentliggjort efter reglerne i RL kapitel 19 og 20, og 6) det oplyses i det omhandlede koncernregnskab, at dattervirksomheden har undladt at aflægge årsrapport under henvisning til denne paragraf, jf. RL § 6, stk. 1.

Til undtagelseserklæringen efter § 146, stk. 4, anvendes et skema svarende til bilag 6 til indsendelsesbkg.

6. Koncernregnskabets indhold

Koncernregnskabet skal vise de konsoliderede virksomheders aktiver og passiver, deres finansielle stilling samt deres resultat, som om de tilsammen var en enkelt virksomhed, jf. § 115.

Koncernregnskabet skal have samme balancedag som modervirksomhedens årsregnskab, jf. § 116, stk. 1.

Ved konsolideringen sammendrages regnskaberne, så ensartede indtægter og omkostninger samt aktiver og passiver sammenlægges, jf. § 117, stk. 1. Der skal foretages de tilpasninger, der er nødvendige pga. de særlige forhold, der gælder for koncernregnskaber til forskel fra årsregnskaber.

Koncernvirksomheder, for hvilke koncernforholdet er etableret i løbet af regnskabsåret, må kun indgå i sammendraget med indtægter og omkostninger af de transaktioner og forhold, der er opstået efter tidspunktet for koncernforholdets etablering, jf. § 117, stk. 2. Koncernvirksomheder, for hvilke koncernforholdet ophører i løbet af regnskabsåret, må kun indgå i sammendraget med indtægter og omkostninger af de transaktioner og forhold, der er opstået indtil tidspunktet for koncernforholdets ophør, jf. § 117, stk. 3.

Koncernregnskabets balance, resultatopgørelse og pengestrømsopgørelse skal opstilles efter reglerne for årsrapporter i regnskabsklasse C, jf. § 118, men hvis modervirksomheden skal følge reglerne for årsregnskaber i klasse D, skal koncernregnskabet også følge disse regler. Om pengestrømsopgørelse på koncernbasis se nærmere *Jens Otto Damgaaard & Flemming Nielsen* i R&R 1995 nr. 4 s. 31 ff.

Minoritetsinteressernes forholdsmæssige andel af dattervirksomhedernes egenkapital opføres som en særskilt hovedpost mellem »Egenkapital« og »Forpligtelser«. Minoritetsinteressernes forholdsmæssige andel af dattervirksomhedernes resultat opføres som en særskilt post i resultatopgørelsen, jf. § 118, stk. 4.

De aktiver og passiver samt indtægter og omkostninger, der omfattes af konsolideringen, skal indregnes og måles efter ensartede metoder i overensstemmelse med reglerne for årsregnskaber i regnskabsklasse C, jf. § 119, stk. 1 (værdiharmonisering). I koncernregnskabet anvendes så vidt muligt de samme metoder for indregning og grundlag for måling som i modervirksomhedens årsregnskab. Anvender konsoliderede dattervirksomheder andre metoder og grundlag i deres eget årsregnskab, udarbejdes et nyt regnskab med henblik på koncernregnskabet, hvori der indregnes og måles i overensstemmelse med de i dette anvendte metoder og grundlag.

En række poster skal normalt elimineres, for at koncernregnskabet kan fremstå som et regnskab for en enkelt virksomhed, jf. § 120. Det drejer sig om 1) tilgodehavender og forpligtelser mellem de konsoliderede virksomheder, 2) indtægter og omkostninger som følge af transaktioner mellem de konsoliderede virksomheder og 3) gevinster og tab som følge af transaktioner mellem de konsoliderede virksomheder, som indgår i posternes bogførte værdi. Dog kan nr. 3) fraviges i særlige tilfælde, hvis transaktionen er sket på normale vilkår i et velfungerende marked og elimineringen desuden ville medføre uforholdsmæssigt store omkostninger.

En virksomhed, som ikke er 100% ejet, men som modervirksomheden leder sammen med en eller flere andre virksomheder, kan indgå i koncernregnskabet ved pro rata-konsolidering, jf. § 124. Posterne i den fælles ledede virksomhed medtages da i forhold til de konsoliderede virksomheders andel af virksomhedens egenkapital og resultat.

Koncernregnskabets redegørelse for anvendt regnskabspraksis og noterne skal oplyse om koncernen, som om de konsoliderede virksomheder tilsammen var én virksomhed, jf. § 125 med henvisning til §§ 53-55 og 87. I stedet for oplysninger om den enkelte virksomheds beløb vises de konsoliderede virksomheders beløb da tilsammen, konsolideret efter de samme metoder som gælder for koncernregnskabet.

Der er nærmere forskrifter vedrørende oplysninger om anvendt regnskabspraksis, jf. § 125, stk. 2-3, om andre noteoplysninger, jf. § 126 (herunder såkaldte segmentoplysninger, jf. *Henrik Steffensen* i R&R 2001 nr. 10 s. 6 ff.), om øvrige oplysninger, jf. § 127, og om koncern-

ledelsesberetningen, jf. § 128. Om revision af ledelsesberetningen se *Henrik Sørensen & Martin Lunden* i R&R 2001 nr. 12 s. 30 ff.

7. Regnskab ved koncernetablering, virksomhedssammenlægning og fusion (»fusionsregnskaber«)

Som det nærmere blev gennemgået i kapitel 6, kan en overtagelse af en anden virksomhed ske på forskellig måde, nemlig gennem fusion, spaltning, virksomhedsovertagelse eller majoritetsovertagelse.

I regnskabsmæssig forstand giver dette anledning til nogle overvejelser, der principielt er fælles for de forskellige overtagelsesmetoder. Uanset om en virksomhed (den modtagende) overtager en anden virksomhed (den indskydende) gennem en aktieovertagelse, dvs. gennem fusion, spaltning eller majoritetsovertagelse, eller om der overtages substansen fra et andet selskab, dvs. en virksomhedsovertagelse, skal den overtagne virksomhed indpasses regnskabsmæssigt hos den modtagende.

Hvad enten der overtages aktier mv. eller en virksomhed, er det substansen i form af aktiver og passiver, der er afgørende. Disse skal derfor opgøres til *dagsværdi*, og herved fremkommer en nettoværdi. Hvis den modtagende virksomhed har givet mere for overtagelsen, end hvad der svarer til nettoværdien, siges der at foreligge en *goodwill*, og hvis det omvendte er tilfældet, foreligger der *badwill*.

Forskelsbeløbet, typisk positivt i form af goodwill, skal på én eller anden måde føres til udgift hos den modtagende virksomhed. Årsagen hertil er, at den modtagende virksomhed nu skal til at konsolidere sig med den indskydende, enten 100% eller pro rata. Når konsolideringen er foretaget, er der ikke plads til en goodwill, kun til aktiverne og passiverne til dagsværdi.

Der er grundlæggende to metoder til at få forskelsbeløbet, typisk som nævnt positivt i form af goodwill, ud af verden på, jf. herved *Fin Tomy Nielsen & René Mørch Sørensen* i R&R 1995 nr. 4 s. 16 ff. om den regnskabsmæssige behandling af køb af dattervirksomheder. Den ene metode betegnes herhjemme som *sammenlægningsmetoden*. Den beskrives nærmere i RL § 123, og den indebærer, at forskelsbeløbet føres direkte på det modtagende selskabs egenkapital. Den anden metode er *overtagelsesmetoden*. Den beskrives nærmere i RL § 122, og den indebærer, at forskelsbeløbet aktiveres (idet der stadig forudsættes at være

tale om et positivt beløb, dvs. goodwill) og herefter afskrives over nogle år, højst over 20 år.

De her skitserede regnskabsspørgsmål er fælles for både koncernetablering, dvs. majoritetsovertagelse, og for virksomhedsovertagelse og fusion, og RL behandler dem nu parallelt, hvilket kun kan bifaldes.

Udgangspunktet er, at etablering af et koncernforhold (koncernetablering) mellem to virksomheder regnskabsaflægges ved *overtagelsesmetoden* efter § 122, jf. § 121, stk. 1.

Dog kan koncernovertagelser, der foregår inden for armslængde, hvor der ikke hersker almindelige markedsvilkår, foretages uden indregning af goodwill eller badwill, jf. § 121, stk. 2. Der er her tale om situationer, hvor det er den samme interesse, der ejer begge virksomheder, så der ikke sker en reel prisfastsættelse, og dermed heller ikke er grundlag for at beregne goodwill. Det kan fx være to dattervirksomheder inden for en koncern, hvor det er den øverste modervirksomhed, der bestemmer det hele, eller det kan være to virksomheder, der begge ejes af den samme privatperson. I almindelig praksis fastsættes der normalt heller ikke goodwill i sådanne tilfælde. Disse tilfælde er ikke behandlet af de internationale standarder, jf. herved IAS 22, der undtager dem. Her kan sammenlægningsmetoden således anvendes. Også visse andre overtagelser, hvor der opnås 90% af kapitalen, kan behandles efter sammenlægningsmetoden, jf. nærmere § 121, stk. 3.

Overtagelsesmetoden beskrives nærmere i § 122, der efter sin ordlyd direkte omfatter virksomhedsovertagelse. Aktiver og forpligtelser på erhvervelsestidspunktet i den erhvervede virksomhed indregnes og måles til dagsværdi i koncernregnskabet, uanset om de før erhvervelsen ikke blev indregnet i virksomhedens balance. Herunder skal forventede omkostninger til omstrukturering i den erhvervede virksomhed indregnes som hensatte forpligtelser. De konsoliderede virksomheders kapitalandele i en konsolideret dattervirksomhed, målt til kostpris, udlignes med de konsoliderede virksomheders forholdsmæssige andel af dattervirksomhedens nettoaktiver, målt til dagsværdi. Udligningen sker på tidspunktet for koncernetableringen. Forskelsværdien mellem de to beløb – dvs. mellem den regnskabsmæssige indre værdi på basis af dagsværdier og modervirksomhedens kostpris for kapitalandelene i dattervirksomheden – betegnes normalt som koncerngoodwill, hvis beløbet er positivt, og som koncernbadwill eller negativ koncerngoodwill, hvis beløbet er negativt.

Et positivt forskelsbeløb, der fremkommer ved behandlingen i de to første stykker, skal herefter behandles som goodwill, dvs. aktiveres og

afskrives over sin brugstid. Af RL § 43, stk. 1, fremgår det, at erhvervet goodwill skal aktiveres, ligesom det fremgår af § 43, stk. 3, at goodwill skal afskrives over højst 20 år. Der gælder således, svarende til IAS nr. 22, samme regler for behandling af den goodwill, virksomheden erhverver ved overtagelse af en aktivitet direkte, som der gælder for den goodwill, koncernen (modervirksomheden) erhverver ved overtagelse af kapitalandele i en virksomhed. Den tidligere adgang til at straksafskrive koncerngoodwill er dermed afskaffet, jf. nærmere om aktivering og afskrivning af goodwill *Christian V. Petersen* i R&R 2002 nr. 10 s. 26 ff.

Et negativt forskelsbeløb optages under forpligtelserne som en særskilt periodeafgrænsningspost i form af udskudt indtægt. Dette antages at ligge inden for rammerne af 7. direktiv art. 31.

> I praksis vil et negativt forskelsbeløb ofte hidrøre fra situationer, hvor den købende virksomhed forventer, at der foretages omstruktureringer af den købte virksomhed. IAS nr. 22 tillader, at der under visse betingelser kan foretages hensættelser til omstruktureringer. I enkelte tilfælde kan et negativt forskelsbeløb repræsentere et såkaldt »lucky buy«. IAS nr. 22 foreskriver her, at den del af det negative forskelsbeløb, som overstiger værdien af ikke-monetære aktiver, skal indtægtsføres straks, mens den øvrige del skal indtægtsføres over den vægtede gennemsnitlige brugstid for afskrivningsberettigede ikke-monetære aktiver. IAS 22's krav om indtægtsføring straks af dele af det negative forskelsbeløb må antages ikke at kunne rummes inden for direktivet.

Sammenlægningsmetoden beskrives nærmere i § 123. Forskelsværdien aktiveres her ikke som goodwill, ligesom den ikke passiveres som badwill. Den lægges blot til eller trækkes fra koncernens frie egenkapital. Her sker indregning af dattervirksomhedens aktiver og passiver ikke til dagsværdi, men blot til den bogførte værdi, efter at der er foretaget værdiharmonisering efter § 119, stk. 2. For at understrege, at der i princippet er tale om en »simpel« sammenlægning uden etablering af overtagelsesgoodwill, bestemmes det i § 123, stk. 1, at der indregnes og måles, som om koncernforholdet var etableret fra begyndelsen af det regnskabsår, der er det først startende i koncernetableringen. Har de to virksomheder forskellige regnskabsår, således at den ene fx starter tre måneder før den anden, behandles alle aktiver og forpligtelser, som om etableringen var sket på starttidspunktet for den ene virksomheds regnskabsår.

I Danmark eksisterede der før 2001 kun sporadiske regler for *fusionsregnskaber*, selvom en fusion i økonomisk og regnskabsteknisk hen-

seende ligner en koncernetablering. Internationalt er fusioner og koncernetableringer blevet behandlet efter samme regler, hvilket også i stor grad er sket i praksis herhjemme. Da teknikken ved udarbejdelse af koncernregnskaber og fusionsregnskaber imidlertid er ens, alene med den forskel, at koncernregnskabet kun i regnskabsmæssig forsstand har fjernet det selskabsretlige slør (idet det overtagne selskab fortsat eksisterer som juridisk person), hvorimod sløret er faldet helt ved fusionen (hvor det overtagne selskabs juridiske personlighed ophæves), kan fusionsregnskaber reguleres forholdsvis simpelt gennem henvisning til koncernregnskabsreglerne. Det gælder også spørgsmålet om kapitaludligning og spørgsmålet om fusionsgoodwill.

Fra 2001 gælder reelt set det samme som for koncernetableringen, nemlig anvendelse af dagsværdier for det ophørende selskab. I praksis indeholder RL dog ikke herved store forskelle i forhold til tidligere gældende lovgivning, idet opskrivning i det ophørende selskab i lang tid har været accepteret som et led i fusionen, når bortses fra åbenbare omgåelsessituationer.

I det omfang der i henhold til lovgivningen eller aftale skal udarbejdes en opgørelse over sammendraget af fusionerende virksomheders aktiver og passiver (fusionsregnskabet), finder bestemmelserne i RL §§ 115-123 (bortset fra § 118, stk. 3) tilsvarende anvendelse på åbningsbalancen for den fusionerede, fortsættende eller den ved fusionen dannede virksomhed, jf. § 129. Reglerne for modervirksomheden finder anvendelse på den fortsættende virksomhed, og reglerne for dattervirksomheder finder anvendelse på den ophørende virksomhed. Fusionsregnskabet består 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. Reglerne gælder tilsvarende for virksomheders overtagelse af aktiver og forpligtelser i forbindelse med spaltning med de tilpasninger, der følger af spaltningers særlige natur, jf. § 130.

De undtagelser, der gælder for koncernetablering, gælder tilsvarende for fusioner, dvs. at der også her kan anvendes en sammenlægningsmetode efter § 123. En sammenlægningsproces kan fx begynde med en koncernetablering, hvor der beregnes goodwill og stadig består to sel-

skaber, for så i et senere forløb i samme regnskabsår at fuldføres med en fusion, der – fordi den foregår inden for en koncern – gennemføres uden etablering af goodwill – den er der jo allerede i forvejen – hvorefter der kun er ét selskab tilbage. Sker der fusion inden for en koncern, kan sammenlægningsmetoden anvendes.

Litteratur

Advokatsamfundet
– Vejledning i gennemførelse af juridisk due diligence (2002)
– Guidelines for Legal Due Diligence (2002)
E. Lego Andersen
– Kontrakter om virksomhedskøb (1991)
– Aktionæroverenskomster (2000)
John Peter Andersen, Jane Bolander, Malene Sloth Eriksen & Jan Pedersen
– Skattesystemet; en elementær fremstilling (1997)
Lennart Lynge Andersen
– Fonde og foreninger I (4. udg. 1996)
– En fondsbestyrelses arbejde (1994)
– Lærebog i fondsret (3. udg., 2002)
– Fra stiftelse til fond (2002)
Lennart Lynge Andersen, Erik Werlauff & Niels Ørgaard
– Holdingselskaber (1998)
Mette Hastrup Andersen
– Skatteretlig genoptagelse i forvaltningsretlig belysning (2004)
Paul Krüger Andersen
– Aktie- og anpartsselskabsret (8. udg., 2004)
– Studier i dansk koncernret (1997)
Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen
– Introduktion til børsretten; børsreform II (1996)
– Børsretten (2000)
Paul Krüger Andersen & Mette Neville
– Aktie- og anpartsselskabsretlig domssamling (1995)
Paul Krüger Andersen, Mette Neville, Flemming Jacobsen & Frank Pedersen

– Anparter i juridisk, skattemæssig og økonomisk belysning (1987)
Jan Andersson
– Kapitalskyddet i aktiebolag (2. udg., 1999)
Philip Baker
– Double Taxation Conventions and International Tax Law (2. ed., 1994)
Erik Banner-Voigt & Søren Rasmussen
– Aktieløn (3. udg., 2004)
Claus Molbech Bendtsen
– Interessentskabsretlige problemer (2003)
Jørgen Berg & Jørgen Skou
– Håndbog i internationale skatteforhold, under medvirken af Erik Todbjerg (1988)
Kjeld Bergenfelt & Søren Rasmussen
– Kursgevinstloven; beskatning af kursgevinster og -tab samt finansielle kontrakter (1992)
Betænkning nr. 723/1974
– om selskabsbeskatning ved fusion
Betænkning nr. 1060/1985
– om skat af udenlandsk indkomst i Danmark
Betænkning nr. 1101/1987
– om skat ved konkurs og akkord
Betænkning nr. 1187/1989
– om fortolkning mv.
Betænkning nr. 1221/1991
– om driftsomkostningsbegrebet
Betænkning nr. 1251/1993
– om forenkling af anpartsselskabslovgivningen
Betænkning nr.1374/1999
– om generationsskifte
Betænkning nr. 1426/2003
– om frist- og forældelsesregler på skatte- og afgiftsområdet
Sören Bjarnås, Staffan Estberg & Per Snellmann
– Utlandsetablering (Ernst & Young, skriftserien nr. 19/1992)
John Blendstrup & Per Midtgaard
– Køb og salg af virksomhed, herunder revisors rolle (1993)
Jørgen Boe & Claus Juel Hansen
– Direktørkontrakten (5. udg., 2004)
Jane Bolander
– Skat ved gældseftergivelse (1999)

Ole Borch
– Rekonstruktion af nødlidende virksomheder – en håndbog (2001)
Poul Bostrup, Susanne Dahl & Hans Henrik Bonde Eriksen
– Skatteproces (2. udg., 2002)
Anette Friis Brahe
– Spaltning af aktieselskaber – selskabsretlige og revisionsmæssige aspekter for revisor som vurderingsmand (1994)
Stefan Brocker & Jan Grapatin
- Ansvarsgenombrott (1996)
Stefan Brocker & Jan Lundström
– Aktieägares ansvar för aktiebolagets förpliktelser (kandidatafhandling Göteborg 1993)
Peter Broms
– Fusionskontrolforordningen (Institut for europæisk ret ved Stockholms Universitet 1991)
Niklas Bruun, Atli Gislason, Pekka Kemppainen, Ruth Nielsen og Dennis Töllborg
– Koncernarbetsrätt i Norden (1992)
Jakob Bundgaard
– Koncernskatteretlige neutralitetsstudier (1999)
– Tynd kapitalisering (2000)
Jakob Bundgaard & Jens Wittendorf
– Armslængdeprincippet og transfer pricing (2001)
Jakob Bundgaard, Jan Pedersen, Kurt Siggaard & Niels Winther-Sørensen
– Skatteretten 1 (4. udg. 2004)
Frank Bøggild
– Fission og spaltning (Århus Universitet 1993, studenterafhandling)
Erna Christensen, Alex Dalgaard & Erik M. Hansen
– Selskabsbeskatning (23. udg. 2003)
Jan Schans Christensen
– Contested takeovers (1991)
– Ledelse og aktionærer, 6 essays om selskabs- og børsret (1992)
– Grænseoverskridende virksomhedsoverdragelser – tilrettelæggelse, forhandling, aftaleudarbejdelse og opfølgning (1998)
Eivind Christiansen
– Beskatning af aktionærer (3. udg. 1998)
Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen & Finn Taksøe-Jensen
– Almen skatteret (1998)
– Skatterettens specielle del (1998)

Den Danske Finansanalytikerforening
– Rapport om minoritetsaktionærers retsstilling (1989)
Søren Dosenrode (red.)
– EU-rettens påvirkning af dansk ret (2002)
Rolf Dotevall
– Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör (1989)
– Bolagsledningens skadeståndsansvar (1999)
Jens Drejer & Hanne Søgaard Hansen
– Afskrivningsloven, en lovkommentar (1998)
Inger Dübeck
– Aktieselskabernes retshistorie (1991)
A. J. Easson
– Taxation in the European Community (1993)
Uwe Eyles
– Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der europäischen Gemeinschaft (1990)
Lena Falk & Claus Pedersen
– Skatteplanlægning i internationale koncerner (1996)
Gunnar Flodhammar
– Företagsvärdering vid tvångsinlösen (1980)
– Aktier med fallskärm? (1990)
Carsten Fode & Noe Munck
– Valg af selskabsform (2000)
Michael Fritz
– Die Spaltung von Kapitalgesellschaften (1991)
Henrik Gam, Jens Holger Helbo Hansen & Knud Erik Kriegbaum
– International beskatning — en introduktion (2000)
Johan Giertsen
– Kan et aksjekjøp finansieres av selskapets egne midler? (den norske advokatforening, 1990)
– Generasjonsskifte – kontrakts- og arverettsspørgsmål som oppstår når et foretak overføres til en livsarving (1995)
– Selskapsfinansierte aksjeerverv – kan et selskap stille midler til rådighet for erverv av aksjer i selskapet? (1996)
Bernhard Gomard
– Aktieselskabsret (2. udg., 1970)
– Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13. juni 1973, et foreløbigt grundrids (1974)
– Aktieselskabers likvidation og konkurs (1975)

– Revisors stilling i retlig belysning (1979)
– Aktieselskaber og anpartsselskaber (4. udg., 2000)
– Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997)

Mathias Habersack
– Europäisches Gesellschaftsrecht (1999)

Anders Oreby Hansen & Nikolaj Bjørnholm
– Lempelse af dobbeltbeskatning (3. udg. 2002)

Claus Juel Hansen, Henrik Holm Jensen & Jacob Lehmann Madsen
– Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer (2004)

Jesper Lau Hansen
– Fondsbørsen – aspekter af en fondsbørsretlig forudsætning (1999)

Jørgen Valther Hansen, Thomas Riise Johansen & Teddy Wivel
– Corporate Governance – et bud på danske bestyrelsers rolle (2000)

Søren Friis Hansen
– Europæisk koncernret (1996)
– Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998)

Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel
– Introduktion til selskabs- og foreningsretten (1998)
– Lærebog i selskabsret I – indledning til selskabsretten (1999)
– Lærebog i selskabsret II – kapitalselskaber (2000)
– Dansk selskabsret 3 – interessentskaber (2004)

Kjeld Hemmingsen
– Driftsomkostninger i teori og praksis (2003)

Johanna Hey
– Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa (1997)

Karl-Eduard von der Heydt og Wolff-Georg Frhr. von Rechenberg (red.)
– Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (1992)

Lida Hulgaard, Aage Michelsen, Margrethe Nørgaard & John Engsig
– Lærebog om indkomstskat (9. udg. 2000)

Christina Hultmark
– Kontraktsbrott vid köp av aktier – särskilt om fel (1992)

Erik Hørlyck
– Aktie- og anpartsselskaber, en introduktion (1985)
– Dansk andelsret (3. udg., 2000)
– Erhvervsdrivende virksomheder (1994)
– Interessentskaber og konsortier (2. udg., 1996)

Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen & Erik Werlauff (red.)
– Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (2003)

Jens Olav Engholm Jacobsen
– Selskabsskatteloven med kommentarer (1997)
Lisbeth Nørgaard Jensen, Jørn Zielke Kristensen & Ane Edelbo
– Datterselskab eller filial; skatteplanlægning ved etablering i udlandet (kandidatafhandling 1997)
Sv. Gram Jensen
– Skattemyndighedernes kompetence (1997)
Søren Næsborg Jensen
– EU-selskabsskatteret (1997)
Inge Langhave Jeppesen
– Skatteretlig periodisering (2005)
Christopher Jones & Enrique Gonzalez-Diaz
- The EEC Merger Regulation (1992)
Gösta Kedner & Carl Martin Roos (under medvirken af Rolf Skog)
– Aktiebolagslagen med kommentarer, del I-II-III (5. udg., 1995)
Malene Kerzel
– Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning (2000)
Heiz-Christian Knoll
– Die Übernahme von Kapitalgesellschaften (1992)
Joachim Lang
– Unternehmensbesteuerung in EU-Staaten (1994)
Lars Bo Langsted, Paul Krüger Andersen, Mogens Christensen & Vagn Greve
– Revisoransvar (5. udg., 2001)
Anders H. Liland
– Fusjon av selskaper (1992)
Gustaf Lindencrone, Sven-Olof Lodin & Bertil Wiman (ed.)
– International Studies in Taxation: Law and Economics — Liber amicorum Leif Mutén (1999)
Marcus Lutter
– Europäisches Unternehmensrecht (4. udg., 1996)
Liselotte Hedetoft Madsen
– Beskatning ved deltagelse i personselskaber (2003)
Julian Maitland-Walker (udg.)
– Guide to European Company Laws (1993)
Hans Fredrik Marthinussen & Magnus Aarbakke
– Aksjeloven med kommentarer (2. udg., 1996)
Aage Michelsen
– International skatteret (3. udg. 2003)

Kenneth Mikkelsen
– Skatteplanlægning i internationale koncerner (kandidatafhandling 1998)
Noe Munck, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard
– Selskabsformerne – lærebog i selskabsret (4. udg., 2002)
Ulrik Gorm Møller
– Skatterådgivning; metode og teknik (1996)
Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (ed.)
– The Internalisation of Companies and Company Laws (2001)
Jacob Graff Nielsen
– Legalitetskravet ved beskatning (2003)
Peter Arnt Nielsen
– International privat- og procesret (1997)
Ruth Nielsen
- Koncernarbejdsret – i Danmark og internationalt (1991)
Inge Nilsson & Lars Nyhegn-Eriksen
– Virksomhedsbeskatning (2000)
Jan Nygaard & Lars Wøldike
– Skattefri virksomhedsomdannelse (2003)
Nørbyudvalget
– Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark (2001 og 2004)
Hanne Nørreklit
– Interne afregningspriser i multinationale virksomheder (1999)
OECD
– Responsibility of parent companies for their subsidiaries (1980)
– Principles of corporate governance (1999)
Jan Pedersen
– Transfer pricing i international skatteretlig belysning (1998)
Jesper Strandgaard Pedersen (red.)
– Fusioner på tværs – fra plan til praksis (1998)
Torben Pedersen, Poul Schultz og Harald Vestergaard
– Danske virksomheders etableringer i udlandet (Handelshøjskolens forlag 1993)
Henrik Peytz
– Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer (2003)
Allan Philip
– Studier i den internationale selskabsrets teori (1961)
Richard Posner
– Economic analyses of law (4. udg., 1992)

Preben Underbjerg Poulsen & Søren Rasmussen
– Aktieavancebeskatning (1995)
Bent Ramskov
– Intern selskabsomstrukturering (2001)
– Aktieombytning og uegentlig fusion (2004)
Jacob Ørskov Rasmussen & Jesper Kock Clausen
– Beskyttelse af virksomhedsnavne (2003)
Knut Rodhe
– Aktiebolagsrätt (19. udg., 2000, bearbejdet af Rolf Skog)
Carl Martin Roos
– Avtal och rösträtt (1969)
Ida Rosenberg, Lone Sneholt & Niels Thomsen
– Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer (1997)
– Aktieselskabsloven med kommentarer (6. udg., 1999)
Jan Sandström
– Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie (1976)
Ari Savela
– Hostile takeovers and directors. Regulation of takeover defences in Finland, the United Kingdom, the United States and the European Union (1999)
Peer Schaumburg-Müller
– Tilsynet med de finansielle institutioner (1992)
– Dansk børsret, 1. Del. Almindelige emner (2003)
Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff
– Industriministeriets Erhvervsankenævn (1994)
– EU's selskabs-, børs- og kapitalmarkedsregler (2. udg. 2003)
Eberhard Scheffler
– Konzernmanagement. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernführungspraxis (1992)
Dominic Schnichels
– Reichweite der Niederlassungsfreiheit (1995)
Clive M. Schmitthoff & Frank Wooldridge
– Groups of companies (1991)
Michael Serup
– Generationsskifte. Omstrukturering (1999)
– Fusionsskatteloven med kommentarer (2. udg. 2003)
Kristian Sindballe
– Dansk Selskabsret I-III (2. udg., 1928-36)
Kristian Sindballe og Niels Klerk
– Dansk Selskabsret I og III (1949)

Lucy Smith
– Kampen på aksjemarkedet. En rettslig studie av selskapsovertak og forsvarstiltak (1988)
Thorbjørn Sofsrud
– Bestyrelsens beslutning og ansvar – spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar (1999)
Kristian Nørskov Stidsen, Marie Skjelbo Pedersen & Søren Aagaard
– Omkostningsgodtgørelse i skattesager (2004)
Anja Svendgaard
– Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber (2001)
Karsten Engsig Sørensen
– Samarbejde mellem selskaber i EF (Ph.D.-afhandling 1993)
Britta K. Thomsen
– Reglerne om aktionærlån i selskabsretlig belysning (Justitia 1992 nr. 5, bearbejdet version af bachelorafhandling, Aalborg Universitet)
Per Thorell
– EG:s redovisningsrätt – kommentar till fjärde, sjuvende och elfte bolagsdirektiven (1993)
– EG:s direktiv i bolags- och börsrätt – direktivsamling (1993)
Carl Torp
– Om Interessentskab (1893)
– Den danske Selskabsret (1919)
Christina D. Tvarnø
– Skattemæssigt underskud i selskaber i EU. En komparativ retsøkonomisk analyse (2001)
Per Ugge
– Etableringsretten inden for EF, særligt for juridiske personer (kandidatafhandling 1991 fra Stockholms Universitet 1991)
Nikolaj Vinther
– Civilrettens styring af skatteretten (2004)
Leif Weizmann
– Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue (1994)
Erik Werlauff
– Generalforsamling og beslutning (1983)
– Håndbog for dirigenter, A/S og ApS (1987)
– Selskabsretlige dokumenter (2. udg., 1995)
– Selskabsretlige domme og kendelser 1950-1996 (2. udg., 1997)
– Håndbog for foreningsdirigenter (1989)

– Selskabsmasken; loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten (1991)
– Rekonstruktion; selskabers kapitaltab og genopretning i retlig belysning (1992)
– Aktionærers indbyrdes aftaler (1992)
– EU-selskabsret (3. udg., 2002)
– EU Company Law (2. udg., 2003)
– Bestyrelsens arbejde og ansvar (1993)
– Koncernretten (1996)
– Børs- og kapitalmarkedsret (2. udg., 2000)
– Selskabsskatteret 2005/06 (7. udg., 2005)
– Anpartsaftalers bindende virkning (1994)
– Statsselskaber (1992)
– Werlauffs kommenterede aktieselskabslov (2. udg., 2002)
– Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov (2001)
– Udlicitering og medarbejdere. Medarbejderrettigheder ved offentlig og privat outsourcing og disses betydning for aftalevilkår (2. udg., 2001)
– Selskabet og årsrapporten (2001)
– SE-selskabet – det europæiske aktieselskab (2002)
- SE – The law of the European Company (2003)
– Medarbejdere og fusion i Norden – medarbejderrepræsentation i nordiske virksomheders bestyrelser, særligt efter grænseoverskridende overtagelse og fusion. Redegørelse til Nordisk Ministerråd efter anmodning fra Nordisk Arbejdsretsudvalg (2002), projekt nr. 411060-20172
– Selskabssret (5. udg., 2003)

Erik Werlauff og Jørgen Nørgaard
– Vedtægter og aktionæroverenskomster (2. udg., 1995)

Niels Winther-Sørensen
– Beskatning af international erhvervsindkomst — indkomstopgørelsen for et fast driftssted (2000)
– (red.) OECD's modeloverenskomst 2003 med kommentarer (2003)

Ove Lykke Zeimer & Klaus Alberius-Krenk
– Håndbog om bruttoskat — med internationale konventioner (1994)

Søren Aaberg
– Identifikation mellem koncernforbundne selskaber (Justitia 1993 nr. 5)

Stikordsregister

A

A-aktier 19
A. P. Møller Gruppen 370
absorption 85, 101, 337, 338
absorptionsmetoden 273
acontoudbytte 119
acquisitions 326
administrationsorgan 94
administrationsselskab 240
advance pricing arrangements 224
advokatomkostninger 311
afhængig agent 176
afhængig repræsentant 184
afståelsestidspunkt 274
agentreglen 176
agentur 46
aktieemission 213
aktieklasser 33, 319
aktiemajoritet 343
aktieombytning 272, 310, 327
aktieoverdragelse 311
aktier 180
aktievederlæggelse 288
aktionærlån 47, 119, 127, 129
aktionæroverenskomst 35, 37, 319, 320
aktørhæftelse 87, 92
allokering 179
allokeringskriterium 171
ambi 132
Ameritech 30
Andersen og Jensen ApS 292, 302
anlægsarbejde 175
anmeldelsespligt 112, 122, 376
anmeldelsesvilkår 293, 316
Anneliese Lenz 271
anti-udnyttelsesregler 142
apportindskud 312, 342
arbejdsmiljølovgivningen 329
Arla Foods 375
armslængdevilkår 210
attest 363
avancefordelingsmetoden 223

B

B-aktier 19
back-to-back-lån 202
badwill 333, 395
banker 269
begrænset selvstændighedsfiktion 179
Beherrschungsvertrag 118
beskatning 73, 84, 145
beskatningskonto 269
betalingskorrektion 226, 227

betalingsstandsning 80
bevisbyrde 215, 219, 220, 222
BG Bank 343
bindingsperiode 238
bruttoanpart 74
byggearbejde 175
børs- og kapitalmarkedsretligt koncernbegreb 30
børskurs 343, 344

C

Cadbury Schweppes plc 271
California Kleindienst A/S 151
carry back 252
cash pooling 129
caveat emptor 351, 353, 354
CFC-beskatning 142
CFC-indkomst 266
Check-the-box-regler 158, 161, 170
Comparable Uncontrolled price 223
Continental Can 371
COOP Danmark A/S 93
Cost plus method 223
creditmetode 146
creditprincippet 147
cross-holding 26

D

dagsværdi 333, 334, 393
Dansk Eternitfabrik A/S 131
Danske Bank 339, 343
datterselskabsudbytte 27
dattervirksomhed 390
de facto kriterium 24
de jure kriterium 24
debitorskifte 347, 356
den fri markedsprismetode 223
den transaktionsbestemte nettoavancemetode 223
direktionsansvar 353
diskrimination 127
diversifikation 325
dividende 106
dobbelt dip 251
dobbeltbeskatning 143, 268
dobbeltbeskatningsoverenskomst 140
dobbeltdomicil 153
dokumentation 221, 222
dokumentationsforpligtelse 207
domicilstat 143
dominerende stilling 365
domstolsprøvelse 384
driftsomkostning 219
due diligence 351, 352, 353, 355
Dutch Clause 375
dynamisk fortolkningsmetode 145

E

E-handel 175
earn-out 352
EF-tidende 89
egne aktier 113, 122, 169, 281
ejerskifte 358
ejerskifteafdrag 328, 348
eksemption 152
eksemptionsprincippet 146
eksklusion 76, 77
ekspansion 325
ekstraordinær samhandel 276
eliminering 392
enstrenget ledelsessystem 95
enstrenget system 94
Enterprise eller entity law 16
etablering af sambeskatning 247
etableringsformer 54
etableringsfrihed 46, 50, 60

etableringsretten 119
europæisk andelsselskab 106
EU's konkurrenceregler 135
ex tunc virkning 228
EØFG 178

F

faktiske hjemsted 94, 96
fast driftssted 73, 74, 170, 172, 173, 178, 242, 284
Fast driftssteds-begrebet 173
fast ejendom 73, 187, 304, 329, 349
filial 46, 172, 283, 284
filialdirektivet 172
filialsambeskatning 249
filmrettigheder 188
finansielle selskaber 88
finanstilsyn 101
firmagruppen 63, 77
firmanavne 64
Fiscal unit metoden 156
flytning 99, 142
flytningsplan 99
fondsmæglerselskaber 88
fordelingsaftale 297
fordringer 180
forfaldsgrund 328, 329, 348
forfaldsklausul 328, 348
forfatterret 190
forhandlerkontrakt 328, 348
forhandlingsorgan 102
forhandlingsperioden 102
forlæggelsesplan 99
formålsbestemmelse 114
fornyet sambeskatning 261
forordningen fusionsbegreb 41
forpagtningskontrakt 190
forrang 75
forrangsprincip 271
forretningsfører 71, 72
forretningssted 174
forsikringsselskaber 88, 269
fortegningsret 122
fortolkning 144
forudsætningslæren 329
fraflytning 155, 322
fraflytterskat 294
Frederiksborg Bank A/S 340
frihedsrettigheder 127
fuld credit 146, 147, 148, 149
fuld eksemption 146, 147
fungere ved hjælp af egne midler 305
funktionsopdeling 217
fusion 85, 90, 92, 101, 104, 250, 272, 273, 319, 325, 326, 328, 337, 338, 369
fusionens retsvirkninger 347
fusionsbegreb 372
fusionsbeslutning 341, 342
fusionsdato 276, 277, 280
fusionskontrol 375
fusionsmotiver 325
fusionsplan 277, 278, 339, 340, 360, 361, 363
fusionsregnskab 277, 331, 332, 336, 340, 395, 396
fusionsvilkår 383
fællesskabsdimension 39, 369
Færøya Banki 352

G

garantier 352
garantistillelse 128
genbeskatning 239, 259, 280, 307, 317
genbeskatningssaldo 254, 257, 258, 259

generalforsamlingen 94
generalklausuler 115
genoptagelsesfrist 227
gensidig aftaleprocedure 166, 224, 231, 232
gensidighed 130, 131
Gewinnabführungsvertrag 118
globalindkomstprincippet 143
globalprincip 159
globalpuljeprincippet 238
godkendelsesprocedure 369
goodwill 185, 189, 192, 333, 336, 337, 393, 394
gren af en virksomhed 292, 301, 303
grenspaltning 286, 287, 292, 296
Group relief metoden 157
grænseoverskridende flytning 359
grænseoverskridende samarbejde 70
gyldne regel 146

H
handelsagent 184
handleevne 67, 75, 87
heleejerskabsaktieombytning 314
hensigtserklæring 203
hjemstedsflytning 323
holdingland 170
holdingselskab 43, 90, 169, 374
hovedsædekriterium 53, 85, 96, 97, 150, 151, 322
hovedsædeteorien 360
hæftelse 67, 78, 106, 128, 254, 296, 297
hæftelsesbegrænsning 87
hæftelsesgennembrud 61, 132, 134
høringspligt 112, 125
høringspligter 110

I
ideel anpart 304
identifikation 34, 129, 131, 132, 133, 134, 136
identitet 130
immaterialaktiv 304
immaterielle aktiver 181, 182, 187, 248
immaterielrettighed 187, 190
indeståelser 352
indgangsværdier 247, 248, 323
indirekte indkomstopgørelse 183
individualforfølgning 75, 80
indkomstopgørelse 249
indlændingediskrimination 47
indløsningsreglen 342
indskud uden aktieemission 213
industrialiseringsfonden for udviklingslandene 244
industrielle erfaringer 195
inkorporationskriterium 70, 96
inkorporationsteorien 360
interessefællesskab 29
interessentskab 65, 73, 177, 275, 304
internationale fusioner 359
interne ydelser 179, 181
interpellationsretten 115
Investeringsfonden for Vækstmarkeder 245
Investeringsfonden for Østlandene 245

J
Johnson Holding ApS 311
joint venture 18, 42, 65, 66, 372
juridisk dobbeltbeskatning 143, 225
juridisk person 67, 73, 87, 92, 95

K

kapital 87
kapitalselskabsform 156, 163
kapitaludvidelse 320
karteller 365
kartelret 39
kautionserklæring 129
kildeskattebegrebet 163
Kløver Mælk 375
knowhow 190, 191
kollektiv dominans 43, 373
kombination 85, 101, 337, 338, 347
kombinationsmetoden 273, 277, 337
kommanditselskab 73, 143, 177, 275, 304
kommissionær 184
koncernbadwill 334
koncernbegreb 15, 370
Koncernbidragsmetoden 157
koncerndefinition 16
koncernforbundne selskaber 208
koncerngoodwill 334, 335
koncerninformation 110
koncerninterne fordringer 246
koncerninterne salg af aktier 258
koncerninterne salg af virksomhed 258
koncernkonto 129
koncernlån 47, 48, 119, 120
koncernregnskab 126, 332, 387, 391
koncernrepræsentation 113, 114, 123
koncernstruktur 272
konkurs 80, 254, 260
konkursdekret 256
konsolidering 389, 392
konsolideringsregel 203, 204
konsortialbeskatning 59
konsortialfradrag 59
konsortiesambeskatning 157
kontantvederlag 281, 294
konvertible obligationer 244
korrektion 207, 209, 213
korresponderende korrektion 210, 211, 225
Kostpris plus avancemetoden 223
kredit- og finansinstitutter 39, 42
kreditorbeskyttelse 329
kreditorer 347
Kronebanken A/S 340
kursgevinster 197
køberet 31
køberetter 319
købs- og salgsbog 124

L

lavskatteaktier 167, 271
ledelsens sæde 151, 153
ledelsesbeføjelse 116
ledelsesorgan 94
ledelsesret 116
legal entity 15
lejekontrakt 190
lempelsesberegning 149
lempelsesberettiget indkomst 147, 148
lempelsesberettiget skat 147
Leur Blom 313
liberale erhverv 73
licensbetalinger 194
lifting the veil 61
ligebehandling 58, 140
ligebehandling af aktionærer 119
likvidation 68, 80, 244, 256, 260, 274
likvidationsbeslutning 81
Limited company 164
Limited Liability Company 164, 165
lodret fusion 338
lovvalg 64, 71, 362

loyale oplysningspligt 351, 353, 355
løbende ydelse 192
lønmodtagerne 347

M
majoritetskrav 71, 313, 316, 341
majoritetskøb 327, 353
majoritetsoverdragelse 326, 328, 350
majoritetsovertagelse 42, 325
majoritetspost 353
majoritetsstemmeflertal 319
mangelsbeføjelser 354
mangelsbegreb 353
markedsandel 377
markedsdominerende stilling 368
markedsposition 325
Marks & Spencer 158
maskeret udbytte 219
maskeret udlodning 212, 218
matching credit 146
matching credit-metoden 149, 152
materielle aktiver 182
MD Foods 375
medarbejderaktier 113
medarbejderindflydelse 101, 102, 362
medarbejderordning 244
medarbejderrepræsentation 90, 359
medlemsforsamling 71
mergers 326
Midtfyns Bank A/S 339
Midtfyns Festivalen 61, 132
minoritetsaktie 353
minoritetsaktionærer 36, 386
minoritetsinteresser 392
mobile income 187, 195
moder-/datterselskabsdirektivet 137, 159, 162, 163
modregning 129
modregningserklæring 129
momsret 136
monopoler 365
monteringsarbejde 175
mæglere 184
mønster 190, 195

N
nationalitetsmæssig ligebehandling 118
navneregler 61
Newco 131
noteoplysning 392
novation 357
Novo Nordisk 288
næringsaktier 180

O
objektiv bevisbyrde 222
obligatorisk national sambeskatning 238
oligopol 42, 373
ombytning af aktier 327
ombytningstidspunkt 316
omdannelse 90, 92
omgørelsessag 227
omstrukturering 272
omsætningsbeskyttelse 329
omvendt lodret fusion 338
ophavsret til kunstneriske værker 190
ophavsret til litterære værker 190
ophavsretlige rettigheder 195
ophørsspaltning 286, 287, 293, 294
oplysningsforpligtelse 207
oplysningspligten 115
opsigelsesgrund 328, 329, 348
opsættende virkning 98

option 31
ordinær credit 146, 147, 148, 149, 252, 284, 309
Organbeherskelse
som koncernkriterium 16
Organschaft 157
orienteringspligt 112
overkurs 212
overtagelsesmetoden 333, 334, 336, 393, 394
overtagelsestilbud 30

P

pant 18
panthaver
stemmerettigheder 18
pantsætning 74
partnering 65
partnerselskab 275
partsevne 67, 87
partsrederi 275
patentrettigheder 191
pengeinstitutt 280
pengestrømsopgørelse 391
personadata 351
personselskaber 177
PGS Geophysical AS 144, 174
Philip Morris 367
piercing the veil 61
pligtbærer 75
postboksselskab 98
praktisk majoritet 21
primær etablering 321
primær fællesskabsret 137
primær korrektion 210, 225
primærflytning 322
procesevne 67, 87
Profit split method 223
proportionalitet 142
præanmeldelse 369
præferenceaktier 19
Public Limited Company 151

Q

quorum-krav 72

R

rangorden 86
RealDanmark 339, 343
RealkreditDanmark 343
registrerede hjemsted 69
registrering 89
registreringskriterium 97, 150, 322
registreringstidende 70, 78
regnskabsdirektiver 73
regnskabsretligt koncernbegreb 44
regres 67
rent kunstigt skattearrangement 142
rente- og royaltydirektivet 190, 194, 195
rentebeskæring 201
rentekildeskat 197, 199
renter 197
renvoi 83, 97
renvoi-regler 69
Resale price method 223
ret til mønster 190
ret til varemærke 190
retsevne 67, 75, 87
rette indkomstmodtager 187, 214
rettigheder 329, 349
revisor 126
revisoromkostninger 311
royalty 194, 195
royalty- og rentedirektivet 137, 181
royaltybeskatningen 187
royaltybetalinger 194
Rozenblum-doktrinen 118

S

salgsrett 319
samarbejdsaftale 328, 348
sambehandling 15, 109, 134
sambeskatning 207, 237, 240, 241
sambeskatningscirkulære 240, 243
sambeskatningsindkomst 239, 249
samfundshensyn 100
samme indkomstår 243
sammenlægningsmetode 332, 333, 334, 335, 337, 393, 394, 395
sammenslutning 372
sammenslutningsbegreb 372
SCE 106
SE-datterselskab 93
SE-holdingselskab 92, 93
SE-Selskab 63, 82, 282, 288, 321, 361, 363
Seaway 31
securitization-certifikater 151
sekundær etablering 138, 321
sekundær korrektion 210, 211, 225, 226
sekundære retsakter 137
SEL § 2 A-filialen 170
selskabsrepræsentation 113
selskabsskat 73
selvbåndlæggelse 75
selvfinansierende aktiekøb 119
selvstændigt skatteretssubjekt 73
sikkerhedsstillelse 347
Sjællandske Bank A/S 340
skatteharmonisering 137
skatteregnskab 250
skatteretlige fusionsbegreb 273
skyggeindkomst 264
skæringsdato 273, 299
SmbA 313
spaltning 286, 288, 319, 325, 326, 327, 328, 330, 332
spaltningsbegreb 287
spaltningsdato 289, 290, 295
spaltningsplan 290, 296
spaltningsregnskab 290
Special Purpose Vehicle 151
spekulation 124
spekulationsforbud 114, 124
spørgsmålsret 115, 126
stamaktier 19
stemmeflertal 17, 315
Stemmelighed
  hvem har flertal? 18
stemmeloft 19, 32
stemmemajoritet 314
stemmeretsbegrænsning 32
stemmevægt 19
step-up 192
stiftelse af SE-selskaber 90
stiftelseskriterium 70
stiftelsesmetode 90, 92
stiftelsesoverenskomst 68, 71, 74, 75, 76, 77, 81
stifteransvar 87, 92
storaktionærregler 122
subkoncerner 390
subsambeskatning 258
succession 278, 279, 282, 294, 297, 307, 327, 330, 357
synergieffekt 325
særbehandling 15, 109, 129, 134
særbeskatning 241
søstersambeskatning 242, 247, 257

T

TDC A/S 154, 191, 248
tegning 195
tegningsbeføjelser 72
Tele Danmark 30
territorialindkomstprincip 238

territorialprincip 159
Texaco 144, 222
tidsbegrænsede alliancer 24
tilbagevirkende kraft 291
tilbudspligt 30
tilflytning 154
tilførsel af aktiver 272, 298, 300, 305, 307, 319, 327
tilførselsdato 306
tilførselstidspunkt 309
tilskud 212, 213, 219
tilsynsorgan 94
tingbog 329
tjenesteydelse 186
tostrenget ledelsessystem 94, 95
Transactional net margin method – TNMM 223
transfer pricing 206, 232
transfer pricing reglerne 142
transfer pricing-systematik 210
transparent 73, 143, 170
tripelbeskatning 217, 218
tvungen sambeskatning 262, 271
tynd kapitalisering 141, 142, 199, 200, 205, 250
tærskelværdier 39, 40, 369, 370, 388

U

udbytte 127, 159, 160, 162
udbytteaftale 118, 119
udbyttebegreb 159
udbyttekontrakt 190
udbytteudlodning 306, 320
udbytteudlodningstidspunktet 160
udligningskrav 119
ugyldige dispositioner 228
underretningspligt 111, 112, 124, 125
underretningspligter 110
underskud 253, 257, 276, 279, 287, 292, 294, 308, 317
underskudsoverførsel 259
undersøgelsespligter 352
universalforfølgning 75, 80
universalsuccession 299, 328, 329, 330, 331, 346, 347, 348, 349, 357, 363
unlimited company 165
uvirksomme dispositioner 228

V

valgfri international sambeskatning 238
vandret fusion 338
varemærke 190, 195
vederlagskrav 275, 305
vederlæggelse 316
vedtægtsmæssigt hjemsted 85, 92, 94, 96, 97, 98
vedtægtsændring 306, 341
vejledning 227
videnskabelige erfaringer 195
videresalgsprismetoden 223
vilkår 382, 383
virksomhedsbegreb 259
virksomhedskøb 350
virksomhedsoverdragelse 128, 259, 261, 292, 298, 299, 325, 326, 328
virksomhedssammenslutning 366, 367, 376, 377
voldgiftskonventionen 137, 232
VP-aktiver 329, 349
vurderingsmænd 277, 290, 340
værdiskøn 222

W
warrants 244

Ü
Überlagerungsteorie 322

Ø
økonomisk dobbeltbeskatning 143, 177

Å
Aalborg Havnemølle 214
år-til-år vurdering 263