

Aalborg Universitet, Det Samfundsvidenskabelige Fakultet
Juridisk Institut, Jurastudiet

Kandidatafhandling

Emne

Koncernbegrebet

Titel

Det selskabsretlige koncernbegreb
- særligt om grænsefladerne til koncernbegrebet i IFRS 10

Afleveringsdato

den 8. august 2011

Oplag

5

Vejleder

Fakultetsprofessor, dr.jur. Erik Werlauff, advokat (H)

Forfatter

Cand.merc.(jur.) et stud.jur. Mads Berg, studie nr.: 20042702

Forord

Med fare for at gentage mig selv - i forhold til de mange andre gange jeg har haft det privilegium, at være under kyndig vejledning af fakultetsprofessor, dr.jur. Erik Werlauff, advokat (H) - vil jeg endnu engang rette en stor tak til Erik Werlauff for den inspirerende og fleksible vejledning, som han har ydet mig under processen med udarbejdelsen af denne fremstilling.

Erik Werlauff er i sandhed en læremester, der tager sig tid til sine studerende, ligesom han rejser dem op, når de - under en krævende proces - uundgåeligt vælter. Det siges, at såfremt man ikke prøver at vælte, så har grænserne ikke været testet. Jeg skylder Erik Werlauff en stor tak for at hjælpe mig på benene igen, hvor det har været nødvendigt.

Mine gode venner og kollegaer i erfa-gruppen "Tû-tû", der består af Jesper Cassøe Raaschou, Magnus Dahl Vagtborg og Peter Beer Østergaard, har bidraget med kvalificerede inputs samt gode faglige drøftelser, vedrørende det omhandlede emne. Dem skylder jeg en stor tak for hjælpen.

Ved siden af jurastudierne arbejder jeg hos Advokatfirmaet Hovmøller & Thorup. Via mit arbejde har jeg fået en dybere føling med særligt praktisk selskabsret og skatteret, hvilket har været anvendelige bidrag til udarbejdelsen af denne fremstilling.

Ligeledes vil jeg rette en stor tak til min kære hustru, Ditte Lildal Berg, som har været behjælpelig med layoutet på denne fremstilling.

Aalborg, den 8. august 2011
Mads Berg

Summary

The scope of this master thesis is to analyze the group definition in the Danish Companies Act especially with regard to the group definition in the newly composed International Financial Reporting Standard no. 10 (IFRS 10).

As a result of the recent reform of the Danish Companies Act the group definition in Danish law is to be interpreted in accordance with the group definition in the International Accounting Standard no. 27 (IAS 27). In substance there is no difference between the group definition in the Danish Companies Act art. 6 and 7 and the group definition in IAS 27.

Due to the new group definition in the Danish Companies Act (based on IAS 27) the prior requirement to be a shareholder to establish a group is removed. Thus, a group can be established on the basis of only e.g. a shareholder agreement, transferring the votes from one or several other parties to the future parent (mother company).

The group definition in IAS 27 is developed, ruled and interpreted by the IFRS (IASB), which is a private foundation located in London, England.

Due to the fact that there is a firm link between the Danish Companies Act and IAS 27, the interpretation of the Danish group definition is in the hands of IASB – as said a private foundation.

The Danish Accounting Law, the Danish Tax Law (Common Tax Law) and the Danish Stock Exchange and Capital Market Law have adapted the group definition in the Danish Companies Act. Hence, it can be concluded that the group definition in all of the above mentioned laws shall be interpreted in accordance with IAS 27.

From the 1st of January 2013 the group definition in IAS 27 will be replaced by a new group definition placed in a whole new accounting standard that is set out for the purpose. The standard is named IFRS 10.

This thesis concludes that the new group definition in IFRS 10 differ from the group definition in IAS 27. The differences from IAS 27 to IFRS 10 will undergo a thorough analysis in this master thesis.

One of the major differences between the group definition in IAS 27 and IFRS 10 is that the group definition in IFRS 10 does not demand any form of agreement, specific provision in the articles or anything similar for an investor to establish a group.

This thesis concludes that in some cases the new group definition in IFRS 10 shall apply to the Danish Companies Act. The new group definition shall apply in cases where the group definition can be contained in the group definition in IAS 27. Thus, when it is only "adjustments" and not "modifications" from IAS 27 to IFRS 10, the group definition in IFRS 10 shall apply to the Danish Companies Act and therefore also apply to the Danish Accounting Law, the Tax Law (Common Tax Law) and the Stock Exchange and Capital Market Law.

As stressed in this thesis "modifications" from the group definition in IAS 27 to IFRS 10 imply a static interpretation (IAS 27 shall apply to the Danish group definition). On the other hand "adjustments" imply a dynamic interpretation (IFRS 10 shall apply).

This thesis concludes that the new group definition in IFRS 10 drags the definition of a group further towards identifying which subject holds the real control of the subsidiary. As a parallel to the group definition in IFRS this thesis carry out a systematic analysis of the principle piercing the veil.

It is concluded in this thesis that the obvious coherence between the principle piercing the veil and the new group definition in IFRS 10 ends a circle of moving focus from form to substance.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning	10
1.1 Fremstillingens metode.....	11
1.1.1 Fremstillingens hovedelementer	11
1.1.2 Fremstillingens sigte – primært retsdogmatisk	12
1.2 Retskilder	13
1.2.1 Retspositivismen contra hermeneutikken.....	14
1.2.2 EU-grundrettigheder, EMRK og Model DBO'en	15
1.2.2.1 Model DBO'en og kommentarerne	15
1.2.3 Skatteretlig (sambeskatningsretlig) administrativ praksis	16
1.2.3.1 Mangeårig administrativ praksis prøvet ved domstolene	18
1.2.3.2 SKAT-styre-signal	18
1.2.4 Forarbejder, retsgrundsætninger, juridisk litteratur mv.	19
1.2.5 Udenlandske bidrag	20
 2 En koncern	 22
2.1 Hvorfor etableres koncerner?	22
2.2 Koncernen er ikke bærer af rettigheder og pligter	23
2.2.1 Koncernlån	24
2.2.2 Subkoncern	24
2.3 Nødvendigt med regler vedrørende koncerner	25
 3 Det "formelle" koncernbegreb før selskabsreformen	 27
3.1 Det "formelle" koncernbegrebs opbygning.....	27
3.2 Besiddelseskrav	28
3.3 Datterselskaber	28
3.4 Intet krav om faktisk udøvelse af kontrol	29
3.5 Overgangen til det "reelle" koncernbegreb	29
 4 Det "reelle" koncernbegreb med selskabsreformen	 30
4.1 SL §§ 6 og 7 – et nyt koncernbegreb i dansk ret.....	30
4.1.1 Formodningsreglen – ejerskab til over 50% af stemmerne	31
4.1.2 Opsamlingsbestemmelser til formodningsreglen	32
4.1.3 EU-retlige bemærkninger	34
4.2 Selskab contra virksomhed – før/efter selskabsreformen	35
4.3 Kun ét (selskabsretligt) moderselskab	36
4.4 Skatteretligt – op til flere moderselskaber.....	37
4.5 Ét koncernbegreb for flere juridiske discipliner.....	38
4.6 Retspraksis fra andre retsområder	38
4.6.1 Andre retsområder, hvor "eksterne" bidrag anvendes	39
4.6.2 Dansk sambeskatningsretlig praksis	40
4.7 SL § 82 – ejeraftaler binder ikke kapitalselskabet	43
4.7.1 Børsnoterede selskabers oplysningsforpligtelse	44
4.8 Moderselskab contra dattervirksomhed – kan et moderselskab overtage ledelsen af en dattervirksomhed?	45

4.8.1	"Aftalekoncerner" i tysk koncernret	46
4.8.2	Consolidated bankruptcy – universel identifikation.....	47
4.8.3	Satair-dommen – ansvar for kapitalejer på et culpa-grundlag	47
4.8.4	Rozenblumdoktrinen – en vej mod fælles EU-retlig koncernret?	48
4.9	Koncernbegrebets stærke tilknytning til den internationale regnskabsstandard	
	IAS 27.....	49
4.9.1	Udarbejdelsen af regnskabsstandarderne – ikke en demokratisk proces	51

5 IAS 27's ophør og introduktion af en ny og anderledes standard, IFRS

10, fra 1. januar 2013	53
5.1 Motivationen for – og udarbejdelsen af – IFRS 10	53
5.2 IAS 27 contra IFRS 10.....	54
5.2.1 Investor/investee contra parent/subsidiary	56
5.3 IAS 27 contra IFRS 10 – "control" er stadig udgangspunktet	56
5.4 IFRS 10 – "ability-metoden" contra "legal-metoden"	58
5.4.1 Nærmere om ability-metoden contra legal-metoden	59
5.4.2 Danmark kan med fordel oprette et "Koncernnævn" – særligt for styrkelse af retssikkerheden	60
5.5 Delelementerne af koncernbegrebet i IFRS 10	60
5.6 4 typesituationer – hvor uensartet anvendelse har fundet sted	63
5.6.1 Ad a: Mindre end majoriteten af stemmerne (less than a majority of the voting rights).....	64
5.6.1.1 Potentielle stemmerettigheder	65
5.6.1.2 Formålet med – og designet af – virksomheden.....	67
5.6.2 Ad b: SPE'er (special purpose entities).....	68
5.6.2.1 Securitisation via et SPE	69
5.6.3 Ad c: Agentforhold (agency relationships)	70
5.6.3.1 Er beslutningstageren agent eller principal?	72
5.6.3.2 Detaljerede bidrag i IFRS 10 kan give anledning til revurdering af eksisterende strukturer	74
5.6.3.3 Kan indholdet af IFRS 10 vedr. agent/principal-vurderingen rummes i IAS 27?	75
5.6.4 Ad d: "Beskyttede" rettigheder (protective rights)	76
5.7 Rangorden af bidrag for vurdering af, om der består koncernforhold	77
5.8 Sammenfatning – kap. 5	79

6 IFRS 10 kræver ikke aftale, vedtægtsbestemmelse el.lign. som

forudsætning for en koncernforbindelse	80
6.1 Aftaleforhold – muligvis koncernforbindelse efter såvel IFRS 10 som efter IAS 27	81
6.1.1 Essex koncernen – i kreditorernes hænder	82
6.1.2 Franchise forhold.....	83
6.2 Ikke-aftaleforhold – der kan være koncernforbindelse efter IFRS 10, men ikke efter IAS 27	84

7	Paralleller til læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud – begrebet ”kontrolgruppe”	85
7.1	Mere om hæftelsesgennembrud	85
7.1.1	”Kontrolgruppen” i relation til koncernbegrebet i IFRS 10	86
7.1.2	Hæftelsesgennembrud – undtagelsen til hovedreglen	86
7.1.3	Retsøkonomiske argumenters forhold til læren om hæftelsesgennembrud	87
7.1.4	Hvorfor nødvendigt med mulighed for at gennembryde den ubegrænsede hæftelse?	89
7.1.5	Tvangskreditor contra frivillig kreditor – U.1997.1642H, <i>Midtfyns Festivalen</i>	90
7.1.6	Tvangskreditorer, frivillige kreditorer og de øvrige	91
7.1.7	Den stærke selskabsdeltager – mere om ”kontrolgruppen”	94
7.1.8	Ringens sluttes – fra læren om hæftelsesgennembrud til det nye koncernbegreb	96
8	Fortilfælde, hvor dansk ret udvikles dynamisk efter et inter- eller supranationalt forbillede (OECD, EMRK og EU-grundrettighederne)	97
8.1	EMRK – dynamisk regelværk	98
8.1.1	Nærmere om dommene British Rail og Sigurjónsson mod Island	99
8.2	EU-grundrettighederne – dynamisk fortolkning en nødvendighed	100
8.2.1	C-81/87, <i>Daily Mail</i> og C-210/06, <i>Cartesio</i> – vanskeligt at forudsige tempoet på den dynamiske udvikling	100
8.2.2	EU-grundrettighederne – dynamisk fortolkning kræves	102
8.3	OECD-modeloverenskomsten – flere ligheder med de internationale regnskabsstandarder	102
8.4	En statisk eller dynamisk fortolkning af koncernbegrebet i dansk ret?	103
8.4.1	Ønsket om en internationalisering af det danske koncernbegreb	104
8.4.2	Det ”næstbedste” er det ”bedst mulige”	105
8.5	IAS 27 og/eller IFRS 10 – som fortolkningsbidrag til det danske koncernbegreb?	106
8.5.1	Retspositivistisk synspunkt samt statsforfatningsretlige bemærkninger	106
8.5.2	Hermeneutikkens indvirkning på dansk ret via koncernbegrebet	108
8.5.3	Fortolkning – forskel om bagudrettet eller fremadrettet	111
8.5.3.1	Fra hvilket tidspunkt får det nye koncernbegreb i IFRS 10 eventuelt indvirkning på dansk ret?	112
8.5.4	”God-skik-normer” – dynamisk udfyldning af retlige standarder	112
8.6	Uheldigt, at IAS-koncernbegrebets ophør ikke er behandlet i bet. 1498/2008	114
8.6.1	Hvis IAS 27 frem for IFRS 10 – fortolkningsbidrag, der savner udvikling i retspraksis	115
8.7	IAS, IFRS og EU-retten	115
8.7.1	EU-retlig virkning for børsnoterede selskaber	116
8.8	Model DBO’en som eksempel	116
8.8.1	”Beneficial owner”-sagerne	117
8.8.2	Forvaltningsretlige principper	118
8.8.2.1	Retssikkerhedsprincippet – EU-retligt anerkendt	119
8.8.3	Legalitetsprincippet og anvendelse af IFRS 10	119
8.9	Præciseringer contra ændringer	120

8.9.1	Ad 1) Præciseringer	121
8.9.2	Ad 2a) Mindre ændringer	122
8.9.3	Ad 2b) Markante ændringer	124
8.9.3.1	DBO mellem Sydafrika og Danmark – en artikel fjernet	124
8.9.4	Højesterets begrundelse i TfS 1993, 7 H, <i>Texaco</i> – et eksempel på en dynamisk fortolkning	125
8.10	Konklusion – statisk contra dynamisk fortolkning	126

9 Konklusioner..... 129

10 Litteraturliste..... 132

10.1	Afgørelser.....	132
10.2	Betænkninger.....	134
10.3	Bøger	134
10.4	Artikler	136

Forkortelser

ABL	aktieavancebeskatningsloven
APL	anpartsselskabsloven (historisk)
ASL	aktieselskabsloven (historisk)
BC	basis for conclusions (her kommentarer afgivet af IASB til en international regnskabsstandard)
BEK	bekendtgørelse
bet.	betænkning
DBO	dobbeltbeskatningsoverenskomst
EBLR	European Business Law Review
ED	exposure draft (her udkast til en international regnskabsstandard)
EMD	Den europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMRK	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
EUD	EU-domstolen (tidligere EF-domstolen)
EU&M	EU-ret & Menneskeret
FIL	lov om finansiell virksomhed
FOB	Folketingets Ombudsmands udtalelser ("beretningssager")
H	Højesterets dom eller kendelse
IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	International Financial Reporting Standards
J	Juristen
L	lovforslag (nr.)
LSK	landsskatteretskendelse
LSR	Landsskatteretten
MFL	markedsføringsloven
Model DBO	OECD-modeloverenskomst (hvis intet andet er tilføjet: af 2010)
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
R&R	Revision & Regnskabsvæsen
SEL	selskabsskatteloven
SFL	skatteforvaltningsloven
SIC-12	Fortolkningsbidrag til IAS 27 udarbejdet af Standing Interpretations Committee (SIC)
SKM	SKAT-meddelelse
SL	selskabsloven
SOU	Statens offentliga utredningar
SPE	Special Purpose Entity
SR	Skatterådet
SR	Skatteinformation fra de statsautoriserede revisorer (SR-SKAT)
SRR	lov om statsautoriserede og registrerede revisorer
S.U.	Skat Udland
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatter og afgifter
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom eller kendelse
VPHL	værdipapirhandelsloven
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse

1 Indledning

Det selskabsretlige koncernbegreb i dansk ret skal efter selskabsreformen i 2010 ses i et nyt lys. Af lovmotiverne til den nye selskabslov fremgår, at begrebet bestemmende indflydelse – der nu er afgørende for, om der foreligger en koncern – styres af den internationale regnskabsstandard IAS 27.

Da selskabsloven – og dermed den nuværende form på koncernbegrebet – først nyligt er implementeret i dansk ret, er der tale om et ganske uopdyrket område af selskabsretten. Emnet har således i særdeleshed en forskningsfaglig nyhedsværdi.

Selskabsretten, herunder koncernretten, er endvidere også interessant i det lys, at verden bliver stadig mere globaliseret, hvilket giver sig udslag i stadig mere komplicerede selskabskonstruktioner.

Det er således af stor værdi i en rådgivningssituation, at kunne hjælpe klienten med at etablere en koncern – i de situationer hvor dette ønskes – ligesom det kan være af minimum samme værdi for klienten at undgå, at der etableres en koncern i f.eks. selskabsretlig, skatteretlig (sambeskatningsretlig), børss- og kapitalmarkedsretlig og/eller regnskabsretlig forstand.

Koncernbegrebet i skatteretlig (sambeskatningsretlig), børss- og kapitalmarkedsretlig og regnskabsretlig forstand er i forbindelse med selskabsreformen blevet ændret, således at koncernbegrebet i de nævnte discipliner, nu er bygget op efter det selskabsretlige koncernbegreb. Som følge heraf kan en ændring i en selskabsstruktur have såvel selskabsretlige som skatteretlige, børss- og kapitalmarkedsretlige samt regnskabsretlige konsekvenser.

Ikke alene er der tale om et emne, der har stor betydning – og er almen gyldigt uanset branche – men også det faktum, at koncernbegrebets indhold er nyt og repræsenterer et ganske uopdyrket område af selskabsretten, gør emnet interessant. Dette sammenfald af omstændigheder bevirker en høj forskningsfaglig nyhedsværdi.

Koncernbegrebet i regnskabsstandarden IAS 27 erstattes med virkning fra den 1. januar 2013 af et nyt koncernbegreb i en til formålet oprettet standard, IFRS 10.

I denne fremstilling vil forskellene mellem koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10 blive behandlet. Det vil blive vurderet, i hvor høj en grad den ændrede ordlyd af koncernbegrebet i IFRS 10 – sammenholdt med koncernbegrebet i IAS 27 – medfører materiel ændring af koncernbegrebet.

Det vil ligeledes være genstand for behandling i denne fremstilling, om dansk ret automatisk skal adoptere et materielt ændret koncernbegreb, eller om det danske koncernbegreb fremadrettet fortsat skal fortolkes efter – den snart historiske regnskabsstandard – IAS 27.

1.1 Fremstillingens metode

Denne fremstilling er en selskabsretlig fremstilling. For at belyse det selskabsretlige koncernbegreb vil der blive inddraget særligt skatteretlige (sambeskatningsretlige) bidrag, men også henvisninger til regnskabsretten og børns- og kapitalmarkedsretten vil forekomme.

Regnskabsretten og børns- og kapitalmarkedsretten vil dog ikke være genstand for behandling i denne fremstilling, idet bemærkninger herom alene vil tjene til erindring om, at det selskabsretlige koncernbegreb har en særdeles afsmittende effekt på koncernbegrebet i regnskabsretten og børns- og kapitalmarkedsretten, idet disse to discipliner – ligesom skatteretten (sambeskatningsretten) – har modelleret deres koncernbegreb efter SL §§ 6 og 7, der ultimativt er skabt med den internationale regnskabsstandard IAS 27 som forbillede.

Cirklen sluttet således ved at have regnskabsretten og børns- og kapitalmarkedsretten in mente ved behandlingen af det selskabsretlige koncernbegreb.

Der er ikke foretaget en skarp opdeling i vægtningen af forholdet mellem selskabsret og skatteret (sambeskatningsret) i denne fremstilling. Disciplinerne anvendes efter behov ud fra den overordnede overskrift om at afdekke det selskabsretlige koncernbegreb, herunder grænsefladerne til det nye koncernbegreb i IFRS 10.

1.1.1 Fremstillingens hovedelementer

I denne fremstilling behandles koncernbegrebet efter IAS 27 og IFRS 10, herunder de formelle og materielle forskelle, der er på de to koncernbegreber. Forskellene vil blive belyst ved en behandling af først det oprindelige koncernbegreb i den nu historiske ASL § 2 (og APL § 3), dernæst det nugældende koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, herunder IAS 27, og slutteligt det nye koncernbegreb i IFRS 10. I så vidt muligt omfang søges at inddrage relevante eksempler, der – som en del af behandlingen – skal være med til at udtrykke forskellene særligt mellem koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10.

Fremstillingen vil desuden indeholde en behandling af, hvorvidt det nye koncernbegreb i IFRS 10 automatisk skal finde anvendelse ved fortolkning af det danske koncernbegreb.

Fremstillingen indeholder således tre overordnede dele, hvilke dele er **1)** behandlingen af det nugældende koncernbegreb, **2)** behandling af det nye koncernbegreb i IFRS 10 samt **3)** en behandling af hvorvidt det nye koncernbegreb (IFRS 10) automatisk skal adopteres i dansk ret.

Den **første del** af fremstilling vil særligt have sigte mod at udlede lovgivers motiver i forhold til at anvende en international regnskabsstandard som forbillede for det danske koncernbegreb. Desuden vil de enkelte elementer af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 blive behandlet for at udstille koncernbegrebets opbygning, ligesom særligt sambeskatningsretlig praksis vil blive inddraget for at påvise nuancerne i det nugældende koncernbegreb.

I den **anden del** af denne fremstilling vil det nye koncernbegreb i IFRS 10 blive analyseret. Denne behandling vil bære præg af en del engelsk tekst, da koncernbegrebet i IFRS 10 behandles med udgangspunkt i de engelske originaltekster. Der vil ligeledes i fremstillingen fremgå engelsk tekst fra IAS 27, idet originalteksten af IAS 27 vil blive anvendt ved behandlingen af regnskabsstandarden, ligesom originalteksten er relevant, når sammenholdelse med koncernbegrebet i IFRS 10 foretages.

I den **tredje del** af fremstilling behandles spørgsmålet, om det nye koncernbegreb i IFRS 10 automatisk skal finde anvendelse i dansk ret som fortolkningsbidrag til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7. Denne behandling omfatter henvisninger til andre dele af dansk ret, hvor spørgsmålet om statisk eller dynamisk fortolkning særligt er relevant – og er set anvendt.

I denne fremstilling vil henvisningen til "selskabsreformen" være dækkende for Lovbekendtgørelse 2011-04-11 nr. 322 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), der er vedtaget på baggrund af bet. 1498/2008.

1.1.2 Fremstillingens sigte – primært retsdogmatisk

Den retsdogmatiske metode vil blive anvendt i fremstillingen, dvs. denne fremstillings perspektiv vil primært være retsdogmatisk. Det tilstræbes således på en nuanceret måde at udlede gældende ret – dvs. udtale sig de lege lata.¹

I øvrige dele af fremstillingen kan forekomme udsagn de lege ferenda (udsagn af retspolitisk karakter).² Dette ses bl.a. ved behandlingen af, om der i Danmark bør oprettes et "Koncernnævn". Desuden forekommer der retspolitiske bemærkninger i relation til en eventuel dansk frigørelse fra de internationale regnskabsstandere i relation til det danske koncernbegreb.

Med henblik på at gennemføre en grundig behandling af det selskabsretlige koncernbegreb inddrages også *komparativ ret*. Inddragelse af komparativ ret foretages, da det selskabsretlige koncernbegreb ikke er harmoniseret EU-retligt.

Særligt tysk ret ses at kunne finde anvendelse, idet det strandede 9. selskabsdirektiv (koncerndirektivet) i det væsentligste bygger på tysk ret. Det kan derfor med forsigtighed antages, at der fællesskabsretligt har været en vis (men ikke tilstrækkelig) enighed om, at de tyske koncernregler i stort omfang er brugelige, og medfører en ønsket regulering af koncerner.

Komparativ ret inddrages også ved behandlingen af læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud, idet denne er kendetegnede ved ikke at være

1 Blume, *Juridisk metodelære*, s. 161 ff. samt Wegener, *Juridisk metode*, s. 51 ff.

2 Blume, *Juridisk metodelære*, s. 164-165

kodificeret, ligesom læren om hæftelsesgennembrud i dens "reneste form"³ er relativ ung i dansk ret.⁴

De inddragede lande er valgt, fordi de er "tætte på", særligt i retlig henseende, men også geografisk. Bidrag fra amerikansk ret inddrages også, hvilket dog ikke kan siges at være geografisk "tæt på", men der er dog så stærkt et tankefællesskab mellem amerikansk og dansk selskabsret, at dette retfærdiggør inddragelse af amerikansk ret ved behandlingen af læren om hæftelsesgennembrud.⁵

Den primært anvendte metode, vil dog være den retsdogmatiske.

1.2 Retskilder

IAS'er og IFRS'er er ikke lovtekster, men regnskabsstandarder. I dansk ret er der ved selskabsreformen etableret en direkte forbindelse mellem regnskabsstandarderne og dansk ret, idet IAS 27 ligger til grund for det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7.

Det er ligeledes anført i bet. 1498/2008, at det danske koncernbegreb *skal* fortolkes i overensstemmelse med IAS 27. De internationale regnskabsstandarder udgør således en væsentlig retskilde til fastlæggelsen af det danske koncernbegreb.

I denne fremstilling benyttes regnskabsstandarderne (IAS, IFRS mv.) og tilhørende dokumenter (exposure drafts, basis for conclusions mv.) som fortolkningsbidrag i deres engelsksprogede originaludgave. Denne fremstilling indeholder derfor en behandling af en række engelske begreber, termer mv., ligesom der forekommer henvisninger til engelske begreber.

For at mindske risikoen for sproglige fejl ved behandlingen af koncernbegrebet i IAS 27 og ved behandlingen af koncernbegrebet i IFRS 10, er de engelske originaludgaver af regnskabsstandarderne anvendt i denne fremstilling. Korrekt juridisk metode fordrer også anvendelsen af de originale udgaver, idet de nøjagtige – ikke oversatte begreber – herved behandles.

Da denne fremstillings fokus særligt er rettet mod det nye koncernbegreb i IFRS 10, der er blevet offentliggjort i maj måned d.å., tages der ved behandlingen – og forståelsen – af det nye koncernbegreb udgangspunkt i IASB's egne bemærkninger til IFRS 10.

Bortset fra enkelte artikler udarbejdet af praktikere, ses der endnu ikke at være offentliggjort litteratur om det nye koncernbegreb i IFRS 10, hvorfor

3 Af "rene" hæftelsesgennembruds domme tænkes særligt på U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*. Se Werlauff i hans doktordisputats, *Selskabsmasken*, hvori han indgående behandler læren om hæftelsesgennembrud

4 Ruth Nielsen og Christina Tvarnø, *Retskilder & Retsteorier*, s. 29-30

5 Ruth Nielsen og Christina Tvarnø, *Retskilder & Retsteorier*, s. 29-30

det af IASB udarbejdede materiale (exposure drafts, basis for conclusions mv.) stort set alene er anvendt i denne fremstilling om IFRS 10.

Regnskabsstandarder skal normalt fortolkes som retlige standarder, der tjener som "god-skik" på et givent retsområde. For så vidt angår IAS 27, skal denne regnskabsretlige standard – i relation til det selskabsretlige koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 – fortolkes efter normal dansk lovfortolkning, idet IAS 27 ikke her optræder som en egentlig regnskabsstandard, men i stedet som fortolkningsbidrag til det danske koncernbegreb, idet SL §§ 6 og 7 er modelleret efter IAS 27.

Retstilstanden ses konfirmeret af Højesteret i U.2002.1412H, hvor Højesteret tiltræder landsrettens bemærkninger om, at da ApS'er ikke er harmoniserede, er der ikke anledning til at forelægge præjudicielt for EF-domstolen (nu EU-domstolen) vedrørende forståelsen af 2. og 3. selskabsdirektiv (om tvangsindløsningen af mindretalsaktionærerne efter den dagældende APL § 14 d, stk. 2). Landsretten fandt i stedet, at almindelig dansk lovfortolkning skal finde anvendelse, idet ApS'er ikke er EU-retligt harmoniserede.

U.2002.1412H kan således tages til indtægt for, at såfremt der ikke foreligger en harmonisering, og retskilden benyttes som model for en – eller flere – danske regler, skal almindelige dansk lovfortolkning finde anvendelse.

1.2.1 Retspositivismen contra hermeneutikken

Det at inddrage en internationale regnskabsstandard, der udvikles og reguleres i regi af et privat organ (IASB), direkte i dansk ret, er et stærkt eksempel på hermeneutik. Som kontrast til hermeneutikken står retspositivismen. Under behandlingen i denne fremstilling af om det danske koncernbegreb skal fortolkes statisk (efter IAS 27) eller dynamisk (efter IFRS 10), inddrages såvel retspositivistiske betragtninger som hermeneutiske betragtninger.

Det er bestemt en vanskelig opgave at konkludere vurdere hvilke argumenter (positivistiske eller hermeneutiske), der skal vægte tungeste ved vurderingen af, hvordan (i hvilken retning) det danske koncernbegreb skal fortolkes.

Som Werlauff konkluderer i *Gældende ret*, s. 9, må der nok tages et meget tungtvejende udgangspunkt i retspositivismen, da det nu engang spiller en helt afgørende rolle, hvad lovgivningsmagten – på demokratisk vis – har fastlagt med hensyn til ret og pligt.

Det kan imidlertid ikke fornægtes, at den danske lovgiver har valgt at lægge udviklingen og reguleringen af det danske koncernbegreb i hænderne på IASB (klart hermeneutisk træk), og at lovgiver direkte i opdraget til udvalget i bet. 1498/2008 kræver, at den danske selskabsret skal internationaliseres og stedse følge den internationale udvikling – mere hermeneutisk bliver det næsten ikke!

Udfordringen tager nu til i omfang, idet IASB har vedtaget et nyt koncernbegreb (IFRS 10), der fra den 1. januar 2013 erstatter koncernbegrebet i

IAS 27. Skal det danske koncernbegreb fortolkes statisk efter IAS 27 (retspositivistisk) eller dynamisk efter IFRS 10 (hermeneutisk)? Dette spørgsmål søges afklaret i denne fremstilling ved at inddrage såvel retspositivistiske som hermeneutiske bidrag.

1.2.2 EU-grundrettigheder, EMRK og Model DBO'en

I fremstillingen inddrages også direkte enkelte træk af EU-retten, herunder domme, ligesom også særligt EU-grundrettighederne anvendes som fortolkningsbidrag i fremstillingen. Det gælder for EU-retten, at den kræver forrang for national ret,⁶ herunder dansk ret, hvorefter danske myndigheder og domstole har pligt til at fortolke EU-konformt.⁷ EU-domme har således stor præjudikatværdi.⁸

Udover EU-grundrettighederne anvendes i denne fremstilling også bidrag fra EMRK, herunder domme afsagt af EMD, samt Model DBO'en, herunder DBO'er mellem Danmark og et andet land. Fortolkningsbidragene benyttes til at analysere, om der i dansk ret skal ske en statisk eller en dynamisk fortolkning af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 med udgangspunkt i det nye koncernbegreb i IFRS 10.

Danmark har været folkeretligt forpligtet af EMRK siden 1950, men med virkning fra den 1. juli 1992 blev EMRK en fast bestanddel af dansk ret, hvorefter EMRK af borgere og virksomheder kan påberåbes direkte ved domstole, forvaltningsmyndigheder mv.⁹

1.2.2.1 Model DBO'en og kommentarerne

Udgangspunktet i denne fremstilling er OECD-modeloverenskomsten (Model DBO'en), men der findes også en FN-modelkonvention, der i det væsentligste anvendes i udviklingslandene.¹⁰ Når Danmark indgår bilaterale aftaler om beskatningsret (DBO'er), anvendes den gældende Model DBO ofte som en art tjekliste under forhandling af DBO'en.¹¹ Model DBO'en har således en høj retskildemæssig værdi som forarbejder.

Model DBO'ens retskildemæssige værdi ses fastslået af Højesteret i TfS 1993, 7 H, *Texaco*, hvor senere udgaver af Model DBO'en (set i forhold til den i sagen omhandlede DBO) blev tillagt vægt. Se også TfS 2000, 426 Ø, hvor der også blev lagt vægt på kommentarerne til Model DBO'en.¹²

6 Se herom særligt C-6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

7 Ruth Nielsen og Christina Tvarnø, *Retskilder & Retsteorier*, s. 138

8 Se om betydningen af rettens internationalisering Wegener i *Juridisk metode*, s. 318 ff.

9 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 9

10 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

11 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

12 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

Model DBO'en og dens kommentarer kan mest af alt betragtes som en form for indarbejdet baggrundsret. Denne tendens ses også internationalt, idet også domstole i andre lande end Danmark anvender Model DBO'en – og kommentarerne til denne – som udfyldning i tvivlstilfælde.¹³

DBO'erne implementeres i dansk ret som love, således at DBO'er i retskildehierarkiet er placeret på linje med f.eks. selskabsloven.

1.2.3 Skatteretlig (sambeskatningsretlig) administrativ praksis

Den langt overvejende del af den praksis, der behandler det selskabsretlige koncernbegreb, findes i skatteretten, idet skatteretten – i reglerne om sambeskatning i selskabsskatteloven – har optaget det selskabsretlige koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 som forbillede.

Såfremt der foreligger et koncernforhold mellem danske selskaber, er disse pligtige at sambeskatte, jf. SEL § 31. Dette medfører, at det særligt i skatteretlig (sambeskatningsretlig) henseende er interessant at få fastslået, om der foreligger et koncernforhold.

I denne fremstilling er benyttet administrativ praksis, da en lang række skattespørgsmål ikke kan finde deres løsning alene på grundlag af de generelle regler i skattelove, bekendtgørelser, domme mv., hvorfor der må søges vejledning i den administrative praksis til løsning af tvivlsspørgsmål.¹⁴

Det ses, at administrative afgørelser inden for skatterettens område har stor præjudikatvirkning over for domstolene. Der lægges stor vægt på denne type af retskilder, herunder naturligvis særligt Landsskatterettens kendelser.¹⁵

SKAT træffer løbende afgørelser på forespørgsel fra skatteydere i konkrete sager, hvoraf de mere principielle bliver offentliggjort. Skatterådet (tidligere Ligningsrådet) træffer afgørelser om bindende svar, og disse afgørelser har også stor betydning for skattemyndighedernes praksis, idet alle Skatterådets afgørelser og bindende svar skal offentliggøres.¹⁶

Et bindende svar afgivet af Skatterådet kan – bortset fra afgørelser om afvisning – i alle tilfælde påklages til Landsskatteretten, jf. SFL § 11, stk. 1, nr. 2.

Et bindende svar kan i visse tilfælde påklages til et skatteankenævn, i det omfang nævnet har kompetence til at behandle det spørgsmål, hvorom der er afgivet bindende svar. Skatteankenævnets kompetence i så henseende følger af SFL § 5, stk. 1, nr. 3. Et skatteankenævn er kompetent til

13 Model DBO, s. 8 (29.3)

14 Aage Michelsen m.fl. i *Lærebog om indkomstskat*, s. 115

15 Aage Michelsen m.fl. i *Lærebog om indkomstskat*, s. 120

16 Aage Michelsen m.fl. i *Lærebog om indkomstskat*, s. 115

at træffe afgørelse vedrørende spørgsmål omfattet af SFL § 5, stk. 1, nr. 1, 2 og 4-10.

Afvisning kan ikke påklages administrativt, hvorfor der i stedet skal vejledes om adgangen til domstolsprøvelse, jf. SFL § 48.

Skatteydernes mulighed for – relativt omkostnings let – at opnå et bindende svar medfører en forholdsmæssig stor dybde i den administrative praksis. Dette er til glæde for virksomheder og rådgivere, der måtte være i en sammenlignelig situation med dem, der beder om bindende svar. Andre – end den – der modtager det bindende svar, kan dog ikke direkte støtte ret på det bindende svar.

Den, som modtager det bindende svar, kan støtte ret på det bindende svar, uanset at det bindende svar er forkert.¹⁷ Modtageren kan støtte ret på det bindende svar i 5 år fra modtagelsen.

Det må forudsættes, at systemet med bindende svar bevirker, at retsforudsigeligheden forøges, ligesom sagstrykket på domstolene ikke øges unødigt med sager, der kunne håndteres præventivt på et administrativt niveau.

Ovennævnte bemærkes tillige af Werlauff i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 33 ff., hvoraf fremgår, at:

"De vigtigste fortolkningsbidrag er ifølge sagens natur dem, der kommer fra domstolene, men kun en meget begrænset del af alle skattesagerne når frem til landsretterne (som er første instans i skattesager), endnu færre til Højesteret, og allerede af disse praktiske årsager kommer det mønster, som de administrative afgørelser tegner, derfor alligevel til at spille en meget vigtig rolle."

Se i denne sammenhæng også Sten Bønsing i fremstillingen *Almindelig forvaltningsret*, s. 33, hvori forfatteren anfører:

"...at administrativ praksis er et næsten uundværligt grundlag, når man i det daglige skal danne sig et indtryk af et forvaltningsretligt område. Administrativ praksis har altså en "empirisk værdi"."

De regelanvendende myndigheder spiller således en vigtig rolle, idet deres stillingtagen til givne retlige spørgsmål – f.eks. om et specifikt faktum medfører koncernforhold – ofte smitter af på den lovgivning, der senere vedtages i Folketinget, idet skattemyndighederne skal følge de afgørelser, der træffes af de regelanvendende myndigheder (f.eks. skatteankenævnets afgørelser og kendelser afsagt af Landsskatteretten).

Da det er Landsskatteretten (som er et domstolslignende organ), der er indsat som øverste klageinstans, er der en tendens til, at sagerne ikke indbringes for domstolene til prøvelse.¹⁸ Dette hæver retskildeværdien af

17 Se Landsskatterettens kendelse i journal nr.: 10-02401, der er tilgængelig via www.afgoerelsesdatabasen.dk (afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet)

18 Bønsing, *Almindelig forvaltningsret*, s. 33

afgørelser truffet af Skatterådet (bindende svar) og skatteankenævn og i særdeleshed afgørelser truffet af Landsskatteretten.

Det hæver også værdien af praksis fra Skatterådet og Landsskatteretten som retskilde, at bindende svar og praksis offentliggøres på SKAT's hjemmeside. Der er således et åbent indblik til disse organers praksis.

1.2.3.1 *Mangeårig administrativ praksis prøvet ved domstolene*

Det skal dog i samme åndedrag nævnes, at de regelanvendende myndigheder ikke altid ligger inde med "de vises sten". Dette er U.1998.1314H, *Aage Haugland* og TfS 1998, 397 H eksempler på.

I U.1998.1314H, *Aage Haugland*, der omhandler operasangeren Aage Hauglands ønske om at udøve sin virksomhed via et kapitalselskab, tilsidesætter Højesteret en mangeårig praksis om forbud mod kunstneres selskabsdrift (tilsidesætter forbuddet mod at "sætte sig selv på aktier"). I TfS 1998, 397 H tilsidesætter Højesteret en mangeårig praksis om, at aktier skal betragtes som afstået, når selskabet reelt har tabt sin egenkapital, skønt det endnu består som en juridisk person.¹⁹

Som Werlauff korrekt noterer i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 34, betyder domme som U.1998.1314H, *Aage Haugland*, og TfS 1998, 397 H ikke, at den underkendte praksis bliver irrelevant i en hver henseende, idet denne praksis efter omstændighederne kan påberåbes af en skatteyder, hvor dette medfører et gunstigt resultat for skatteyderen, jf. TfS 2002, 890 V.

På trods af at Skatterådet er Danmarks øverste administrative ligningsmyndighed – men ikke en domstol – og Landsskatteretten ligeledes ikke er en domstol, men "blot" et domstolslignende organ, har bindende svar afgivet af Skatterådet og kendelser afsagt af Landsskatteretten betydelig vægt, når det kommer til vurderingen af gældende ret, men dog med det "men", at sagerne også kan indbringes for domstolene.²⁰

Dele af praksis fra skatteankenævnene er ikke offentligt tilgængeligt på samme måde som f.eks. praksis fra Skatterådet og kendelser afsagt af Landsskatteretten, hvilket sænker den retskildemæssige værdi.

1.2.3.2 *SKAT-styre-signal*

Ved siden af SKAT-meddelelser er der fra 2009 indført et nyt begreb i SKAT's administrative praksis benævnt "SKAT-styresignal". SKAT-styresignal, som udsendes af Juridisk Center (der er en landsdækkende enhed under SKAT), er udtryk for en meddelelse, som er udsendt om **1)** nye områder, hvor der ikke tidligere har været fastlagt en praksis, **2)** praksisændringer eller praksispræciseringer, **3)** en konkret eller generel forespørgsel fra f.eks. et ministerium eller internt i SKAT, som kræver udmel-

19 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 34

20 Blume, *Juridisk metodelære*, s. 140 ff. samt Wegener, *Juridisk metode*, s. 111 ff.

ding af en generel lovfortolkning, **4)** når retsgrundlaget er uklart, **5)** når SKAT véd eller "fornemmer", at praksis ikke er ensartet, eller **6)** når den offentlige debat viser, at der er et behov. De nævnte seks tilfælde er listet i TfS 2009, 34, *SKAT introducerer endnu en juridisk dokumenttype – styresignalet*.²¹

SKAT-meddelelse vil efter indførelsen af SKAT-styresignal omfatte **1)** genoptagelse af en bestemt type sager og de nærmere kriterier for genoptagelse eller **2)** kommentarer fra SKAT eller Skatteministeriet, Departementet, til afgørelser truffet af Departementet, Landsskatteretten, SKAT eller domstolene, jf. TfS 2009, 34, *SKAT introducerer endnu en juridisk dokumenttype – styresignalet*.²²

1.2.4 Forarbejder, retsgrundsætninger, juridisk litteratur mv.

I denne fremstilling fortolkes forarbejder, herunder særligt bet. 1498/2008, hvilken betænkning omhandler moderniseringen af den danske selskabsret. Betænkningen blev lagt til grund ved udfærdigelsen af den nugældende danske selskabslov, hvilket kvalificerer bet. 1498/2008 som et stærkt fortolkningsbidrag af retskildemæssig høj værdi.²³ Praksis, herunder administrativ praksis, vurderes som bet. 1498/2008, at skal tillægges en høj retskildemæssig værdi, jf. afsnittet foran (pkt. 1.2.3).

Retsgrundsætninger tillægges i denne fremstilling en rolle, idet retsgrundsætninger udgør et element af dansk ret, hvor dynamisk fortolkning som udgangspunkt finder anvendelse. Retsgrundsætninger har en udfyldende funktion for den ikke eksisterende kodificering.²⁴

Den juridiske litteratur har en forholdsvis fremtrædende placering i denne fremstilling som retskilde. Dette særligt ved behandlingen af det nugældende koncernbegreb og ved behandlingen af spørgsmålet, om det nye koncernbegreb i IFRS 10 automatisk skal finde anvendelse i dansk ret til fortolkning af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7.

Det er omdiskuteret i teorien, om juridisk litteratur overhovedet kan kategoriseres som retskilde, og hverken domstole eller forvaltningsmyndigheder har nogen som helst forpligtelse til at tage hensyn til, endsige følge,

21 SKAT-styresignal er også behandlet af Werlauff i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 30-31. Se desuden SKM2009.105.SKAT om samme

22 Werlauff i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 30-31

23 Wegener, *Juridisk metode*, s. 89. Se desuden Martin Christian Kruhl i fremstillingen *Ejeraftaler*, s. 32-33, hvor forfatteren anerkender, at bet. 1498/2008 skal tillægges en høj retskildemæssig værdi, men anfører samtidig: "...at betænkninger, hvis indhold efterfølgende mere eller mindre kritikløst er blevet indsat som bemærkninger til et lovforslag, ikke pr. automatik kan anses for altafgørende retskilder i forhold til spørgsmålet om gældende ret før og efter den pågældende lovregel." Bemærkningen fremføres i det lys, at der efter et udvalgsarbejde som i bet. 1498/2008 kan fremkomme nogle præciseringer – som f.eks. tilfældet var med SL § 82 – hvorefter bemærkningerne (bet. 1498/2008) til den pågældende lovregel (her SL § 82) ikke er helt konforme

24 Blume, *Juridisk metodelære*, s. 155 ff.

udsagn i den retsvidenskabelige litteratur.²⁵ Dog må det gælde for særligt anerkendte juridiske forfattere, at deres bidrag ikke kan afvises at have en vis indflydelse på udviklingen af retstilstanden.²⁶

Ved afvejning af den retskildemæssige værdi af de enkelte bidrag, vil principperne *lex superior*, *lex specialis* og *lex posterior* blive anvendt.²⁷

1.2.5 Udenlandske bidrag

I denne fremstilling benyttes også udenlandske fortolkningsbidrag. Særligt henvises der til tysk ret vedrørende forskellige typer af koncerner (f.eks. de såkaldte "aftalekoncerner"), ligesom der generelt henvises til tysk ret som følge af, at tysk ret i et ikke ubetydeligt omfang ligger til grund for det nu strandede 9. selskabsdirektiv (koncerndirektivet). Med 9. selskabsdirektiv kan det med forsigtighed antages, at der fællesskabsretligt har været en vis (men ikke tilstrækkelig) enighed om, at de tyske koncernregler i stort omfang er brugelige, og medfører en ønsket regulering af koncerner.

Ligeledes anvendes der udenlandske bidrag under behandlingen af læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud. Her er det særligt den svenske betænkning SOU 1987:59, *Ansvarsgenombrott m.m.*, der omhandler forslag til ændringer af svensk aktieselskabsret, der bliver anvendt.

Disse udenlandske fortolkningsbidrag stammer fra lande og retsordner, som vi normalt vis sammenligner os med, ligesom den materielle juridiske tankegang på de retsområder, hvorunder der inddrages udenlandske fortolkningsbidrag, er sammenlignelig med den danske tankegang på områderne. Der er som nævnt særligt tale om tyske og svenske bidrag, men også norske og amerikanske bidrag vil blive inddraget. Denne inddragelse foretages med udgangspunkt i nogle sammenlignelige retsregler og doktriner, hvis overordnede fællesnævner generelt betragtet er ens.²⁸

Det skal desuden bemærkes, at der inden for formueretten har bestået et tæt samarbejde mellem de nordiske lande, hvilket også i endnu højere grad retfærdiggør inddragelsen af disse bidrag. Inddragelsen af udenlandske bidrag i denne fremstilling sker kun i relation til den formueretlige del af fremstillingen, hvorimod der ved den skatteretlige behandling ikke inddrages udenlandske bidrag.

25 Wegener, *Juridisk metode*, s. 130-131

26 Blume i *Juridisk metodelære*, s. 68 ff. Se tillige Wegener, *Juridisk metode*, s. 131, hvor forfatteren anfører, "...at retsopfattelser i litteraturen følgelig over en efter omstændighederne betydelig indflydelse på de retsanvendende myndigheders afgørelser. På det obligationsretlige område har fx Julius Lassens og Henry Ussings forfatterskaber sat sig dybtgående spor i retspraksis og noget tilsvarende gælder Poul Andersens inden for forvaltningsretten."

27 Se Ruth Nielsen og Christina Tvarnø i *Retskilder & Retsteorier*, s. 223-228

28 Ruth Nielsen og Christina Tvarnø, *Retskilder & Retsteorier*, s. 201-203. Forfatterne bemærker, at de europæiske lande gennemgående udvikler relativt ensartede løsninger på en række materielretlige områder

Inddragelsen af udenlandske bidrag sker særligt i det lys, at der for så vidt angår læren om hæftelsesgennembrud ikke i dansk ret forefindes skrevne retskilder, men kun en spirende retsgrundsætning, der er skabt af teorien, og efterfølgende har fået næring i praksis.²⁹

29 I teorien særligt Werlauff og hans doktor disputats, *Selskabsmasken*, og i praksis særligt U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*

2 En koncern

For at koncernbegrebet er opfyldt, skal der være *en flerhed af aktiviteter, fordelt på mere end et subjekt*. Koncernen skal indeholde minimum et moderselskab og en dattervirksomhed, jf. SL § 5, stk. 1, nr. 3, 18 og 20, jf. §§ 6 og 7. Heraf følger et formkrav om, at moderselskabet skal være etableret i selskabsform, dvs. etableret som et ApS, A/S eller P/S. Dattervirksomheden kan være etableret som andet end et kapitalselskab, dvs. dattervirksomheden kan være et I/S, et K/S mv.

Det er vigtigt konstant at holde sig for øje, om der tænkes på en koncern i selskabsretlig forstand, skatteretlig (sambeskatningsretlig) forstand eller en koncern i en anden sammenhæng, idet den valgte etableringsform for moder og/eller datter kan have indflydelse på, om der foreligger en koncern.

F.eks. har det afgørende betydning, om moder eller datter er etableret som en af de selskabstyper, der er opremset i selskabsskatteloven, for at der etableres en koncern sambeskatningsretligt (skatteretligt).

Som nævnt skal der være en *flerhed af aktiviteter*. Moderselskabets aktivitet kan være – og er ofte – blot at eje dattervirksomheden helt eller delvist. Der er imidlertid intet til hinder for, at moderselskabet opretholder andre – og mange flere – aktiviteter end blot ejerskabet over dattervirksomheden.

Selskabsretligt er der ikke et krav til selve etableringsformen for dattervirksomheden. Det er dog et krav, at dattervirksomheden kan opfylde virksomhedsbegrebet, således at der er tale om en egentlig virksomhed. En dattervirksomhed kan f.eks. være et I/S eller en anden form for ikke-registreret virksomhed.³⁰ En koncern er således noget mere end blot et enkelt kapitalselskab/en enkelt virksomhed.

2.1 Hvorfor etableres koncerner?

Det må kunne konstateres, at skatteretten er en væsentlig årsag til, at koncerner etableres. Mulighederne for skattefrihed ved udlodning af udbytte, salg af kapitalandele mv. spiller en stor rolle, når den selskabsretlige figur skal modelleres. I et vist omfang kan man ræsonnere, at skatteretten er drivende for de selskabsretlige koncernstrukturer.

Selskabsretligt er der imidlertid også flere gode grunde til at etablere en koncernstruktur. Her skal der særligt henses til det væsentlige aspekt, at det ved drift af flere erhvervsaktiviteter som udgangspunkt er muligt at opdele aktiviteterne i hver sin selvstændige juridiske enhed og dermed indkapsle hæftelsen i særskilte kapitalselskaber, K/S'er (med et begrænset hæftende subjekt som komplementar), erhvervsdrivende foreninger

30 Bet. 1498/2008, s. 577

eller lignende, således at kreditorerne ikke kan søge sig fyldestgjort i hele koncernens frie aktivmasse.³¹

Hver enkelt kreditor kan i et sådant tilfælde alene søge sig fyldestgjort i den frie aktivmasse, der er indeholdt i det selskab, som hver enkelt kreditor har en fordring mod. Der er således tale om et særhæftelsesprincip.³²

2.2 Koncernen er ikke bærer af rettigheder og pligter

Hver enkelt kreditor skal således være opmærksom på, at der ikke kontraheres med koncern A, men med f.eks. selskab/virksomhed B i koncern A. Såfremt der kontraheres med en virksomhed i koncernen, der ikke hæfter begrænset (f.eks. et I/S), da vil ejeren/ejerne af I/S'et dog hæfte på en stort set tilsvarende måde, som hvis der ikke var etableret et koncernforhold.³³

Det må således have in mente, at koncernen ikke – som det klare udgangspunkt – er selvstændig bærer af rettigheder og pligter over for de enkelte kreditorer. Moderselskabet kan dog i visse situationer ifalde hæftelse. Dette gælder f.eks. i forbindelse med betaling af selskabsskat. I SKM2010.829.LSR fik to underskudsgivende datterselskaber ændret deres indkomst, således at underskuddet blev reduceret. Dette medførte krav på restskat. Administrationsselskabet³⁴ hæftede for denne skat, da det blev

31 Der ses endda i FIL § 26 at være krav til, at en i bestemmelsen opremset form for virksomhed skal udøves i et andet selskab, end det selskab hvori den finansielle virksomhed drives. Dvs. aktiviteten skal drives i et særskilt datterselskab. Dog må den finansielle virksomhed ikke opnå bestemmende indflydelse over dette datterselskab, hvorfor der ikke kan etableres koncernforbindelse selskabsretligt. Skatteretligt kan der dog opstå koncernforbindelse, der bevirker, at den finansielle virksomhed f.eks. kan sælge kapitalandelene i datterselskabet uden at svare aktieavance, jf. ABL § 4 A (datterselskabsaktier/anpartar), ligesom den finansielle virksomhed kan modtage udbytte fra datterselskabet, uden at skulle svare skat heraf, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2

32 Gomard, *Aktieselskaber og anpartsselskaber*, s. 68

33 Der hersker i dag ikke tvivl om, at I/S'er (og K/S'er) er at betragte som selvstændige retssubjekter, hvorfor den direkte hæftelse er modificeret. Dette bevirker, at en selskabskreditor først skal holde sig til selskabet (I/S'et eller K/S'et), førend kravet kan rettes mod den (af måske flere) selskabsdeltagere, der hæfter ubegrænset for selskabets forpligtelser, jf. U.1996.722Ø, U.1998.183Ø og U.2009.256Ø

34 SEL § 31 C, stk. 4: *"Ved national sambeskatning udpeges det øverste moderselskab, der deltager i sambeskatningen, som administrationsselskab i sambeskatningen. Findes der ikke et dansk skattepligtigt øverste moderselskab, men flere sideordnede dansk skattepligtige søsterselskaber, udpeges et af søsterselskaberne, der deltager i sambeskatningen, som administrationsselskab."*

lagt til grund, at dette havde udnyttet det skattemæssige underskud i de to datterselskaber.³⁵

2.2.1 Koncernlån

Selskabsretligt er det desuden muligt at flytte midler, herunder udlåne midler, koncerninternt. Moderselskab M må gerne låne midler af Datterselskab D, jf. SL § 211, stk. 1. Derimod må den fysiske person F, der ejer hele kapitalen i det forannævnte moderselskab M, ikke låne midler af M, jf. SL § 210, stk. 1.

For så vidt angår udenlandske moderselskaber, tillægges Erhvervs- og Selskabsstyrelsen – i henhold til SL § 211, stk. 2 – hjemmel til ved bekendtgørelse at fastsætte nærmere bestemmelser om, hvilke lande der konkret omfattes af mulighederne for økonomisk bistand (f.eks. koncernlån). En sådan bemyndigelse gør det muligt at tilpasse forholdene til eventuelle ændringer i landerisiko klassifikationer.

Endvidere kan det ved bekendtgørelse fastsættes, hvilke typer af moderselskaber, der er omfattet af reglerne om økonomisk bistand. Der er ikke på nuværende tidspunkt tale om at ændre på de virksomhedsformer, der kan modtage økonomisk bistand. Det vil fortsat alene være moderselskaber, der er A/S'er, P/S'er eller ApS'er eller selskaber med en tilsvarende retsform.³⁶

Indtil videre er tanken – ved bekendtgørelse – at tillade økonomisk bistand til moderselskaber, der er beliggende i lande, der indgår i de to bedste kategorier på OECD's landerisiko klassifikation, dvs. klassifikation 0 og 1.

Det er muligt at yde lovlige moderselskabslån fra danske selskaber til moderselskaber, der er beliggende i EU eller EØS-lande samt i lande, der af OECD er klassificeret i klasse 0 og 1. Lande som Australien, Canada, Japan, Sydkorea, New Zealand, Singapore, Schweiz, USA, Hong Kong og Taiwan er alle kvalificeret i henhold til foranstående.

Sammenfattende kan det anføres, at koncernen således i et vist omfang skal betragtes som et kredsløb, hvor de koncerninterne midler kan flyde anderledes end sammenlignet med en konstruktion uden koncernstruktur.

2.2.2 Subkoncern

En koncern kunne efter ASL § 2 – og kan fortsat efter SL §§ 6 og 7 – indeholde en række "underkoncerner" (subkoncerner). En subkoncern er et

35 Karnov, note 414 til SEL § 31, stk. 4 in fine vedrørende national sambeskatning. Hæftelsen påhviler som udgangspunkt det øverste moderselskab i sambeskatningskredsen, da dette selskab er administrationselskabet, jf. SEL § 31, stk. 4, 1. pkt. Der findes tilsvarende regler vedrørende international sambeskatning i SEL § 31 A

36 Karnov, note 776 til SL § 211, stk. 2

udtryk for, at "koncernbetingelserne"³⁷ er opfyldt et eller flere trin nede i koncernen. En subkoncern er f.eks. etableret, når moderselskab 1 ejer hele selskabskapitalen i datterselskab D, der ejer hele selskabskapitalen i datterselskab DD. Datterselskab D og datterselskab DD er således også en koncern – en subkoncern.

En sådan koncern skal umiddelbart opfylde f.eks. de regnskabsretlige regler for aflæggelse af koncernregnskab. Dog er der en undtagelsesmulighed, såfremt moderselskabet (der selv er datterselskab af et højere moderselskab) er hjemmehørende i EU eller et land, som EU har en aftale med, der fritager et moderselskab, der samtidig er et datterselskab, fra at skulle aflægge koncernregnskab.³⁸

Skatteretligt (sambeskatningsretligt) har subkoncerner været til debat indenfor de seneste år. Særligt bet. 1452/2004 (*Rapport fra Sambeskatningsudvalget*) omhandlende sambeskatningsreglerne, herunder særligt sambeskatning med udenlandske selskaber, er et eksempel herpå.

I bet. 1452/2004 var sambeskatning af udenlandske selskaber med en dansk subkoncern et emne, der blev behandlet. I betænkningen foreslås en udvidelse af værnsreglen vedrørende udenlandske selskabers mulighed for indskud af en latent underskudsgivende udenlandsk virksomhed i en – af det udenlandske selskab ejet – dansk subkoncern, for herved at undgå at blive beskattet sin danske indkomst.³⁹

Dette eksempel illustrerer, at betragtninger vedrørende subkoncerner kan være klædt forskelligt.

2.3 Nødvendigt med regler vedrørende koncerner

De mange muligheder, som opnås ved etablering af koncernstruktur, fordrer naturligt, at der opsættes et sæt spilleregler, således det søges at afveje hensynene til koncernens forskelligartede kreditorer (f.eks. medarbejdere, långivere, SKAT m.fl.), ligesom der også ses at være nødvendige hensyn at tage til minoritetskapitalejere i et eller flere af koncernens selskaber.

I forhold til sidstnævnte, er det særligt de minoritetskapitalejere, der står uden for koncernen, der påkalder sig de største hensyn.

37 Betingelserne for at etablere koncernforbindelse efter SL §§ 6 og 7 behandles nærmere under pkt. 4.1

38 Se nærmere om betingelserne herfor Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 666 ff.

39 Bet. 1452/2004, s. 272 ff., hvori det diskuteres, at der særligt kan være tale om en aktivitet, der ikke medfører fradrag i det udenlandske selskabs hjemland, hvorfor det – for det udenlandske selskab – er interessant at inddrage aktiviteten i det danske skattemiljø, såfremt der i Danmark kan opnås det ønskede fradrag

Koncernretten er en afvejning i forhold til at give virksomhedsaktørerne tilpas råderum uden at efterlade kreditorer, minoriteter mv. uden behørig beskyttelse. Som Paul Krüger Andersen bemærker i *Studier i dansk koncernret*, s. 338 ff.:

"Lovgivningens hovedproblem består i på den ene side at give den herskende virksomhed effektiv ledelsesmagt og på den anden side, som korrelat hertil, at give garantier for aktionærer og kreditorer."

Paul Krüger Andersens bemærkning citeret ovenfor må i sandhed siges at være det overordnede dilemma, når koncerners retsforhold reguleres.

Se om de undtagelser til hovedreglen om særhæftelsesprincippet i koncernretten Gomard i *Aktieselskaber og anpartsselskaber*, s. 70 ff., hvorefter samhæftelse, omstødelse mv. kan blive statueret.

3 Det "formelle" koncernbegreb før selskabsreformen

I dette kapitel vil det "formelle" koncernbegreb før selskabsreformen blive behandlet. Behandlingen vil i det væsentligste ske ved sammenholdelse med det nugældende koncernbegreb i SL §§ 6 og 7. Kapitlet anvendes til at påvise det danske selskabsretlige koncernbegreb, inden det blev modelleret efter en international regnskabsstandard (IAS 27).

3.1 Det "formelle" koncernbegrebs opbygning

Før som efter selskabsreformen skal det holdes for øje, i hvilken sammenhæng koncernbegrebet søges fastslået, idet koncernbegrebet ikke har det samme indhold for alle juridiske discipliner.

Den nu historiske aktieselskabslov indeholdte i § 2 det selskabsretlige koncernbegreb inden den seneste selskabsreform.

Ordlyden af den historiske aktieselskabslovs § 2 var følgende:

*"Et moders**selskab** udgør sammen med datters**selskaberne** en koncern.*

Stk. 2. Et aktieselskab er et moderselskab, hvis det:

- 1) **besidder** flertallet af stemmerettighederne i et aktie- eller anpartsselskab,*
- 2) **er aktionær eller anpartshaver** i et selskab og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i selskabets bestyrelse eller, hvor et anpartsselskab ikke har nogen bestyrelse, direktion,*
- 3) **er aktionær eller anpartshaver** og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægterne eller aftale med dette i øvrigt,*
- 4) **er aktionær eller anpartshaver** og på grundlag af aftale med andre aktionærer eller anpartshavere råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller*
- 5) **besidder aktier eller anparter** i et selskab og udøver en bestemmende indflydelse over dette." [mine fremhævninger]*

For ApS'er var det før selskabsreformen APL § 3, der regulerede koncernbegrebet for ApS'er. APL § 3 var identisk ASL § 2.⁴⁰

40 Werlauff, *Selskabsret*, 6. udg., s. 557-558

3.2 Besiddelseskrav

Det formelle koncernbegreb før selskabsreformen tog udgangspunkt i et krav om ejerskab (besiddelseskrav) over kapitalandele for at etablere en koncern, hvilket er fremhævet ved markeringen i gengivelsen af ASL § 2 ovenfor.

Der var ikke et krav om en bestemt størrelse af besiddelsen (f.eks. min. 10% af kapitalen), men alene et krav om at moderselskabet kunne defineres som aktionær/anpartshaver (nu "kapitalejer") i datterselskabet.⁴¹

Med selskabsreformen er der intet krav om ejerskab over kapitalandele/stemmer for at etablere koncernforbindelse. Selskaber kan således være koncernforbundet, uden at moderselskabet ejer stemmer i dattervirksomheden.

Den bestemmende indflydelse kan – i stedet for ejerskab over kapitalandele (stemmer) – være opnået via en ejeraftale.⁴² Typisk vil et moderselskab dog besidde stemmer i dattervirksomheden, men det er – som nævnt – formelt ikke længere et krav for at etablere koncernforbindelse, jf. SL §§ 6 og 7.

Besiddelseskravet i det historiske koncernbegreb i ASL § 2 er således en væsentlig forskel sammenlignet med det nugældende koncernbegreb i SL §§ 6 og 7.

Det nugældende koncernbegreb, der har rødder i IAS 27, kommer nærmere den økonomiske koncern end det hidtidige koncernbegreb efter ASL § 2 (og APL § 3), idet det nugældende koncernbegreb anvender formelle, men også principbaserede kriterier i forhold til at fastslå, om der foreligger koncernforbindelse.⁴³

3.3 Datterselskaber

En anden væsentlig forskel mellem det historiske koncernbegreb i ASL § 2 og det nugældende koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 er, at der i ASL § 2 var krav om, at også datterselskabet skulle være et kapitalselskab. Se fremhævnningen i gengivelsen af ASL § 2, stk. 1 ovenfor.

I det nugældende koncernbegreb er der ikke formelle krav til etableringsformen for datterselskabet, idet også en ikke-registreret virksomhed, som f.eks. et I/S, nu kan være en datter (dattervirksomhed) i et koncernforhold.⁴⁴ Dattervirksomheden kan således være etableret med en hæftelsesmæssig "skal" (kapitalselskaber, forening mv.) eller uden en sådan

41 Werlauff, *Selskabsret*, 6. udg., s. 561

42 Se udførligt om ejeraftaler (tidligere anpartshaveroverenskomster (ApS'er) og aktionæroverenskomster (A/S'er)) Martin Christian Kruhl i *Ejeraftaler*

43 Bet. 1498/2008, s. 578

44 Bet. 1498/2008, s. 577

"skal" (f.eks. I/S'er, K/S'er (komplementaren hæfter modificeret ubegrænset for K/S'et)) mv.

3.4 Intet krav om faktisk udøvelse af kontrol

Det bør bemærkes, at koncernbegrebet i ASL § 2 ikke forudsatte faktisk udøvelse af kontrol eller aktiv ledelse. Der var således ikke et krav om en særlig aktivitet fra moders side i koncernforholdet, idet passivitet ikke eliminerede koncernetableringen.⁴⁵

Danmark har efter tysk inspiration overvejet at indføre regler tilsvarende de tyske på området, således at det i dansk ret – som i tysk ret – skal have indflydelse, om moderselskabet udøver sin magt. Efter tysk ret er det en betingelse, for at der foreligger et koncernforhold, at moderselskabet gør brug af sin ledelsesret.⁴⁶

Danmark opgav at følge de tyske regler, da sondringen mellem faktisk udøvelse og mulighed for faktisk indflydelse er vanskelig at administrere.⁴⁷

3.5 Overgangen til det "reelle" koncernbegreb

Om overgangen fra det "formelle" koncernbegreb (ASL § 2) til det "reelle" koncernbegreb (SL §§ 6 og 7) kan det fremføres, at det selskabsretlige koncernbegreb stammer fra 4. selskabsdirektiv (78/660/EØF, årsregnskabsdirektivet) og 7. selskabsdirektiv (83/349/EØF, koncernregnskabsdirektivet).

Der har på intet tidspunkt været (og der er fortsat ikke) et harmoniseret koncernbegreb indenfor selskabsretten. Selskabsretten har støttet sig op ad regnskabsretten i så henseende og adopteret koncernbegrebet fra denne disciplin.

Det ligger således ikke fjernt, at der i forbindelse med revideringen af den danske selskabslov igen er søgt efter et regnskabsretligt koncernbegreb (IAS 27), der – som det umiddelbart bedste alternativ – kan opfylde ønsket om en internationalisering af det danske koncernbegreb.

45 Paul Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, s. 338 ff.

46 Paul Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, s. 339

47 Paul Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, s. 339. Som Krüger Andersen påpeger, er der tale om et "retsteknisk" synspunkt

4 Det "reelle" koncernbegreb med selskabsreformen

I det følgende vil det nugældende ("reelle") koncernbegreb blive taget under behandling. I kapitlet vil de enkelte elementer af koncernbegrebet blive behandlet, herunder særligt "formodningsreglen" i SL § 7, stk. 2 samt opsamlingsbestemmelserne i SL § 7, stk. 3, nr. 1-4 til "formodningsreglen".

Desuden indeholder kapitlet en omfattende gennemgang af skatteretlig administrativ praksis vedrørende koncernetablering. Denne praksis er medtaget, da det skatteretlige (sambeskatningsretlige) koncernbegreb udspringer af det selskabsretlige koncernbegreb, hvorfor sådanne fortolkningsbidrag også selskabsretligt er relevante.

Ejeraftalers indvirkning på etablering af koncernforhold vil ligeledes være genstand for en nærmere undersøgelse i dette kapitel, idet ejeraftaler – med selskabsreformen – har fået en endnu mere markant rolle, da der i selskabsloven ikke er et besiddelseskrav for koncernetablering.⁴⁸ I relation til ejeraftaler vil hierarkiet mellem selskabsloven, vedtægter og ejeraftaler også blive behandlet i det følgende.

I dette kapitel vil det endvidere være genstand for behandling, hvorvidt et moderselskab vilkårligt kan bedrive ledelse af en dattervirksomhed. Der sammenholdes med de tyske regler på området.

Desuden vil det "reelle" koncernbegrebs stærke tilknytning til den internationale regnskabsstandard IAS 27 blive belyst i nærværende kapitel. Det bemærkelsesværdige ved – og motiverne for – at Danmark har valgt at lægge en regnskabsstandard, som udvikles (og reguleres) af en privat organisation som IFRS (IASB) til grund for det danske koncernbegreb, vil blive behandlet i dette kapitel.

4.1 SL §§ 6 og 7 – et nyt koncernbegreb i dansk ret

Med selskabsreformen fulgte også et nyt koncernbegreb. Dette koncernbegreb indeholder ikke – modsat tidligere – formelle krav om besiddelse af stemmer. Fokus er i stedet rettet mod hvem, der er beføjet til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger (udøve bestemmende indflydelse) over dattervirksomheden. Det er således den reelle besidder af den bestemmende indflydelse, som koncernbegrebet nu har fokus på.

De formelle betingelser i koncernbegrebet efter ASL § 2 er i et vist omfang udskiftet med principbaserede kriterier i SL §§ 6 og 7.⁴⁹ Kriteriet om bestemmende indflydelse – uden nødvendigvis samtidig at være kapitalejer

48 Se nærmere om besiddelseskravet under pkt. 3.2

49 Bet. 1498/2008, s. 578

– er med det nugældende koncernbegreb det primære kriterium for koncernforbindelse, jf. SL §§ 6 og 7.

Det nugældende koncernbegrebs ordlyd fremgår af SL § 7, der følger her:

"Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

Stk. 2. Bestemmende indflydelse i forhold til en dattervirksomhed foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem en dattervirksomhed ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

Stk. 3. Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har

- 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,*
- 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i en virksomhed i henhold til en vedtægt eller aftale,*
- 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på virksomheden eller*
- 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over virksomheden."*

Bestemmende indflydelse skal som nævnt forstås som "beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger", jf. SL § 7, stk. 1.

En kapitalejer kan udøve denne beføjelse, såfremt kapitalejeren direkte eller indirekte "ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse", jf. SL § 7, stk. 2.

4.1.1 Formodningsreglen – ejerskab til over 50% af stemmerne

Ejerskab over mere end halvdelen af stemmerne er – som også før selskabsreformen – det primære kriterium for etablering af koncernforbindelse. Kun i særlige tilfælde hvor det klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse, er ejerskabet over stemmerettighederne ikke det afgørende moment. Det typiske billede er, at stemmer og kapital "følges ad". Dvs., at den, der besidder f.eks. 51% af stemmerne, også besidder 51% af kapitalen.

Det er her vigtigt at bemærke, at det som udgangspunkt alene er stemmerne, der er afgørende for, om der foreligger koncernforbindelse. En kapitalejer (i kapitalselskabsform), der kun besidder 30% af kapitalen i

virksomheden – men 60% af stemmerne i virksomheden – har således (med mindre særlige forhold gør sig gældende, jf. SL § 7, stk. 2 in fine) etableret koncernforbindelse med denne virksomhed.

Det skal erindres, at det er muligt at udstede stemmeløse kapitalandele (både anparter og aktier), ligesom det er muligt at udstede NPV (non par-value) kapitalandele. Sidstnævnte type af kapitalandele er kendetegnede ved ikke at have en stykstørrelse. Selskabskapitalen opgøres i så fald ved at multiplicere tegningskursen med antallet af kapitalandele.⁵⁰ Denne type af kapitalandele ses dog ikke at have vundet det store indpas i praksis.

Det er imidlertid ikke muligt at udstede kapitalandele – uden "kapital" – men blot med stemmeret. Dvs. et ejerskab over en stemmeret hænger notorisk sammen med et ejerskab over en kapitalandel. Det er således ikke muligt blot at eje en stemme uden at eje en kapitalandel.

4.1.2 Opsamlingsbestemmelser til formodningsreglen

Til formodningsreglen i SL § 7, stk. 2 om koncernforbindelse ved ejerskab til over 50 % af stemmerne er der 4 opsamlingsbestemmelser, der er opremset i SL § 7, stk. 3, nr. 1-4.

Den første opsamlingsbestemmelse (SL § 7, stk. 3, nr. 1) understreger overgangen fra det mere formelle koncernbegreb før selskabsreformen (ASL § 2), til det mere realitetsprægede koncernbegreb efter selskabsreformen.

Nu – modsat før selskabsreformen – er det muligt at have bestemmende indflydelse, og dermed etablere koncernforbindelse, alene på baggrund af en aftale med andre investorer. Kravet om at det potentielle moderselskab skal være kapitalejer i dattervirksomheden, er ikke medtaget i koncernbegrebet efter selskabsreformen.

Det må dog antages, at det kun er i sjældne tilfælde, at der i praksis – på dette punkt – vil udspille sig en forskel mellem retstilstanden før og efter selskabsreformen, da det moderselskab, der har bestemmende indflydelse over dattervirksomheden, i langt de fleste tilfælde er kapitalejer i dattervirksomheden.

Begrebet "andre investorer", der henvises til i SL § 7, stk. 3, nr. 1, skal umiddelbart opfattes som kapitalejere i virksomheden, idet disse kapitalejere også kan defineres som "andre investorer", og at det primært er imellem kapitalejerne, at der indgås aftaler om kontrollen over stemmerne.

Det har med selskabsreformen været en afgørende præmis at revurdere koncernbegrebet således, at det er den faktiske bestemmende indflydelse og ikke formelle forhold, der skal være afgørende for koncernetablering. Begrebet "andre investorer" må således skulle fortolkes så bredt som mu-

50 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 212

ligt, hvorfor begrebet må dække kapitalejere, investorer, panthavere mv.⁵¹

Vedrørende pant i kapitalandele må der kræves en vis fasthed i tilknytningen, før der kan konstateres en koncernforbindelse mellem panthaver og dattervirksomheden. Der skal foreligge en egentlig permanent overførsel af stemmeretten, hvorfor f.eks. panteretlige aftaler om at panthaver overtager stemmeretten, såfremt pantgiver misligholder, ikke vil være tilstrækkeligt til at etablere koncernforbindelse.⁵²

Dette udsagn må skulle modificeres, såfremt der er tale om en situation, hvor panthaver over en længere sammenhængende periode har overtaget stemmeretten. Såfremt det er tilfældet, opfyldes kravet om permanens, hvilket taler for, at der kan etableres koncernforbindelse i et sådant tilfælde.⁵³

Den anden opsamlingsbestemmelse (SL § 7, stk. 3, nr. 2) omhandler:

"beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i en virksomhed i henhold til en vedtægt eller aftale".

Det er ligeledes ikke her et krav, at moderselskabet ejer stemmer i dattervirksomheden. Blot der kan statueres beføjelse for moderselskabet til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i en virksomhed i henhold til en vedtægt eller aftale, er der etableret et koncernforhold.

En opfyldelse af denne bestemmelse – i sin helt "rene form" (dvs. uden ejerskab over kapitalandele eller kontrol over stemmer) – må forventes sjældent at blive set i praksis. For at etablere en koncern alene på baggrund af denne bestemmelse kræves, at kapitalejerne delegerer kompetencen til at styre virksomhedens finansielle og driftsmæssige forhold til en tredjemand (et selskab).

Det er nok kun de færreste kapitalejere, der forventeligt ønsker – i så kraftig en form – at delegere kompetencen til at styre dattervirksomheden til et andet selskab (en tredjemand).

Bestemmelsen kan dog blive aktuel i den situation, hvor dattervirksomheden er et såkaldt selskab med et særligt formål (også kaldet special purpose entity, SPE).⁵⁴ Styringen af dette selskab kan være delegeret til et management selskab, en bank eller andre. Se nærmere om SPE'er under pkt. 5.6.2.

Den tredje opsamlingsbestemmelse (SL § 7, stk. 3, nr. 3) medfører, at såfremt moderselskabet har beføjelse til at udpege eller afsætte flertal-

51 Michael Camphausen i R&R 2009, nr. 8, s. 40 ff., *Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning*, samt Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 570

52 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 571

53 Se nærmere om en kreditgivers længerevarende fastholdelse af indflydelse over en låntager eksemplet med Essex koncernen under pkt. 6.1.1

54 SPE'er benævnes også under tiden Special Purpose Vehicles (SPV'er). Det er blot to ord for det samme

let af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på virksomheden, foreligger der en koncern.

Kravet om at organet skal besidde den bestemmende indflydelse over virksomheden bevirker, at den tredje opsamlingsbestemmelse ikke kan opfyldes ved, at det potentielle moderselskab har beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i et tilsynsråd, idet dette organ definitorisk ikke kan udøve den bestemmende indflydelse over virksomheden.

Bestemmende indflydelse er defineret som:

"beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger", jf. SL § 7, stk. 1.

Sådanne egenskaber kan ikke tillægges et tilsynsråd, idet denne type af organ udelukkende fører tilsyn og kontrol med direktionen, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2.

Derimod kan såvel en direktion, såfremt der ikke er en bestyrelse, som en bestyrelse styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger og samtidig være det øverste ledelsesorgan, hvorfor retten til at udpege og afsætte flertallet af medlemmerne til disse to organer kan medføre koncernforbindelse mellem det potentielle moderselskab og dattervirksomheden.

Den fjerde opsamlingsbestemmelse (SL § 7, stk. 3, nr. 4) sikrer, at den, der på generalforsamlingen besidder det faktiske flertal af stemmerne og dermed den bestemmende indflydelse over virksomheden, etablerer koncernforbindelse. I en virksomhed, hvor stemmerne er fordelt på mange kapitalejere, kan et selskab, der f.eks. ejer en post på 40% af stemmerne i virksomheden være koncernforbundet (selskabsretligt) med virksomheden, såfremt posten på 40% af stemmerne er tilstrækkelig til at opnå bestemmende indflydelse over virksomheden.

Det skal i denne sammenhæng vurderes, om de 40% – eller mindre – historisk har været tilstrækkeligt til at udøve bestemmende indflydelse på virksomhedens generalforsamling. Såfremt en post i virksomheden på f.eks. 35% af stemmerne har været tilstrækkelig til at udøve bestemmende indflydelse over virksomheden, da er selskabet koncernforbundet med virksomheden.

4.1.3 EU-retlige bemærkninger

Med det "reelle" koncernbegreb udnytter Danmark de EU-retlige muligheder for, at koncernforhold kan etableres, uden at moder ejer kapitalandele, anpartar eller lignende i datter. Det er på baggrund af tilpasningen i 2003 (og igen 14. juni 2006) af 7. selskabsdirektiv (83/349/EØF, koncernregnskabsdirektivet), at det i national lovgivning er blevet muligt at fravige kravet om, at et selskab skal besidde kapitalandele i et selskab, for at

kunne være dettes moderselskab. Denne mulighed er nu udnyttet i selskabsloven.⁵⁵

4.2 Selskab contra virksomhed – før/efter selskabsreformen

Bemærk den forskellige behandling af "datterbegrebet" afhængigt af om der henvises til retstilstanden før selskabsreformen i forhold til efter selskabsreformen. Af den nu historiske ASL § 2 fremgår, at såvel moder som datter skal være etableret som et selskab (moderselskab og datterselskab).⁵⁶

Dvs. både moder og datter tidligere skulle være etableret som et dansk ApS eller A/S. Nu – som tidligere – skal et udenlandsk datterselskab i visse sammenhænge tages i betragtning i forhold til etablering af en koncern, f.eks. ved beregningen af om det tidligere loft på ejerskab over egne aktier (loft på 10%) var overskredet.⁵⁷

Dansk ret regulerer danske forhold, hvorfor dansk ret ikke kan pålægge et selskab, der henhører under en anden retsorden, pligter. Hvis et udenlandsk selskab bevæger sig ind på dansk territorium, kan dansk ret helt eller delvist regulere selskabets forhold. Et eksempel kan være, at det udenlandske selskab opretter en filial i Danmark. Denne filial vil blive reguleret af dansk ret (SL § 345).⁵⁸

Eksemplet vedrørende subkoncerner fra foran under pkt. 2.2.2 kan også indføjes her. Danske regler regulerer ikke det udenlandske selskab, men det udenlandske selskabs danske subkoncern reguleres naturligvis af de danske regler. I eksemplet fra foran er det særligt interessant i sambeskatningsøjemed.

Det bemærkes, at det tidligere loft over besiddelse af egne kapitalandele er blevet fjernet med selskabsreformen, således at selskabet nu alene begrænses af, at opkøb af egne kapitalandele skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver. Desuden kan også ApS'er efter selskabslovens ikrafttræden – modsat tidligere – erhverve egne kapitalandele inden for de samme rammer, som gælder for A/S'er.⁵⁹

Efter selskabsreformen er der alene formelle krav til moders etableringsform. Moder skal fortsat være etableret som et selskab, mens dette krav

55 Bunch og Rosenberg, *Selskabsloven med kommentarer*, s. 85 nederst

56 Vinther og Werlauff, *Dansk og international koncernret og koncernskatteret*, s. 17

57 Werlauff, *Selskabsret*, 6. udg., s. 567

58 Se om i hvilket omfang udenlandske selskaber omfattes af dansk ret Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 566 ff.

59 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 257

ikke længere er gældende for datter, hvorfor datter alene skal kunne kvalificeres som en "virksomhed", for at der (selskabsretligt) foreligger en koncern, jf. SL §§ 6 og 7.⁶⁰

I det nu historiske koncernbegreb var det et spørgsmål om koncernforbindelse mellem et moderselskab og dets datter*selskab(er)*. I det nugældende koncernbegreb efter SL §§ 6 og 7 er det et spørgsmål om koncernforbindelse mellem et moderselskab og dets datter*virksomhed(er)*. Dattervirksomheden kan selvfølgelig godt være etableret som et ApS eller A/S, men kan nu også være etableret som et I/S, K/S eller lignende.⁶¹

Koncernbegrebet er således udvidet i den forstand, at det nugældende koncernbegreb definatorisk ikke indeholder begrænsninger i forhold til hvilke etableringsformer (I/S, ApS, K/S mv.), der kan udgøre en dattervirksomhed.⁶²

4.3 Kun ét (selskabsretligt) moderselskab

En dattervirksomhed kan kun selskabsretligt have ét moderselskab, jf. SL § 6, stk. 1, 2. pkt. Dette bevirker, at såfremt et selskab besidder over 50% af stemmerne i dattervirksomheden, men et andet selskab *faktisk* udøver bestemmende indflydelse over dattervirksomheden, da er sidstnævnte selskab moderselskab, jf. SL § 6, stk. 1, 3. pkt.⁶³ Det "reelle" er nu i selskabsretten – for så vidt angår koncernbegrebet – blevet det "formelle" overlegent.⁶⁴

60 Bet. 1498/2008, s. 577, med henvisning til IAS 27, s. 8 (4). Se tillige om samme Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 564

61 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 564

62 Bet. 1498/2008, s. 577, med henvisning til IAS 27, s. 8 (4)

63 Bemærk i øvrigt, at det ikke synes udtrykkeligt at fremgå af IAS 27, at denne standard omfatter "de facto" kontrol. "De facto" kontrol er i denne fremstilling nærmere behandlet under pkt. 5.6.1

64 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 567

4.4 Skatteretligt – op til flere moderselskaber

Skatteretligt er situationen en anden, idet der skatteretligt kan foreligge mere end ét moderselskab.⁶⁵ Koncernforbindelse foreligger efter ABL § 4 A (datterselskabsaktier/anparter), såfremt moderselskabet ejer minimum 10% af kapitalen i datterselskabet.

Ligeledes kan der foreligge koncernforbindelse (skatteretligt) efter ABL § 4 B (koncernselskabsaktier/anparter), såfremt ejeren og det selskab hvori der ejes kapitalandele, er sambeskattede efter SEL § 31 (tvungen national sambeskatning), eller kan sambeskattes efter SEL § 31 A (frivillig international sambeskatning).

Ved koncernselskabsaktier/anparter forstås desuden kapitalandele, hvor en fond mv. og det selskab, hvori der ejes kapitalandele, er koncernforbundne, jf. SEL § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning. Koncernbegrebet i SEL § 31 C er affattet med forbillede i SL §§ 6 og 7 (IAS 27).⁶⁶

Ultimativt kan der etableres en konstruktion med i alt 11 moderselskaber i skatteretlig forstand. Denne konstruktion kan opnås ved 10 selskaber, der hver ejer 10% af kapitalen i datterselskabet, jf. ABL § 4 A. Derudover ét selskab (det *direkte* moderselskab, jf. SEL § 31 C, stk. 1, 2. pkt.), der har bestemmende indflydelse over datterselskabet via aftale, vedtægtsbestemmelse eller lignende, jf. SEL § 31 C, stk. 4.⁶⁷

Ifølge SEL § 31 C, stk. 4 kan et selskab umiddelbart være moderselskab, uden at moderselskabet eller andre sambeskattede selskaber ejer en del af kapitalen i det pågældende datterselskab. Det er således tilstrækkeligt, at der foreligger bestemmende indflydelse over datterselskabet.⁶⁸

65 Dog kan et selskab skatteretligt kun have ét *direkte* moderselskab, jf. SEL § 31 C, stk. 1, 2. pkt. Dette medfører, at et selskab ikke kan indgå i to forskellige sambeskatninger på samme tid, jf. SEL §§ 31-31 A, jf. Karnov, note 443 til SEL § 31 C, stk. 1, 2. pkt. Imidlertid ændrer dette ikke på, at der skatteretligt kan etableres koncernforhold efter ABL § 4 A, hvorefter moderselskabets kapitalandele i datterselskabet er at betragte som datterselskabsaktier/anparter, såfremt moderselskabet som minimum besidder 10% af kapitalen i datterselskabet. Moderselskabets eventuelle besiddelse af stemmer i datterselskabet spiller i denne sammenhæng ingen rolle. Kravet i ABL § 4 A vedrører alene kapitalen

66 Se om sambeskatning Bent Ramskov og Torben Buur i fremstillingen *Sambeskatning*. Se tillige om samme Werlauff i fremstillingen *Selskabsskatteret 2011/12* samt Guldmand, Vinther og Werlauff i fremstillingen *Sambeskatning 2009/10*

67 Der bør rettes opmærksomhed mod værnsreglen i ABL § 4 A, stk. 3 (indsat ved L 2009 525), hvorefter mellemholdingselskaber, der alene er indsat i konstruktionen for at agere bindeled og opfylde "10%-kravet" i ABL § 4 A, stk. 1, ikke længere accepteres i dansk ret i den forstand, at sådanne besiddelser kvalificeres som porteføljebesiddelser. Værnsreglen modvirker således de såkaldte – og tidligere meget populære – "omvendte juletræer"

68 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

4.5 Ét koncernbegreb for flere juridiske discipliner

Det nugældende selskabsretlige koncernbegreb er blevet adopteret af andre juridiske discipliner. Koncernbegrebet er således blevet ensartet i *regnskabsretten*, jf. bilag 1 (b) til årsregnskabsloven, *skatteretten* (sambeskatningsretligt), jf. SEL § 31 C (krav om at selskaber i koncernen skal være opremset i selskabsskatteloven) og *børs- og kapitalmarkedsretten*, jf. VPHL § 31 (dog med et ekstra krav om besiddelse af 1/3 af alle stemmerne).⁶⁹

Som nævnt er det danske selskabsretlige koncernbegreb begået med udgangspunkt i den internationale regnskabsstandard IAS 27. Samme internationalisering er også ønsket for de øvrige discipliner nævnt lige ovenfor. Med få forskelle er der via opkoblingen på IAS 27 skabt et ensartet koncernbegreb, for de nævnte discipliner.

4.6 Retspraksis fra andre retsområder

For at fastslå rækkevidden af det nugældende koncernbegreb kan der med fordel skeles til skatteretlig (sambeskatningsretlig) praksis, herunder særligt bindende svar afgivet af Skatterådet, idet det sambeskatningsretlige koncernbegreb – som anført ovenfor – er affattet på baggrund af det selskabsretlige koncernbegreb.

Sambeskatningsretlig praksis er således i dette tilfælde fuldgode fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af gældende ret vedrørende det selskabsretlige koncernbegreb.⁷⁰ Endvidere er den selskabsretlige praksis på området ganske sparsom, da der sjældent tvistes om, der selskabsretligt foreligger koncernforbindelse. Det må således forventes, at koncernbegrebets udvikling i praksis (administrativ praksis og retspraksis) formentligt vil ske via særligt sambeskatningsretlige afgørelser.

Den nemme adgang for skatteyderen til at spørge SKAT om der foreligger koncernetablering i sambeskatningsretlig forstand, er medvirkende til, at der kan skabes en fintmasket administrativ praksis på området. Dertil skal lægges, at der ikke forekommer de samme muligheder for at spørge hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, om der selskabsretligt er etableret koncernforbindelse, ligesom Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis ikke offentliggøres i samme omfang som den skatteretlige administrative praksis. For forskere og praktikere, der ønsker at danne sig et billede af gældende ret vedrørende kriterierne for koncernetablering, er den skatteretlige administrative praksis et godt sted at starte.

Det skal også erindres, at lovmotiverne til selskabsloven (bet. 1498/2008) udtrykkeligt nævner, at det selskabsretlige koncernbegreb skal fortolkes i

69 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 565. Se nærmere om det børs- og kapitalmarkedsretlige koncernbegreb Jesper Lau Hansen i *Værdipapirhandelsloven med kommentarer*, s. 281 ff.

70 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 566

overensstemmelse med IAS 27, herunder at der ikke er materiel forskel på koncernbegrebet i IAS 27 og det selskabsretlige koncernbegreb. Derfor kan også international retspraksis om fortolkning af koncernbegrebet i IAS 27 udgøre gode fortolkningsbidrag i forhold til fastlæggelsen af det danske koncernbegreb.

Denne internationale retspraksis ses at kunne have indvirkning på samtlige de retsområder, der har fået affattet et koncernbegreb med forbillede i det selskabsretlige koncernbegreb – dvs. efter IAS 27.

4.6.1 Andre retsområder, hvor "eksterne" bidrag anvendes

Et område, hvor også international retspraksis ses at kunne finde anvendelse i dansk ret, er handelsagentloven, der bygger på handelsagentdirektivet (86/653/EØF). Dette direktiv bygger i vid udtrækning på tysk ret (Handelsgesetzbuch §§ 84–92), hvorfor tysk praksis om handelsagentforhold ses at kunne anvendes som nyttige fortolkningsbidrag i dansk ret om samme.

Et andet eksempel er de amerikanske, svenske, tyske og norske afgørelser om selskabsretligt hæftelsesgennembrud. Læren om hæftelsesgennembrud er anerkendt i de nævnte stater, og principperne for kvalificering af hæftelsesgennembrud har stærke lighedstræk landene imellem, hvorfor international praksis i denne sammenhæng ligeledes har en vis berettigelse.

Se U.1997.179H, der omhandler et spørgsmål om identifikation, idet 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.⁷¹

Søren Friis Hansen forholder sig kritisk til U.1997.179H i *Julebog 1997*, Handelshøjskolen i København, Juridisk Institut, s. 125 ff., og henviser til tysk koncernret, hvorefter dommen – ifølge Friis Hansen – ville have fået det modsatte udfald – statuering af identifikation.⁷²

Det er muligt, at der med udviklingen i retspraksis efter U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*,⁷³ der er den helt "rene vare", når det kommer til hæftelsesgennembrud som følge af identifikation, ses at være større mulighed for at inddrage f.eks. tysk praksis vedrørende samme som fortolkningsbidrag i dansk ret, i hvilket tilfælde en sag som U.1997.179H muligvis ville få et andet udfald.

71 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 582

72 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 582-583

73 U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, er behandlet nærmere under pkt. 7.1.5

4.6.2 Dansk sambeskatningsretlig praksis

Ændringen fra det "formelle" koncernbegreb i ASL § 2 til det "reelle" koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 bevirker, at dele af den tidligere praksis ikke kan opretholdes. Som eksempel kan nævnes TfS 2009, 762 LSR. I denne kendelse kom Landsskatteretten til den konklusion, at et selskab var koncernforbundet med et datterselskab, hvori det ejede 75% af stemmerettighederne, uanset at der mellem kapitalejerne i datterselskabet var indgået en ejeraftale, hvorefter kapitalejerne – uanset ejerandele – havde lige mange stemmer.⁷⁴ Den nødvendige bestemmende indflydelse i form af beføjelsen til at styre datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger foreligger ikke i denne sag, hvorfor betingelserne for at etablere koncernforhold ikke er opfyldt.

Se ligeledes TfS 2010, 491 SR, hvor Skatterådet bekræftede, at selskaberne A ApS, B ApS og C A/S skulle sambeskattes efter reglerne i SEL § 31 C i indkomståret 2009. Dette blev begrundet med, at den formelle besiddelse af stemmeflertallet efter de dagældende regler og praksis var tilstrækkeligt til at statuere koncernforbindelse, også selvom stemmeflertallet var begrænset som følge af en ejeraftale. Ejeraftalen bevirkede, at der skulle være enighed mellem aktionærerne om samtlige beslutninger.⁷⁵ Dvs., at kapitalejerne – via ejeraftalen – havde flyttet sig fra et "flertalsprincip" til et "vetoprincip".⁷⁶

Skatterådet redegør eksplicit for i samme afgørelse, at der ikke ses at være belæg for at opretholde denne praksis efter ændringslovens (som følge af selskabsreformen) ikrafttræden. Skatterådet er således ved afgørelsens afsigelse fuldt ud bevidst om, at afgørelsen kun ville være "gældende ret" for en meget kort periode.

I SKM2011.42.SR blev der af Skatterådet i et bindende svar svaret bekræftende på, at der består koncernforhold mellem A ApS og Y A/S fra den dato, hvor Y A/S opnår 51% af stemmerettighederne i A ApS ved udnyttelse af warrants i A ApS.⁷⁷

74 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

75 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

76 Med "flertalsprincip" skal forstås reglen i SL § 105, hvorefter det som udgangspunkt kræver simpel majoritet (+50% af stemmerne) at træffe beslutning om sædvanlige forhold (valg til bestyrelse/tilsynsråd, udlodning af udbytte, godkendelse af årsrapporten mv.) på en generalforsamling. Ved forrykkelse fra et "flertalsprincip" mod et "vetoprincip" flytter selskabsdeltagerne sig fra lovens udgangspunkt (SL § 105), hvorefter beslutning om et eller flere af de "sædvanlige forhold" kræver en forøget majoritet (i visse tilfælde enighed – heraf betegnelsen "vetoprincippet"). Det bør i denne sammenhæng erindres, at majoritetskrav altid kan forhøjes, men aldrig reduceres til under selskabslovens udgangspunkt. Dette er af hensyn til eventuelle minoritetskapitalejer. Aftaler, der bevirker en forrykning mod vetoprincippet, kan følge af selskabets vedtægter og/eller af en ejeraftale. Se nærmere i denne fremstilling under pkt. 4.7 om ejeraftaler og om at ejeraftaler ikke binder selskabet

77 Det bør bemærkes, at denne praksis ikke vil kunne opretholdes efter IFRS 10, idet der allerede ved tildelingen af optionerne ses at foreligge koncernforbindelse. Se nærmere herom under pkt. 5.6.1.1

Den anden kapitalejer i A ApS – B ApS – havde sammen med Y A/S indgået en ejeraftale ved Y A/S' udnyttelse af warrants, der gav B ApS en række vetorettigheder i A ApS som f.eks. indskrænkninger i eller udvidelse af aktiviteten i A ApS, afståelse af aktiver i A ApS til en af parterne eller til et datterselskab heraf, indgåelse af joint ventures mv., udlodning af udbytte, frivillig likvidation, indgivelse af konkursbegæring og betalingsstandsning.

Skatterådet fandt, at disse vetorettigheder ikke væsentligt ville begrænse Y A/S' reelle indflydelse på A ApS' økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Derfor fandt Skatterådet, at der forelå en koncern, hvorfor selskaberne var tvunget at sambeskatte, jf. SEL § 31.

I SKM2011.42.SR henviser Skatterådet til en række afgørelser om samme emne, hvilke afgørelser er nævnt lige nedenfor.

Ved SKM2010.209.SR har Skatterådet udtalt, at eksistensen af en ejeraftale, der kræver enighed mellem aktionærerne i alle beslutninger, vil udgøre en påvisning af, at den konkrete majoritetskapitalejer ikke har bestemmende indflydelse. Vurderingen af de i ejeraftalen indgåede vetorettigheder, er konkret i hver situation.

I SKM2010.209.SR udtalte Skatterådet, at påvisningen om intet koncernforhold foreligger, såfremt vetorettighederne gælder alle beslutninger. Det var ikke tilfældet i SKM2011.42.SR, hvorfor der i denne sag skulle foretages en konkret vurdering.

Koncernbegrebet efter SEL § 31 C har som nævnt sit forbillede i SL §§ 6 og 7. Som følge heraf har retten til at udpege og afsætte flertallet af en virksomheds øverste ledelsesorgan også betydning for vurderingen af, om der foreligger et koncernforhold i sambeskatningsretlig henseende.

I SKM2010.687.SR bekræftede Skatterådet, at A ApS og C ApS var koncernforbundne i henhold til SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3 (svarende til SL § 7, stk. 3, nr. 3), og at der således skulle etableres obligatorisk sambeskatning mellem A ApS og C ApS. I henhold til en ejeraftale var A ApS tillagt retten til at udpege flertallet i den øverste ledelse i C ApS. Der var ingen af kapitalejerne i C ApS, der ejede mere end halvdelen af stemmerne i C ApS.⁷⁸

Se også SKM2010.688.SR, hvor der også forelå koncernforbindelse som følge af en ret til at udpege flertallet i det øverste ledelsesorgan, jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3. Datterselskabet C ApS havde ikke en bestyrelse, men blev ledet af en direktør. A ApS og B ApS ejede hver præcis 50% af stemmerettighederne i C ApS. Udslagsgivende blev det således, at A ApS var tillagt retten til at udpege direktøren i det fælles selskab C ApS.⁷⁹

78 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

79 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

I SKM2010.677.SR fandt Skatterådet ikke, at der forelå koncernforbindelse, idet de to kapitalejere i datterselskabet hver ejede præcis 50% af stemmer og kapital, ligesom begge selskaber var berettiget til hver at udpege 3 medlemmer til datterselskabets bestyrelse.

Der var endvidere via ejeraftale mellem de to kapitalejere aftalt, at flere væsentlige dispositioner (f.eks. udvidelse/indskrænkning i forretningsområdet, optagelse af finansielle forpligtelser mv.) krævede 100% repræsentation og 100% tilslutning. Den ene kapitalejeres adgang til at udpege formanden for bestyrelsen (hvis stemme var tillagt afgørende vægt i tilfælde af stemmelighed) blev således udvandet i ejeraftalen via denne overgang fra flertalsprincip til vetoprincip.

Skatterådet fandt i SKM2010.677.SR – efter en konkret vurdering – at ejeraftalen bevirkede, at der ikke var grundlag for sambeskatning, hverken efter den nuværende (efter selskabsreformen) eller tidligere (før selskabsreformen) affattelse af SEL § 31 C.⁸⁰

Det kan udledes af de ovenfor behandlede afgørelser, at der er ganske udmærkede fortolkningsbidrag til det selskabsretlige koncernbegreb at hente i den sambeskatningsretlige praksis. Dette er – som nævnt – en følge af, at det sambeskatningsretlige koncernbegreb i SEL § 31 C er affattet med forbillede i SL §§ 6 og 7 (IAS 27). Konkret har spørgsmålet om der foreligger koncernforbindelse en meget direkte indflydelse på det skatteretlige plan, idet koncernforbindelse mellem to danske selskaber bevirker en tvungen sambeskatning, jf. SEL § 31.

Det kan ligeledes have store konsekvenser, såfremt et dansk moderselskab har valgt international sambeskatning med et udenlandsk hjemmehørende datterselskab, jf. SEL § 31 A. Såfremt det må erkendes, at der ikke er (eller længere ikke er) koncernforbindelse mellem det her i landet hjemmehørende moderselskab og det udenlandsk hjemmehørende datterselskab, skal sambeskatningen afbrydes. En sådan afbrydelse af sambeskatning vil som udgangspunkt medføre ordinær genbeskatning, idet det udenlandske selskab herefter ikke er en del af koncernen, jf. SEL § 31 A, stk. 10.⁸¹

De selskabsretlige følger af en koncernetablering, skal nærmere ses som et katalog af muligheder – noget, der kan vælges til. Reglerne om koncernlån er et eksempel herpå. Blot fordi der etableres koncernforbindelse, er datterselskab B ikke forpligtet til at udlåne midler til – eller stille sikkerhed for – moderselskab A. Det er alene en mulighed, der åbner sig, som følge af koncernetableringen.

80 Anja Svendgaard Dalgas i SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*

81 Se nærmere om international sambeskatning, herunder om ordinær- samt fuld genbeskatning Werlauff i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 337 ff. Se ligeledes om samme Bent Ramskov og Torben Buur i *Sambeskatning*, s. 232 ff. samt Guldmand, Vinther og Werlauff i *Sambeskatning 2009/10*, s. 130 ff.

4.7 SL § 82 – ejeraftaler binder ikke kapitalselskabet

Det særlige forhold, at der med hjemmel i SL § 7, stk. 3, nr. 1 kan etableres en aftale med "andre investorer" om overgang af bestemmende indflydelse via aftale, skaber en interessant forbindelse til SL § 82.

Af SL § 82 fremgår klart og enkelt, at:

"ejeraftaler ikke er bindende for kapitalselskabet og de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen".

Som behandlet af Martin Christian Kruhl i fremstillingen *Ejeraftaler*, s. 97 ff., hvilket værk der med få ændringer er forfatterens Ph.d.-afhandling, kan der ikke via ejeraftaler træffes beslutninger med bindende virkning for selskabet, således at ejeraftalen har retsvirkning på selskabets generalforsamling.⁸² Dette er uanset, om der i ejeraftalen er enighed om, at ejeraftalen skal have forrang for selskabets vedtægter. Denne forrang gælder inter partes, men har ikke retsvirkning overfor selskabet.⁸³

Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke aftaleretligt kan statueres et ansvar. De aftaler, der indgås i en ejeraftale, skal aftaleparterne naturligvis overholde (*pacta sunt servanda*). Såfremt en kapitalejer ønsker fuldstændig sikkerhed for, at en eller flere – for den pågældende kapitalejer – væsentlige forhold bliver efterlevet i forhold til selskabet, da må kapitalejeren kræve, at de specifikke forhold bliver reguleret i selskabets vedtægter.⁸⁴

Forholdene kan f.eks. omhandle omsættelighedsindskrænkninger ("exit fra selskabet"), valg til selskabets øverste ledelsesorgan ("magten i selskabet"), niveau for udbetaling af udbytte ("pengene i selskabet") mv.

Såfremt de ønskede forhold er reguleret i selskabets vedtægter, skal de selvsagt respekteres på selskabets generalforsamling, idet generalforsamlingen skal henholde sig til vedtægternes indhold. Såfremt vedtægterne ønskes ændret, kan der fremsættes forslag herom.⁸⁵

Den manglende retsvirkning for ejeraftalen overfor selskabet bevirker, at der i ejeraftalen ofte er indeholdt bestemmelser om særligt hårde konsekvenser i tilfælde af aftaleparternes manglende efterlevelse af ejeraftalens indhold.

82 Martin Christian Kruhl, *Ejeraftaler*, s. 100. Det skal dog nævnes, at der ikke i selskabsloven ses at være noget til hinder for, at selskabet – på det aftaleretlige plan – og på lige fod med de øvrige kapitalejere, kan indgå i en ejeraftale (vedrørende selskabet selv), med de (egne) kapitalandele som selskabet besidder. Dette ændrer dog ikke på, at ejeraftaler ikke kan få selskabsretlig virkning, jf. SL § 82

83 Martin Christian Kruhl, *Ejeraftaler*, s. 102-104

84 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 373-378

85 Se om forholdet mellem ejeraftaler og vedtægter Martin Christian Kruhl i *Ejeraftaler*, s. 101 ff. Retten til at stille forslag på en generalforsamling er en individualbeføjelse, idet denne ret tilkommer enhver af selskabets kapitalejere

De konsekvensbestemmelser, der kan være indeholdt i en ejeraftale, er f.eks. bestemmelser om en (større) konventionalbod, gensidig pantsætning mv. En aftale om gensidig pantsætning kan medføre, at såfremt en aftalepart forbryder sig mod ejeraftalen (typisk efter et væsentlighedskriterium), vil denne aftalepart være aftaleretligt (men ikke selskabsretligt) forpligtet til at afhænde (helt eller delvist) sine kapitalandele i selskabet til de øvrige kapitalejere – ofte til en "sanktioneret" kurs – f.eks. indre værdi⁸⁶ minus 25%.

I relation til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 har ejeraftalen fået endnu mere "liv", idet der nu – modsat før selskabsreformen – kan etableres en koncern, uden at moder er (med)ejers af datter. Dette er en følge af, at der ikke længere består et besiddelseskrav for at etablere en koncern, jf. nærmere ovenfor under pkt. 3.2.

Konsekvensbestemmelserne har ofte så stor en præventiv virkning, at indholdet af ejeraftalen efterleves. Derfor er ejeraftalen af største vigtighed, når reguleringen af selskabet skal afklares.

4.7.1 Børsnoterede selskabers oplysningsforpligtelse

Såfremt der er tale om et børsnoteret selskab (noteret på fondsbørsen i København – NASDAQ OMX Nordic, København, herefter blot "børsen"), er selskabet pålagt en oplysningsforpligtelse, der reguleres af børsen.⁸⁷ Selskaber, der er noteret på børsen, har en generel oplysningsforpligtelse, hvorunder selskaberne skal oplyse om forhold, der kan være kursrelevante.

Børsen anfører i deres regelsæt for udstedere af aktier på børsen, s. 21,⁸⁸ at oplysningsforpligtelsen også omfatter:

"aktionæroverenskomster, som selskabet er bekendt med, der vedrører anvendelsen af stemmerettigheder eller aktiernes omsættelighed." [min fremhævelse]

Der kan således indgå ejeraftaler, der bevirker etablering af en koncern mellem datterselskabet (det børsnoterede selskab) og et moderselskab, uden at moderselskabet er forpligtet til at oplyse markedet herom.

Dette begrundes med, at der om oplysningsforpligtelsen i *Regler for udstedere af aktier, NASDAQ OMX Copenhagen A/S af den 1-7-2010*, s. 21, specifikt nævnes ejeraftaler (aktionæroverenskomster), som det børsnoterede selskab er bekendt med, jf. min fremhævelse i det citerede oven-

86 Den indre værdi for en kapitalandel er et regnskabsrelateret nøgletal, der beregnes som en virksomheds regnskabsmæssigt opgjorte egenkapital, eksklusive minoritetskapitalejere, divideret med antallet af kapitalandele ultimo

87 Se *Regler for udstedere af aktier, NASDAQ OMX Copenhagen A/S af den 1-7-2010*

88 *Regler for udstedere af aktier, NASDAQ OMX Copenhagen A/S af den 1-7-2010*, s. 21

for. Ejeraftaler, som det børsnoterede selskab ikke er bekendt med, skal der derfor – som udgangspunkt – ikke oplyses om.

En etablering af et koncernforhold (f.eks. via en stemmebindingsaftale i en ejeraftale)⁸⁹ må antages ikke i sig selv – nødvendigvis – at være kursrelevant. Såfremt koncernetableringen konkret vurderes at være kursrelevant, da er selskabet (det børsnoterede selskab) forpligtet til at oplyse herom.⁹⁰

Øvrige regler på området – f.eks. bekendtgørelse om storaktionærer⁹¹ – skal dog til enhver tid ligeledes iagttages af selskaber noteret på børsen, hvorfor eventuel oplysningsforpligtelse kan følge af sådanne bestemmelser.

4.8 Moderselskab contra dattervirksomhed – kan et moderselskab overtage ledelsen af en dattervirksomhed?

Nogle lande har lovregler på området, f.eks. Tyskland og Portugal. Her hjemme forekommer det imidlertid uafklaret i teorien, om der er lovhjemmel – og om det helt grundlæggende kræver lovhjemmel – for moderselskabet til, ved egen kraft og selvstændigt initiativ, at overtage ledelsen af dattervirksomheden.⁹²

Moderselskabet – der pr. definition har bestemmende indflydelse over dattervirksomheden – kan til hver en tid regulere dattervirksomhedens forhold ved, på en ordinær- eller ekstraordinær generalforsamling, at ændre ledelsens sammensætning i dattervirksomheden, jf. SL § 120 og SL § 105.

Ved et sådant valg, på en ordinær eller en ekstraordinær generalforsamling, kan der f.eks. opnås helt eller delvist personsammenfald mellem den øverste ledelse (f.eks. en bestyrelse) i moderselskabet og den øverste ledelse (f.eks. en direktion) i dattervirksomheden. Herved sikres, at der i dattervirksomheden træffes de beslutninger, som ledelsen i moderselskabet ønsker, idet der er personsammenfald i det øverste ledelseslag.

89 Typisk er der tale om de såkaldte "stemmebindingsaftaler" i en ejeraftale. Stemmebindingsaftaler benyttes oftere end alternativet "stemmeoverførselsaftaler". Ved stemmebindingsaftaler "bindes" ejeren/ejerne af de pågældende stemmer – aftaleretligt, men ikke selskabsretligt – til at stemme på en bestemt måde. Se nærmere herom Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 371

90 Denne pligt følger af generalklausulen i pkt. 3.1.1, s. 20 i *Regler for udstedere af aktier, NASDAQ OMX Copenhagen A/S af den 1-7-2010*

91 BEK 224 af den 10. marts 2010, udstedt i medfør af VPHL § 29, stk. 3 og 4, og § 93, stk. 4

92 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 580

Kan der imidlertid være etableret koncernforhold, uden at moderselskabet kan ændre sammensætningen (flertallet) af ledelsen i dattervirksomheden? Dette spørgsmål må skulle besvares benægtende, idet moderselskabet i så fald ikke besidder beføjelsen til at styre dattervirksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger (bestemmende indflydelse), jf. SL § 7, stk. 1.

Er der hjemmel for moderselskabet til at gribe ind i ledelsen af dattervirksomheden? Dette spørgsmål må ligeledes skulle besvares benægtende, idet der intet sted i selskabsloven ses at være en sådan adgang for moderselskabet til at gribe ind i den selvstændigt virkende dattervirksomhed.

Det er dog ganske sædvanligt i det praktiske liv, at dattervirksomheden indordner sig under instrukser/ledelsesbefalinger fra et trin højere led i koncernen, uden at der skal udredes en nærmere juridisk redegørelse for, om der er hjemmel til sådanne dispositioner. Dette er en naturlig følge af, at moderselskabet ultimativt kan trække det længste strå ved at udskifte ledelsen i dattervirksomheden.

Denne slutning respekterer også the entity law⁹³, idet moderselskabet – *alene* på baggrund af den bestemmende indflydelse over dattervirksomheden – kan gribe ind i ledelsen af dattervirksomheden. Det er således ikke et spørgsmål om, at moderselskabet i kombination med dattervirksomheden skal betragtes som ét hele, men alene en retstilstand med fodfæste i hjemlen i SL § 7, stk. 1 – et selvstændigt selskabs udøvelse af kontrol over et andet selvstændigt selskab.

Den indflydelse – som moder kan udøve over datter – er bundet op på moders adgang til at udskifte det øverste ledelseslag i datter. I en hver anden henseende er datter ikke underlagt moder, idet datters egen ledelse står til ansvar for datters kapitalejere, herunder eventuelle minoritetskapitalejere (særligt dem, der er uden for koncernen) samt til ansvar for datters kreditorer, herunder datters eventuelle medarbejdere.

Såfremt moder skal kunne give direkte instrukser til ledelsen af datter (f.eks. direkte til datters direktion uden om datters bestyrelse), skal ansvaret for datters ledelse i det mindste aftage. Et sådant system ses ikke i dansk ret, men noget lignende ses i tysk ret.

4.8.1 "Aftalekoncerner" i tysk koncernret

Med inspiration fra tysk koncernret kan der henvises til begrebet *Beherrschungsvertrag* (beherskelsesaftale), der er en egentlig beherskelsesaftale mellem moder og datter, således at moder direkte overtager ledelsen af datter.⁹⁴ Kreditorer til – og minoritetsaktionærer i – datteren skal

93 Se Vinther og Werlauff i *Dansk og international koncernret og koncernskatteret*, s. 16, hvoraf fremgår, at entity law skal forstås som reglerne omkring den enkelte juridiske person, og enterprise law skal forstås som reglerne om virksomheden uanset dennes tilknytning til en flerhed af juridiske personer (f.eks. to eller flere ApS'er)

94 Se om tysk koncernret Paul Krüger Andersen i *Studier i dansk koncernret*, s. 112-123

skadesløsholdes (af moder), hvilket er prisen for en sådan beherskelsesaf-tale.⁹⁵

Der kan således etableres en form for "aftalekoncern" efter tysk ret.⁹⁶ En sådan koncerntype findes ikke i dansk ret. Der var imidlertid i udkastet til 9. selskabsdirektiv (koncerndirektivet), taget udgangspunkt i det tyske koncernbegreb. 9. selskabsdirektiv er dog ikke blevet realiseret, hvorfor et koncernbegreb med inspiration fra det tyske ikke ad den EU-retlige vej er blevet implementeret i dansk ret.

4.8.2 Consolidated bankruptcy – universel identifikation

Det må forventes, at såfremt moder griber ind i ledelsen af datter i en så omfattende udstrækning, at f.eks. aktiver bliver håbløst sammenblandet – og at de i koncernen værende selskaber går konkurs – kan disse konkurs-boer behandles som ét bo, en såkaldt "consolidated bankruptcy".⁹⁷

Der ses (endnu) ikke i dansk retspraksis at være domme, der støtter "consolidated bankruptcy"-metoden. Dog var det tæt på i U.1980.806V, hvor et datterselskabs lønmodtagere fik anmeldelsesret i moderselskabets bo som følge af selskabernes sammenblanding, men hvor identifikationen dog ikke af denne grund blev universel.⁹⁸

Det kan således kort konkluderes, at begrebet "consolidated bankruptcy" ligger og lurder, uden at der (endnu) ses at være retsafgørelser, hvor begrebet anvendes i sin rene form.

4.8.3 Satair-dommen – ansvar for kapitalejer på et culpa-grundlag

Kapitalejerens ansvar, i relation til indgriben i et datterselskab, blev ud-stillet i TfS 1997, 110 H, *Satair*. Denne dom omhandler et moderselskab (SatairHolding A/S), der solgte et datterselskab (Sataircraft A/S, der inden overdragelsen var blevet omdannet til et ApS), hvis eneste aktiv var en kassebeholdning og hvis eneste kreditor var SKAT, til en tredjemand (Am-fina ApS og/eller ordre).

SKAT havde et meget betydeligt tilgodehavende i datterselskabet, som følge af udskudte skatter. Ca. 1 år efter overdragelsen blev datterselska-

95 Schaumburg-Müller og Werlauff, *EU's selskabs-, børs- og kapitalmarkedsreg-ler*, s. 192

96 Se om sådanne aftalekoncerner Friis Hansen og Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber*, s. 659 ff.

97 En konsolideret konkursbehandling. Se Werlauff i *Selskabsmasken*, s. 384-385, der henviser til Gomard i *Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 1986, s. 42, 45 og 326 samt Paul Krüger Andersen i *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2. udg., 1986, s. 259

98 Werlauff, *Selskabsmasken*, s. 385

bet erklæret konkurs, og SKAT led i den forbindelse et tab på ca. kr. 13 mio.⁹⁹

Højesteret fandt i denne dom, at sælger (SatairHolding A/S) ikke gjorde noget reelt for at afværge SKAT's risiko ved salget af datterselskabet til køberen (Amfina ApS og/eller ordre). Højesteret bemærker, at SatairHolding A/S – af egen drift – nærmere skulle have undersøgt hvilken investering – og holdbarheden heraf – som køber havde tænkt sig at foretage i regi af selskabet, herunder om der forventeligt kunne opnås de nødvendige skattemæssige fradrag fra denne aktivitet. Undersøgelsespligten skal særligt ses i sammenhæng med, at datterselskabet – på overdragelsestidspunktet – havde en betydelig latent skattebyrde.

Ved ikke at foretage disse undersøgelser havde SatairHolding A/S på en uforsvarlig måde tilsidesat SKAT's interesser, og SatairHolding A/S blev dømt erstatningsansvarlig for SKAT's tab. Hovedaktionæren – SatairHolding A/S – blev således dømt på baggrund af simpel uagtsomhed. Der er tale om en dom, der er afsagt på et culpa-grundlag – og ikke på baggrund af regler i den dagældende anpartsselskabslov.

I TfS 1997, 110 H, *Satair*, slår Højesteret fast, at culpa – ved siden af selskabslovens regler – kan finde anvendelse på situationer, hvor moderselskabet forbryder sig mod datterselskabet, og i den forbindelse udsætter datterselskabets aktiver for unødigt risiko.

Dommen er et udtryk for manglende omsorg hos kapitalejerne i forhold til datterselskabets aktiver, med tab til følge for datterselskabets kreditor. Som det ses af TfS 1997, 110 H, *Satair*, kan det sammenfattes, at moderselskabets indgriben i datterselskabet kan blive sanktioneret af domstolene alene på et culpa-grundlag.

4.8.4 Rozenblumdoktrinen – en vej mod fælles EU-retlig koncernret?

Rozenblumdoktrinen har sit udspring fra en fransk Højesteretsdom, Rozenblum-dommen. Sagen var en straffesag mod hr. Rozenblum, der ejede en koncern med en lang række selskaber, der havde mange transaktioner med hinanden. Selskaberne blev til sidst insolvente ét for ét.¹⁰⁰

Rozenblumdoktrinen opstiller nogle retningslinjer for, i hvilke tilfælde moder kan gribe ind i ledelsen af datter.¹⁰¹

Først og fremmest skal der **a)** foreligge et fast etableret koncernforhold. Der skal **b)** være en fasthed i den virksomhed, der drives i koncernen, ligesom denne virksomhed skal være godkendt på moderselskabets generalforsamling – og dermed kendt af kapitalejerne. Ydermere skal **c)** forde-

99 Se om TfS 1997, 110 H, *Satair*, Gomard i R&R 1997, nr. 3, s. 9 ff., *Selskabstømning efter Højesterets dom i Satair-sagen* samt Werlauff i TfS 1997, 114, *Konsekvenserne af Højesterets dom i Satair-sagen*

100 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 581

101 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 580-581

le og ulemper fordeles på en afbalanceret måde mellem moder og datter, således fordele og ulemper – over tid – ses at være rimeligt fordelt.

Det sidstnævnte vurderes særligt at være væsentligt af hensyn til de af dattervirksomhedens kreditorer, der ikke via f.eks. aftale (kaution, garanti, moderselskabsindeståelse, dispositiv støtteerklæring¹⁰² eller lignende) – eller på andet grundlag – kan gøre det samme krav gældende mod moderselskabet.

Strukturen i Rozenblumsagen levede op til de ovennævnte tre kriterier (a-c), hvorfor hr. Rozenblum blev frifundet. Fransk ret "italesætter" med Rozenblum-dommen – godt nok i bløde vendinger (men alligevel) – hvor grænsen går for det tålelige.¹⁰³ Rozenblumdoktrinen må kunne konkluderes pt. at være det bedste bud på en opskrift på en fællesskabsretlig regulering af moders indgriben i datters forhold, idet der er tale om enkle regler med en universel gyldighed.

Om moderselskabets mulighed for at gribe ind i ledelsen af dattervirksomheden kan det konkluderes, at der ikke i dansk ret findes hjemmel til en sådan disposition, men at moderselskabets indgriben i dattervirksomhedens forhold alligevel vurderes at pågå i praksis. Endvidere kan det konkluderes, at der i tysk ret ses at være en struktur, der via aftale ("aftalekoncerner") tillader moderselskabet at gribe ind i dattervirksomheden mod skadesløsholdelse af dattervirksomhedens ledelsesmedlemmer og dattervirksomhedens minoritetskapitalejere.

Der ses med 9. selskabsdirektiv (koncerndirektivet, der i vid udstrækning bygger på tysk ret) samt særligt Rozenblumdoktrinen, at være spæde træk mod en mere fast praksis på området – endda muligvis resulterende i (på et senere tidspunkt) egentlige (harmoniserede) retsregler for moderselskabets indgriben i dattervirksomhedens forhold.

4.9 Koncernbegrebets stærke tilknytning til den internationale regnskabsstandard IAS 27

Den internationale regnskabsstandard IAS 27, herunder SIC-12, der er et fortolkningsbidrag til IAS 27 vedrørende behandlingen af SPE'er¹⁰⁴, har fået en fremtrædende rolle i dansk ret efter implementeringen af et dansk koncernbegreb, der ikke materielt adskiller sig fra IAS 27.¹⁰⁵

102 Se om denne type af støtteerklæringer Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 653, hvor forfatteren behandler dommene U.1994.470H, *Engesvang Trælast*, U.1998.455H, *ScanBroker*, og U.1998.1289H, *SCS Holding*. Mere udførligt om støtteerklæringer se Lynge Andersen og Werlauff i *Kreditretten*, s. 420-427

103 Werlauff, *Selskabsret*, 8. udg., s. 581

104 Se nærmere om SPE'er under pkt. 5.6.2

105 Bet. 1498/2008, s. 747

De internationale regnskabsstandards (IAS, IFRS mv.) udvikles, redigeres og fortolkes af The International Accounting Standards Board (IASB)¹⁰⁶ under The IFRS Foundation¹⁰⁷.

Det følger udtrykkeligt af forarbejderne (bet. 1498/2008) til SL §§ 6 og 7, at det danske koncernbegreb *skal* fortolkes i overensstemmelse med IAS 27. Det er således IAS 27, der er "rettesnoren" for, hvordan koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 skal fortolkes.

Hvorfor vælger udvalget i bet. 1498/2008 at etablere så stærke bånd til IAS 27? Svaret på spørgsmålet fremgår af betænkningen, hvori udvalget bemærker, at der ikke findes et internationalt anerkendt koncernbegreb indenfor selskabsretten.

Når der læses mellem linjerne i bet. 1498/2008, kan man få den opfattelse, at udvalget har konkluderet, at når vi ikke kan få "det bedste" (et harmoniseret og internationalt anerkendt selskabsretligt koncernbegreb), så må vi leve med det "næstbedste" (ikke juridiske forskrifter, som regnskabsstandarden IAS 27).

Det er det internationale aspekt, der har været motivationen for, at det i bet. 1498/2008 er ønsket at knytte de stærke bånd til IAS 27. Da der ikke fandtes – og stadig ikke findes – et internationalt anerkendt selskabsretligt koncernbegreb, var IAS 27 formentlig det "næstbedste". Dette understreges særligt at udvalgets bemærkning på s. 747 i bet. 1498/2008:

"Baggrunden for bestemmelsens nye udfærdigelse er ønsket om at foretage en international tilpasning af bestemmelsen. Der foreligger ikke en international anerkendt koncerndefinition indenfor selskabsretten. Derfor er det naturligt at tage udgangspunkt i koncerndefinitionen i de internationale regnskabsstandards IFRS – International Financial Reporting Standards (og IAS International Accounting Standards – for tidligere standarder)."

Retspraksis fra andre stater, der vedrører IAS 27, vil således være fuldgode fortolkningsbidrag, når rækkevidden af SL §§ 6 og 7 skal afklares, idet koncernbegrebet i IAS 27 udvikles i regi af IASB, der har andre lande som medlemmer (medlemmer af IFRS) og som brugere af koncernbegrebet.

Endvidere bevirker den EU-retlige implementering af de internationale regnskabsstandards – med regnskabsretlig virkning for børsnoterede selskaber¹⁰⁸ – at der også fra denne kilde (EU-retten, herunder EUD) – potentielt – vil kunne fremkomme anvendelige fortolkningsbidrag.

IASB's kommentarer – de såkaldte "basis for conclusions" – til IAS 27, udgør ligeledes et væsentligt fortolkningsbidrag til forståelsen af det dan-

106 www.ifrs.org/The+organisation/Members+of+the+IASB/Members+of+the+IASB.htm

107 www.ifrs.org/The+organisation/IASCF+and+IASB.htm

108 Se nærmere om den regnskabsretlige virkning under pkt. 8.7.1

ske koncernbegreb, om end IASB's kommentarer til koncernbegrebet i IAS 27 er særdeles sparsomme.

4.9.1 Udarbejdelsen af regnskabsstandarden – ikke en demokratisk proces

Der skal rettes opmærksomhed mod, at Danmark ikke har delegeret en lovgivningskompetence til IASB. Udviklingen af IAS 27 (samt SIC-12) – og de øvrige internationale regnskabsstandarde – sorterer dog under IASB og ikke under de danske domstole.

Det er IASB, der udarbejder regnskabsstandarden, herunder IAS 27. IASB hører under IFRS, der er en privat organisation, der er hjemmehørende i London. IASB er sammensat af internationale regnskabseksperter.¹⁰⁹

Det er bemærkelsesværdigt, at vi i dansk ret udtrykkeligt har valgt, at det selskabsretlige koncernbegreb (og dermed indirekte koncernbegrebet på flere øvrige retsområder, herunder særligt sambeskatningsretten) er lagt i hænderne på en privat organisation, der end ikke er hjemmehørende i Danmark.

Det skal erindres, at det er IASB, der tager stilling til indholdet af regnskabsstandarden. Dog er der under IASB's arbejde med at udarbejde de enkelte regnskabsstandarde mulighed for, at fremkomme med bemærkninger til de af IASB offentliggjorte udkast til nye/reviderede regnskabsstandarde.

Det er imidlertid IASB, der har det sidste ord ved udarbejdelsen af regnskabsstandarden, og IASB er således ikke forpligtet til at indarbejde bemærkninger/forslag til ændringer fra regnskabskyndige, praktikere eller andre i de endelige regnskabsstandarde.¹¹⁰

Den proces, der pågår under udarbejdelsen af regnskabsstandarden, er derfor ikke en demokratisk proces.¹¹¹ Såfremt denne retstilstand ønskes ændret, vil det kræve af den danske lovgiver, at denne flytter det danske koncernbegreb på afstand af de internationale regnskabsstandarde.

Den danske lovgiver vil således opnå, at udviklingen i koncernbegrebet herefter styres af de danske domstole, i stedet for at denne styring er overladt til den private organisation IFRS Foundation, herunder IASB.

¹⁰⁹ Bet. 1498/2008, s. 930

¹¹⁰ IASB's manglende pligt til at efterkomme ønsker fra interessenter i forbindelse med udarbejdelsen af de enkelte standarde, ses i IASB's egen redegørelse i starten af de enkelte standarde. Der redegør IASB for, hvorfor de har disponeret, som de har gjort – hvorfor de har taget nogle af forslagene til efterretning, og hvorfor de har undladt at indarbejde andre

¹¹¹ Se om den udemokratiske proces, herunder om valg til IASB under pkt. 8.6 i denne fremstilling

En sådan afstandstagen fra de internationale regnskabsstandards vil dog stride mod den primære årsag til, hvorfor vi i dansk ret i første omgang har lagt os (meget tæt) op ad de internationale regnskabsstandards angående koncernbegrebet.

Den primære årsag var netop det internationale aspekt. Såfremt Danmark frigør sig fra udviklingen af koncernbegrebet under IAS 27, da vil Danmark – endnu engang – ende med at stå uden et internationalt anerkendt koncernbegreb og dermed særligt miste fordelene af gennemsigtighed imellem det danske og mange andre landes koncernbegreber.

5 IAS 27's ophør og introduktion af en ny og anderledes standard, IFRS 10, fra 1. januar 2013

I dette kapitel vil det nye koncernbegreb i IFRS 10 blive præsenteret og behandlet. IASB's motivation for at udarbejde et nyt koncernbegreb (IFRS 10) til afløsning af koncernbegrebet i IAS 27 vil også blive taget under behandling i kapitlet.

IASB's motivation udspringer af særligt 4 typesituationer, hvor en uensartet anvendelse af koncernbegrebet i IAS 27 er erfaret.¹¹² Disse 4 typesituationer tages nærmere under behandling i dette kapitel.

Ud over behandlingen af de 4 typesituationer vil der i dette kapitel desuden blive foretaget en behandling af de væsentligste forskelle mellem koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10. Denne behandling gennemføres med henblik på – så præcist som muligt – at kunne dokumentere **1)** på hvilken måde manglerne ved koncernbegrebet i IAS 27 er afhjulpel med IFRS 10 og **2)** nuancerne i koncernbegrebet i IFRS 10, herunder det endnu stærkere fokus på *realitet* frem for *formalitet* set i forhold til koncernbegrebet i IAS 27.

5.1 Motivationen for – og udarbejdelsen af – IFRS 10

IASB påbegyndte i juni 2003 et projekt omhandlende konsolidering,¹¹³ der skulle forbedre det eksisterende koncernbegreb i IAS 27 og SIC-12, herunder samle koncernbegrebet i én samlet IFRS, hvilken IFRS der ultimativt skulle erstatte IAS 27 og SIC-12.¹¹⁴

Arbejdet med at udforme et nyt koncernbegreb – og samle dette i én ny IFRS – er foranlediget af, at der i praksis ses at være en uensartet anvendelse af det eksisterende koncernbegreb, særligt for så vidt angår de såkaldte Special Purpose Entities (SPE'er).¹¹⁵

I forlængelse af den globale finansielle krise – samt på opfordring fra bl.a. Financial Stability Forum¹¹⁶ – valgte IASB i april 2008 at fremskynde projektet med udarbejdelse af én samlet IFRS om koncernbegrebet, og udsendte inden udgangen af 2008 et udkast (ED 10 – et såkaldt "exposure draft" til den nye IFRS 10) til én samlet IFRS standard på området.¹¹⁷

På samme tidspunkt pågik der i Danmark en opdatering/fornyelse af den danske selskabslov, der mundede ud i afgivelsen af bet. 1498 i november

112 BC IFRS 10, s. 5 (BC2)

113 BC ED 10, s. 5 (BC2)

114 ED 10, s. 5 (1) samt IFRS 10, s. 6 (IN2)

115 IFRS 10, s. 6 (IN3)

116 www.financialstabilityboard.org

117 ED 10, s. 5 (2)

2008. I denne betænkning er der imidlertid ikke taget højde for de fremskredne aktiviteter hos IASB i forhold til ét samlet nyt koncernbegreb, der såvel formelt som materielt afviger fra koncernbegrebet i IAS 27. I bet. 1498/2008 støttes det nye danske koncernbegreb på det ifølge IASB utilstrækkelige koncernbegreb i IAS 27.¹¹⁸

IASB's primære motivation for at udarbejde et nyt samlet koncernbegreb var den – i visse tilfælde – uensartede anvendelse af det eksisterende koncernbegreb (IAS 27). Som følge heraf fandt IASB, at der måtte foretages materielle ændringer af koncernbegrebet (IAS 27).¹¹⁹

ED 10 blev efterfulgt af den endelige udgave af IFRS 10 med tilhørende "basis for conclusions". "Basis for conclusions" indeholder IASB's egne bemærkninger om, hvordan relaterede bestemmelser (her bestemmelserne i IFRS 10) skal fortolkes.

IFRS 10 træder i kraft fra regnskabsperioder, der begynder den 1. januar 2013 eller derefter.¹²⁰ Fra dette tidspunkt er koncernbegrebet i IAS 27 således historie – erstattet af koncernbegrebet i IFRS 10.

5.2 IAS 27 contra IFRS 10

Ordlyden af den nugældende IAS 27 (der er forbillede for – og materielt identisk med – SL §§ 6 og 7) er som følger:

"Consolidated financial statements shall include all subsidiaries of the parent.

Control is presumed to exist when the parent owns, directly or indirectly through subsidiaries, more than half of the voting power of an entity unless, in exceptional circumstances, it can be clearly demonstrated that such ownership does not constitute control. Control also exists when the parent owns half or less of the voting power of an entity when there is:

Ovennævnte er formodningsreglen, hvorefter der som udgangspunkt foreligger en koncern, såfremt der består ejerskab over mere end halvdelen af stemmerettighederne i dattervirksomheden.

- a) power over more than half of the voting rights by virtue of an agreement with other investors;*
- b) power to govern the financial and operating policies of the entity under a statute or an agreement;*

118 Bet. 1498/2008, s. 746-750

119 ED 10, s. 5 (1)

120 IFRS 10, s. 6 (IN2)

- c) *power to appoint or remove the majority of the members of the board of directors or equivalent governing body and control of the entity is by that board or body; or*
- d) *power to cast the majority of votes at meetings of the board of directors or equivalent governing body and control of the entity is by that board or body.*¹²¹

Ovennævnte 4 opsamlingsbestemmelser er – som de er affattet i SL § 7, stk. 3, nr. 1-4 – nærmere behandlet under pkt. 4.1.2 ovenfor.

IFRS 10's ordlyd om koncernbegrebet er sålydende:

"An investor, regardless of the nature of its involvement with an entity (the investee), shall determine whether it is a parent by assessing whether it controls the investee.

An investor controls an investee when it is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee and has the ability to affect those returns through its power over the investee.

Det ses i den første del af koncernbegrebet i IFRS 10, at der for at etablere "control" (bestemmende indflydelse) kræves følgende 3 forhold opfyldt:

Thus, an investor controls an investee if and only if the investor has all the following:

- a) *power over the investee;*
- b) *exposure, or rights, to variable returns from its involvement with the investee; and*
- c) *the ability to use its power over the investee to affect the amount of the investor's returns.*¹²²

Ved en sammenligning af IAS 27 med IFRS 10 fremgår, at der er såvel formel som materiel forskel på de to standarder.

Ordlyden af SL §§ 6 og 7 ligger – som bekendt – meget tæt op ad ordlyden af IAS 27. Koncernbegrebet i IFRS 10 er i flere henseender udvidet i forhold til koncernbegrebet i IAS 27.

Koncernbegrebet i IFRS 10 er formuleret mere bredt end koncernbegrebet i IAS 27, ligesom det bemærkes, at ordlyden i IFRS 10 i sin helhed afviger fra ordlyden af IAS 27.

Det bør endvidere bemærkes, at koncernbegrebet i IFRS 10 – modsat koncernbegrebet i IAS 27 – ikke kræver et aftaleforhold, vedtægtsbestemmelse eller lignende.¹²³

121 IAS 27, s. 10 (12-13)

122 IFRS 10, s. 9 (5-7)

123 Dette forhold vil nærmere blive behandlet i denne fremstillings kap. 6

5.2.1 Investor/investee contra parent/subsidiary

I koncernbegrebet i IFRS 10 tages der udgangspunkt i et "investor"/"investee" forhold, der på dansk rimeligt kan oversættes til "investor"/"den der investeres i".

Begrebet "investee" i koncernbegrebet i IFRS 10 medfører dog ikke materiel forskel i forhold til begrebet "subsidiary" i IAS 27, idet en "investee" i relation til IFRS 10 er ensbetydende med en "subsidiary", såfremt der er etableret koncernforhold med et moderselskab ("parent").

"Investee" er således blot et udtryk for en virksomhed, hvorom det endnu ikke er afklaret, om den er koncernforbundet med et moderselskab ("parent").¹²⁴

Derfor kan definitionerne "investor"/"investee" finde anvendelse under vurderingen af, om der foreligger koncernforhold, og "parent"/"subsidiary" når det er afklaret, at der foreligger koncernforhold.

5.3 IAS 27 contra IFRS 10 – "control" er stadig udgangspunktet

"Control" (bestemmende indflydelse) er med IFRS 10 stadig udgangspunktet, når det skal vurderes, om der er etableret koncernforhold.¹²⁵ Dvs. det stadig er vurderingen af hvem, som kontrollerer (datter)virksomheden, der skal foretages ved undersøgelsen af, om der består koncernforhold.

I **SIC-12** er udgangspunktet for vurdering af koncernforhold afvejningen af gevinst og risiko ("risks and rewards").

SIC-12 er udformet med henblik på at regulere koncernbegrebet for det selskab, der har et særligt snævert og veldefineret formål (special purpose) – de såkaldte SPE'er. Med SIC-12 har det vist sig, at der er skabt en vis uensartethed i anvendelsen af begrebet. Dette bevirker mulighed for, at konstruere sig frem til nogle (for samfundet) ikke ønskede konstruktioner, når der ikke er tilstrækkelig afklaring om, hvordan koncernbegrebet (for SPE'er) skal finde anvendelse.

Denne uensartethed ved vurderingen af om der foreligger koncernforhold, var som nævnt et af motiverne til at revurdere koncernbegrebet i de internationale regnskabsstandarder. Målet var at skabe ét samlet begreb, der kan anvendes uanset selskabets opbygning ("selskabsskallen") og

¹²⁴ Se IFRS 10, s. 13, hvor en koncern (group) defineres som: "A parent and its subsidiaries"

¹²⁵ BC IFRS 10, s. 12 (BC29)

uanset hvilken virksomhed, der udøves i selskabet ("substansen" i selskabet).¹²⁶

Koncernbegrebet i **IAS 27** (og dermed koncernbegrebet i dansk selskabsret) er – som behandlet ovenfor i kap. 4 – opbygget med en formodningsregel og 4 opsamlingsbestemmelser.

Formodningsreglen indbefatter, at såfremt et selskab direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerne i (datter)virksomheden, foreligger der som udgangspunkt en koncern. I 4 andre tilfælde – opremset i IAS 27 (13)(a-d) samt i SL § 7, stk. 3, nr. 1-4 – foreligger der alligevel koncernforbindelse, selvom formodningsreglen om direkte eller indirekte ejerskab over mere end 50% af stemmerne i (datter)virksomheden ikke er opfyldt.

Koncernbegrebet i **IFRS 10** er – som ordlyden afslører – opbygget anderledes end koncernbegrebet i IAS 27. Koncernbegrebet i IFRS 10 opererer med mere vide begreber – dog stadig med afsæt i "control" (bestemmen- de indflydelse) som det afgørende kriterium. Spørgsmålet om hvornår der foreligger "control", skal afgøres ud fra 2. led i koncernbegrebet i IFRS 10, s. 9 (7):

"An investor controls an investee if and only if the investor has all the following:

- a) power over the investee*
- b) exposure, or rights, to variable returns from its involvement with the investee; and*
- c) the ability to use its power over the investee to affect the amount of the investor's returns."*

Der tages i koncernbegrebet i IFRS 10 ikke udtrykkeligt udgangspunkt i sondringen om ejerskab over mere eller mindre end 50% af stemmerne i (datter)virksomheden ved vurderingen af, om der foreligger koncernforhold.¹²⁷ I stedet opererer koncernbegrebet i IFRS 10 som nævnt med mere vide bestemmelser, hvis formål er – i endnu højere grad end koncernbestemmelserne i IAS 27 – at identificere den aktør, der reelt kontrollerer (datter)virksomheden.

¹²⁶ BC IFRS 10, s. 5-6 (BC2-BC4) samt BC IFRS 10, s. 12-15 (BC29-BC36)

¹²⁷ Se IFRS 10, s. 20 (B15) hvoraf fremgår, at stemmerettigheder er ét af de momenter, der har indflydelse på, om investoren kontrollerer virksomheden (investee)

5.4 IFRS 10 – "ability-metoden" contra "legal-metoden"

Koncernbegrebet i IFRS 10 er opfyldt, når følgende er iagttaget:

*"An investor controls an investee when it is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee and has the ability to affect those returns through its power over the investee."*¹²⁸

Koncernbegrebet i IFRS 10 kan angives som "ability-metoden" og koncernbegrebet i IAS 27 som "legal-metoden".¹²⁹

De nævnte definitioner kan begrundes med, at koncernbegrebet i IFRS 10 er afhængigt af det potentielle moderselskabs evne (ability) til at kontrollere dattervirksomheden. Derimod er koncernbegrebet i IAS 27 i højere grad præget af et kontraktforhold via **1)** ejerskab over stemmer, **2)** aftale eller vedtægt **3)** eller lignende, f.eks. en specifik vægtig ensidig kompetence.¹³⁰

Koncernbegrebet i IFRS 10 indbefatter også bidrag, der ikke nødvendigvis er relateret kontraktuelt til virksomheden eller kontraktuelt til andre virksomhedsdeltagere, idet etablering af et koncernforhold alene er afhængigt af, om investoren (det potentielle moderselskab) er **a)** eksponeret mod variabelt afkast fra virksomheden (variable returns) og **b)** besidder kompetencen til at have indflydelse på dette afkast (ability to affect those returns) **c)** via sin indflydelse på dattervirksomheden (through its power over the investee).

Der er således ikke i IFRS 10 "kantede" kriterier for at opfylde koncernbegrebet. Når det er nævnt, skal det samtidig have i mente, at langt hovedparten af samtlige koncernforhold etableres **I)** som følge af ejerskab over majoriteten af stemmerne eller **II)** via en kombination af ejerskab over en væsentlig (men ikke bestemmende) andel af stemmerne kombineret med en ejeraftale, hvor ejeraftalen medfører, at koncernforhold etableres, da moderselskabet – med ejeraftalen i hånden – kontrollerer dattervirksomheden.¹³¹

Ved disse – ofte forekomne – konstruktioner, vil der efter IAS 27 som efter IFRS 10 være etableret koncernforhold. Med andre ord – i de mest

128 IFRS 10, s. 9 (6)

129 Det bør bemærkes, at den anvendte terminologi – "ability-metoden" og "legal-metoden" – ikke er anerkendte begreber, men alene forfatterens betegnelser for hvad der også kunne benævnes "de iure" ("ability-metoden") og "de facto" ("legal-metoden")

130 En sådan specifik vægtig ensidig kompetence kan f.eks. være retten til at udpege og afsætte flertallet af medlemmerne i virksomhedens øverste ledelsesorgan

131 Typisk er der tale om de såkaldte "stemmebindingsaftaler" i ejeraftalen. Stemmebindingsaftaler benyttes oftere end alternativet "stemmeoverførselsaftaler". Ved stemmebindingsaftaler "bindes" ejeren/ejerne af de pågældende stemmer – aftaleretligt, men ikke selskabsretligt – til at stemme på en bestemt måde. Se nærmere herom Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 371

almindelige (og formodningsvist klart hyppigst forekommende) tilfælde – vil der efter begge standarder blive etableret koncernforbindelse.

5.4.1 Nærmere om ability-metoden contra legal-metoden

Som nævnt kan der argumenteres for, at der med koncernbegrebet i IFRS 10 er indført en ability-metode til afløsning for den metode, der kan kaldes legal-metoden i koncernbegrebet i IAS 27.

Ulempen ved ability-metoden er, at den kræver mere vurdering (judgement) sammenholdt med legal-metoden. Dette giver umiddelbart en lavere grad af retssikkerhed, da det ikke med samme tydelighed fremgår, hvornår der foreligger en koncern.

Modsat er der med IFRS 10 og BC IFRS 10 afgivet særdeles uddybende vejledning af IASB om, hvornår og hvordan bestemmelserne i IFRS 10 og BC IFRS 10 finder anvendelse. Den grundige vejledning givet af IASB i IFRS 10 og BC IFRS 10 må kunne konkluderes at opveje de uhensigtsmæssigheder, der er ved, at koncernbegrebet gøres mere abstrakt.

IFRS 10 – og ability-metoden – er således et udtryk for en retstilstand, hvor alle tænkelige bidrag kan medtages, da det er evnen til at kontrollere (udøve bestemmende indflydelse) over (datter)virksomheden, der er det afgørende moment, og denne evne kan ikke afgrænses til "en fast form" – en fast standard.

Ability-metoden er derfor meget dynamisk af natur, og er således til en vis grad fremtidssikret, idet metoden anses at kunne rumme også nye typer af konstruktioner, da metoden ikke er bundet op på selve konstruktionen (f.eks. retten til at udpege flertallet af den øverste ledelses medlemmer), men i stedet tager udgangspunkt i hvem – der ved den givne konstruktion – er i stand til (har evne til – "ability") at udøve bestemmende indflydelse ("control") over virksomheden.

Som følge heraf skal alle tænkelige bidrag medregnes i det nye koncernbegreb efter IFRS 10, herunder f.eks. "ikke-modne" optioner.¹³² Dette afviger fra IAS 27, der indeholder et mindre åbent koncernbegreb, hvor det er enkelte afgrænsede faktorer, der lægges til grund, når det skal vurderes, om der foreligger en koncern.

Det er endvidere virksomhedsejerne selv, der efter IFRS 10 har en selvstændig pligt til at iagttage og handle derefter, såfremt virksomheden indgår i et koncernforhold. Virksomhedsejerne skal således "ex officio"

¹³² IFRS 10, s. 17 (BC44). Se nærmere under pkt. 5.6.1.1 hvor der er opstillet et eksempel vedrørende de såkaldte "ikke-modne-optioner"

undersøge, om der er sket ændringer, der bevirker, at selskabet er trådt ind – eller trådt ud – af et koncernforhold.¹³³

Det er ikke en offentlig myndighed (f.eks. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), der orienterer om, at der nu foreligger et koncernforhold eller det modsatte. Pligten påhviler alene virksomhedsejerne.

5.4.2 Danmark kan med fordel oprette et "Koncernnævn" – særligt for styrkelse af retssikkerheden

Ud fra et retspolitisk synspunkt – en betragtning de lege ferenda – kan Danmark med fordel have et højt specialiseret nævn, der administrativt – uden at det ses at være nødvendigt med rekursadgang – kan tage stilling til, om der f.eks. selskabsretligt foreligger en koncern. Et sådant nævn kan tænkes som en slags "mini Fondsråd", der kan kaldes "Koncernnævnet".

Et sådant nævn ses at have en berettigelse, idet der er en række følger i forhold til at etablere koncern henholdsvis træde ud af et koncernforhold. Særligt sambeskatningsretligt ses dette at gøre sig gældende, jf. behandlingen under pkt. 4.6.2.

Et "Koncernnævn" kan også forbedre retssikkerheden for virksomhederne og deres rådgivere, således det med tilstrækkelig fasthed (sikkerhed) kan konkluderes, om der vitterligt foreligger koncernforbindelse. Et "Koncernnævn" – der som f.eks. Skatterådet – offentliggør deres afgørelser, vil desuden forbedre retsforudsigeligheden for virksomhederne og deres rådgivere.

5.5 Delelementerne af koncernbegrebet i IFRS 10

Det skal haves for øje, at kun – og alene kun – såfremt alle kravene i koncernbegrebet i IFRS 10 er opfyldt, foreligger der et koncernforhold, jf. IFRS 10, s. 9 (7).

Variable returns. Et potentielt moderselskab skal have eksponering mod risiko for tab og mulighed for gevinst (variable returns) for at have kontrol over en dattervirksomhed (subsidiary).

Hvis der ikke foreligger en sådan eksponering, er det potentielle moderselskab ikke i stand til at drage fordel af den indflydelse, som selskabet muligvis har, og kontrollerer derfor ikke dattervirksomheden.¹³⁴

133 IFRS 10, s. 9 (8). Denne pligt ses også at foreligge efter IAS 27. Forskellen er imidlertid, at det mere faste koncernbegreb i IAS 27 ikke overlader samme grad af vurdering (judgement) til virksomhedsejerne, hvorfor en afklaring af om der foreligger koncernforbindelse efter IFRS 10 – i nogle tilfælde – kan forekomme mere kompleks

134 BC IFRS 10, s. 13 (BC34)

Det er således ikke tilstrækkeligt for at etablere koncernforhold blot at besidde en stemmemajoritet – enten direkte eller indirekte, f.eks. via aftale – eller på anden måde have en form for kontrol over virksomheden, såfremt selskabet ikke er eksponeret mod risiko for tab og mulighed for gevinst. I langt de fleste tilfælde vil en besiddelse af stemmemajoriteten imidlertid medføre, at der består en sådan eksponering mod risiko for tab og mulighed for gevinst.

Det kan dog ikke udelukkes, at der f.eks. via aftale kan etableres en konstruktion, hvor det subjekt, der umiddelbart besidder stemmemajoriteten, hedger,¹³⁵ eller på anden måde undviger eksponering mod risiko for tab og mulighed for gevinst, hvorfor der – såfremt det fulde faktum klarlægges – ikke vil bestå koncernforhold mellem (proforma) besidderen af stemmemajoriteten og (datter)virksomheden.

Det skal bemærkes, at afkastet (return) ikke er begrænset til afkast på kapitalandele, men også kan omfatte eksempelvis renteindtægter på et udlån eller et præstationsbaseret vederlag knyttet til forvaltning af virksomhedens aktiver og passiver.¹³⁶

Som Jan Fedders bemærker i artiklen *Ny IFRS om konsolidering*, skal investors (det potentielle moderselskabs) eksponering i forhold til den aktivitet, der er indeholdt i (datter)virksomheden, indgå i vurderingen. Hvis en investor f.eks. har udlånt et beløb til en nødlidende virksomhed, er der en væsentlig risiko for, at investor ikke får sit fulde tilgodehavende retur.

Jan Fedders bemærker i samme artikel, at et sådant forhold vil kunne anses som værende et variabelt afkast. Såfremt udlånet i stedet foretages til en meget kreditværdig virksomhed, skal låneforholdet – af naturlige årsager – ikke tillægges den samme vægt.

Fra dansk ret kendes en lignende sondring mellem **1)** en "stille selskabsdeltager" og en **2)** "reel selskabsdeltager", hvor en "stille selskabsdeltager" er kendetegnende ved at være långiver – og ikke selskabsdeltager – hvorfor den stille selskabsdeltager ikke hæfter for selskabets forpligtelser og skattemæssigt kan fradrage tab på fordringen mod selskabet.

Den "reelle selskabsdeltager" er derimod – som betegnelsen allerede røber – selskabsdeltager, og hæfter således for selskabets forpligtelser (en-

135 Begrebet "at hedge" skal forstås som afdækning af risiko. En afdækning af risiko, hvor moder køber en art forsikring hos tredjemand for at foretage risikoafdækning i forhold til datter, ses ikke at kunne ændre på vurderingen af eventuelt koncernforhold, idet præmien på en sådan forsikring vil være under indflydelse af udviklingen i datter. Derimod kan en art hedging f.eks. tænkes, hvor investor 1 aftaler med investor 2, at investor 2 skal påtage sig risikoen for en negativ udvikling i datter, for at investor 1 overhovedet vil foretage en investering i datter. En sådan aftale kan fremgå af en ejeraftale mellem investor 1 og investor 2

136 Se Jan Fedders i *Ny IFRS om konsolidering*

ten begrænset eller ubegrænset). Den reelle selskabsdeltager har ikke fradrag for tab på deltagerens andel af (selskabs)kapitalen.¹³⁷

Konvertible lån, hvor konverteringskursen (strike price) lægger fast, anføres også – med rette – af Jan Fedders, som værende et eksempel på et forhold, der kan opfylde kravet om risikoeksponering i koncernbegrebet i IFRS 10.¹³⁸

Ability to affect those returns. Et potentielt moderselskab skal have evnen til at udøve indflydelse på (datter)virksomheden. Om denne evne så faktisk udnyttes, er ikke et afgørende kriterium, men kan være et moment, der taler for, at investoren – såfremt f.eks. stemmerne er fordelt på en del andre investorer, og ingen af dem har stemmemajoriteten – ikke er koncernforbundet med virksomheden ud fra en passivitetsbetragtning.

I BC IFRS 10, s. 18 (BC52) er nævnt et eksempel, hvorefter en investor, der besidder 70% af stemmerne, men ikke aktivt udnytter stemmeretterne, stadig har evnen til at udøve bestemmende indflydelse, uanset at investoren forholder sig passivt. Dvs. investoren anses i dette eksempel for stadig at have indflydelse over (datter)virksomheden.

"Ability" foreligger, såfremt investoren (det potentielle moderselskab) kan udøve indflydelse på størrelsen af afkastet fra (datter)virksomheden. Der skal være en direkte sammenhæng mellem investors beslutningskompetence og afkastet.

Det er således et afgørende kriterium, om investor besidder kompetence til at træffe beslutninger, der væsentligt kan påvirke virksomhedens afkast, og at der ikke er andre, som umiddelbart kan fratage investoren denne beslutningskompetence.

Det ses med visse virksomhedsstrukturer, at der under selve driften af virksomheden kun er begrænsede forhold, der skal reguleres af løbende beslutninger. Sådanne virksomheder er typisk kendetegnede ved, at driften af virksomheden/virksomhedens "liv", er besluttet allerede ved dannelsen af virksomheden. En sådan virksomhedsstruktur forekommer ofte i de såkaldte SPE'er.¹³⁹

I vurderingen skal som en selvfølge også inddrages hvem, der ultimativt er i stand til at træffe beslutninger om virksomhedens drift, såfremt denne ret ikke er fralagt allerede ved etableringen af virksomheden – som det eksempelvis sker ved etableringen af nogle SPE'er. Hvem kan beslutte at likvidere virksomheden (selskabet), ændre kapitalforholdene, udskifte ledelsen, ændre formålet, udlodde udbytte mv.? Det er nogle af de spørgsmål, der skal afklares i denne sammenhæng.

137 Werlauff behandler i *Selskabsret*, 8. udg., s. 52 ff. forskellen mellem "stille" selskabsdeltagelse og "reel" selskabsdeltagelse. Forfatteren henviser til flere afgørelser på området, herunder U.1959.351H samt U.1961.255Ø

138 BC IFRS 10, s. 34 (BC124)

139 Se nærmere om sådanne virksomheder under pkt. 5.6.2

Et andet eksempel kan være agentforhold, hvor det skal afklares, om agenten besidder tilstrækkelig med uhindret beslutningskompetence til, at agenten kan kvalificeres som principal (og dermed moderselskab, såfremt agenten er etableret som et selskab).¹⁴⁰

Power over the investee. Såfremt investoren (det potentielle moderselskab) kan (har evnen til at) styre de aktiviteter, der har den største indflydelse på (datter)virksomhedens afkast, foreligger der "power".¹⁴¹

Begrebet "power" må ikke her forveksles med "control" (bestemmende indflydelse), idet "control" er en samlet betegnelse for, at investor:

*"controls an investee when it is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee and has the ability to affect those returns through its power over the investee."*¹⁴²

Investor har "power", såfremt investor uhindret kan udøve "kontrollerende" rettigheder, som f.eks. at få – eller undlade at få – (datter)virksomheden til at indgå i større transaktioner, som investoren (det potentielle moderselskab) har interesse i. Det kan også være retten til at udpege og afsætte flertallet af medlemmerne i (datter)virksomhedens øverste ledelsesorgan. Ligeledes kan det også være retten til at allokere adgangen til "power" over (datter)virksomheden til en tredjemand, samt senere igen at kunne fratage tredjemanden denne "power".

Sammenfattende kan det anføres, at samtlige tre forhold ("variable returns", "ability" og "power") skal være opfyldt, for at der foreligger koncernforbindelse efter koncernbegrebet i IFRS 10. Det er således ikke tilstrækkeligt for en investor blot at besidde "power" og eksponering mod "variable returns". Investoren skal også samtidig opfylde kravet om "ability", for at der kan statueres koncernforbindelse.

5.6 4 typesituationer – hvor uensartet anvendelse har fundet sted

I BC IFRS 10, s. 5 (BC2) har IASB opremset 4 typesituationer, hvor erfaring har vist, at der er sket varierende (uensartet) anvendelse af koncernbegrebet i IAS 27.¹⁴³ Det er interessant at belyse netop de 4 typesituationer, idet disse har været den primære faktor for ændringen af koncernbegrebet (fra IAS 27 til IFRS 10).¹⁴⁴

140 Se nærmere om agentforhold under pkt. 5.6.3

141 IFRS 10, s. 10 (10)

142 IFRS 10, s. 9 (6)

143 BC IFRS 10, s. 5 (BC2)

144 BC IFRS 10, s. 5 (BC2)

De 4 typesituationer er følgende:

Entities varied in their application of the control concept:

- a) *in circumstances in which an investor controls an investee but the investor has less than a majority of the voting rights of the investee (and voting rights are clearly the basis for control).*
- b) *in circumstances involving special purpose entities (to which the notion of "economic substance" in SIC-12 applied).*
- c) *in circumstances involving agency relationships.*
- d) *in circumstances involving protective rights.*

Til IAS 27 er der ikke udarbejdet en udførlig vejledning, om hvordan ovennævnte 4 forhold skal fortolkes. Med IFRS 10 og BC IFRS 10 er der udarbejdet bemærkninger, der skal medvirke til forståelsen af, hvornår der foreligger et koncernforhold og vice versa.

5.6.1 Ad a: Mindre end majoriteten af stemmerne (less than a majority of the voting rights)

I de tilfælde hvor en investor besidder mere end 50% af stemmerne i virksomheden – og der ellers ikke er andre særlige forhold, der gør sig gældende – er det åbenlyst, at der både foreligger et koncernforhold efter såvel IAS 27 som efter IFRS 10.

Det er imidlertid ofte situationen, at ikke én kapitalejer alene besidder majoriteten af stemmerne. Det skal i så fald undersøges, om der i stedet forligger en de facto "control" (de facto bestemmende indflydelse) hos den investor, der via ejerskab og/eller aftale besidder en væsentlig del af stemmerne.

I IFRS 10, s. 31, fremføres et eksempel, hvor en investor besidder 48% af stemmerne, og de resterende stemmer er fordelt på mange småkapitalejere, der ikke hver besidder over 1% af stemmerne, ligesom der ikke gør sig særlige forhold gældende for ejerskabet over – eller ledelsen af – virksomheden. I en sådan situation foreligger der koncernforbindelse mellem besidderen af de 48% af stemmerne og virksomheden som følge af de facto "control" (de facto bestemmende indflydelse).

Såfremt eksemplet modificeres, således at investoren – i stedet for 48% – kun besidder 45% af stemmerne, og at der derudover er to kapitalejere, der hver besidder 26% af stemmerne, og yderligere 3 kapitalejere, der hver besidder 1% af de resterende stemmer, forligger der ikke koncernforbindelse mellem besidderen af de 48% af stemmerne og virksomheden.

Som følge af den relativt store koncentration af stemmer hos de to kapitalejere, der hver ejer 26% af stemmerne, findes der nu ikke at være koncernforbindelse mellem besidderen af de 48% af stemmerne og virksomheden.

Det fremgår af IFRS 10, s. 32 (B46), at såfremt det ikke er tydeligt, at investoren (der besidder under 50% af stemmerne) har "power", har investoren ikke "control" (bestemmende indflydelse) over (datter)virksomheden. Dvs., hvis det populært sagt ligger på vippen, om investoren har "power", da kan der slutes, at investoren ikke har "control" (bestemmende indflydelse) over virksomheden.

5.6.1.1 Potentielle stemmerettigheder

Der ses – for så vidt angår potentielle stemmerettigheder (optioner) – at være signifikant forskel på, hvordan potentielle stemmerettigheder behandles efter koncernbegrebet i IAS 27 sammenholdt med koncernbegrebet i IFRS 10.

I IAS 27 gælder, at optionerne skal være *aktuelle* for at blive medregnet ved vurderingen af eventuel koncernforbindelse. Dvs. optionerne skal uden videre kunne realiseres. Dette krav findes ikke i IFRS 10. I IFRS 10 tages der således højde for såkaldte "ikke-modne" optioner, hvorfor disse også skal tillægges en relativ vægt ved vurderingen af, om der foreligger koncernforhold.¹⁴⁵

I IFRS 10 antages dermed en mere holistisk vinkel vedrørende potentielle stemmerettigheder. Dette er således modsat koncernbegrebet i IAS 27, hvor kun aktuelle optioner skal medregnes.

Nu følger det direkte af IFRS 10,¹⁴⁶ at der ved vurderingen af eventuel koncernforbindelse skal tages højde for potentielle stemmerettigheder – også "ikke-aktuelle" optioner. Det skal vurderes, om disse potentielle stemmerettigheder (optioner) reelt er med til at bevirke "control" (bestemmende indflydelse) for investoren (det potentielle moderselskab).

Som et eksempel fra den danske skatteretlige administrative praksis kan der henvises til afgørelsen SKM2011.42.SR.¹⁴⁷ I denne sag blev der af Skatterådet – i et bindende svar – svaret bekræftende på, at der består koncernforhold mellem A ApS og Y A/S fra den dato, hvor Y A/S opnår 51% af stemmerettighederne i A ApS ved udnyttelse af warrants i A ApS.

Den anden kapitalejer i A ApS – B ApS – havde sammen med Y A/S indgået en ejeraftale ved Y A/S' udnyttelse af warrants, der gav B ApS en række vetorettigheder i A ApS som f.eks. indskrænkninger i eller udvidelse af aktiviteten i A ApS, afståelse af aktiver i A ApS til en af parterne eller til et datterselskab heraf, indgåelse af joint ventures mv., udlodning af udbytte, frivillig likvidation, indgivelse af konkursbegæring og betalingsstandsning.

Skatterådet fandt, at disse vetorettigheder ikke væsentligt ville begrænse Y A/S' reelle indflydelse på A ApS' økonomiske og driftsmæssige beslut-

145 Se eksemplerne 3A-3D i IFRS 10, s. 24-25

146 BC IFRS 10, s. 32-34 (BC112-124)

147 Afgørelsen er ligeledes behandlet i denne fremstilling under pkt. 4.6.2

ninger. Derfor fandt Skatterådet, at der forelå en koncern, hvorfor selskaberne var tvunget at sambeskatte, jf. SEL § 31.

Det står klart, at det bindende svar er "helt efter bogen", såfremt der tages udgangspunkt i IAS 27. Den samme konklusion nås dog ikke, hvis der tages udgangspunkt i koncernbegrebet i IFRS 10. Som behandlet ovenfor, skal også "ikke-aktuelle" ("ikke-modne") optioner tillægges vægt efter koncernbegrebet i IFRS 10.

Som følge heraf kan det sammenfattes, at såfremt koncernbegrebet i IAS 27 lægges til grund, er det først ved den *aktuelle* udnyttelse af optionerne, at der etableres koncernforbindelse. Efter koncernbegrebet i IFRS 10 kan koncernforbindelsen allerede være etableret ved den blotte besiddelse af de optioner, der senere kan medvirke til kontrol over en majoritet af stemmerne. Her består således en markant forskel på de to koncernbegreber.

Såfremt der tages udgangspunkt i IFRS 10 i relation til den ovenfor refererede afgørelse (SKM2011.42.SR), ville Y A/S have været tvunget at sambeskatte med A ApS allerede fra erhvervelsen af optionerne, idet optionerne – ved udnyttelse ("exercise") – ville medføre bestemmende indflydelse ("control"-begrebet i IFRS 10) for Y A/S over A ApS. De skatteretlige (sambeskatningsretlige) følger af det ændrede koncernbegreb (fra IAS 27 til IFRS 10) er her meget tydelige.

Der kan også henvises til en børsretlig afgørelse, U.1999.727H, *Progress*, (dissens 3-2) der behandler spørgsmålet om bestemmende indflydelse i relation til at ifalde tilbudspligt.¹⁴⁸ I U.1999.727H, *Progress*, fandt Højesteret, at der som følge af et ejerskab til 35% af stemmerne og en option på yderligere 40% af aktierne (og formodningsvist 40% af stemmerne), det:

"ubetænkeligt at lægge til grund, at aktiehandlen indebar, at Seaway [køberselskabet] kunne vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i Progress [target-selskabet], og dermed gav Seaway faktisk kontrol over selskabet [target-selskabet]." [mine bemærkninger]

Adgangen til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i et selskab var på tidspunktet for tvisten i U.1999.727H, *Progress*, et af kriterierne for at etablere bestemmende indflydelse – og dermed udløse tilbudspligt.¹⁴⁹

Denne adgang går igen i de nugældende regler, idet der i VPHL § 31, stk. 3, nr. 3 er hjemmel til at statuere bestemmende indflydelse netop som følge af adgangen til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan (f.eks. en bestyrelse – som i U.1999.727H, *Progress*). Denne bestemmelse er i øvrigt identisk med SL § 7, stk. 3, nr. 3.

Optionen var et afgørende moment i U.1999.727H, *Progress*, idet optionen var udslagsgivende for, at Seaway (køberselskabet) opnåede bestemmende indflydelse over target-selskabet Progress. Optionen i U.1999.727H,

148 Schaumburg-Müller og Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 408

149 Schaumburg-Müller og Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 406

Progress, må kunne kvalificeres som "moden", idet der ikke er oplyst om suspensive forhold.¹⁵⁰

Et andet element, der tillægges vægt i IFRS 10 er, om de potentielle stemmerettigheder (optionerne) er "in the money" eller "out of the money".¹⁵¹ Om optionerne er "in the money" eller "out of the money" kan dog ikke stå alene, idet der kan være andre faktorer, der gør sig gældende, f.eks. om investor kan opnå visse synergier. Det kan være økonomisk synergi og/eller synergi således, at investor opnår magt – evt. bestemmende indflydelse over virksomheden, hvortil optionerne er knyttet.

5.6.1.2 Formålet med – og designet af – virksomheden

Formålet med og designet af (datter)virksomheden spiller også en rolle, når det efter IFRS 10 skal vurderes, om der foreligger en koncern.¹⁵² F.eks. kan en virksomhed være struktureret på en sådan måde, at stemmerne ikke i sig selv medfører kontrol. Dette kan være tilfældet, såfremt stemmerne kun giver adgang til at regulere administrative forhold, og de egentlig aktiviteter i virksomheden er forudbestemt ved aftale.¹⁵³ Dette scenarie kan f.eks. være tilfældet ved SPE-konstruktioner, jf. nærmere herom nedenfor under punkt 5.6.2.

Dvs. at i mere komplekse tilfælde skal det gøres til genstand for overvejelser, om den måde hvorpå virksomheden er designet/struktureret, spiller en rolle i forhold til at fastslå hvem, der besidder kontrollen over virksomheden, ligesom der skal tages hensyn til formålet med at etablere virksomheden.¹⁵⁴

Majoriteten af stemmerne medfører som udgangspunkt etablering af koncernforbindelse. IASB opremser i IFRS 10, s. 21 (B18-B19) en række forskellige momenter, der hver kan have indflydelse på, om der er etableret koncernforhold.

150 Det følger BC IFRS 10, s. 32 (BC113), at der i koncernbegrebet i IAS 27 er krav om, at optioner skal være "currently exercisable or convertible" (som i U.1999.727H, *Progress*) for at blive tillagt vægt ved vurderingen af, om der foreligger koncernforbindelse. Samme sted anføres, at der ikke er det samme krav i koncernbegrebet i IFRS 10. Såfremt der havde været (suspensive) forhold i U.1999.727H, *Progress*, der havde bevirket, at optionen ikke umiddelbart kunne udnyttes, da vil den samme option efter IFRS 10 – efter en konkret vurdering – alligevel kunne medføre, at der forelå bestemmende indflydelse, idet "ikke-modne" optioner i koncernbegrebet i IFRS 10 ikke automatisk "diskvalificeres", som tilfældet er med "ikke-modne" optioner efter koncernbegrebet i IAS 27

151 Hermed skal forstås, om optionerne kan realiseres med økonomisk gevinst ("in the money") – eller økonomisk tab ("out of the money") – for optionsholderen

152 IFRS 10, s. 16 (B5-B8)

153 IFRS 10, s. 16 (B8)

154 IFRS 10, s. 16 (B7)

Det er således her på sin plads at benytte frasen om, at det kræver en konkret vurdering at identificere det subjekt, der reelt besidder den bestemmende indflydelse over (datter)virksomheden.

5.6.2 Ad b: SPE'er (special purpose entities)

For SPE'er (Special Purpose Entities)¹⁵⁵ skal der – i relation til vurderingen af eventuel koncernforbindelse – tages højde for SPE'ernes særlige struktur. I et sådant snævert formålsbestemt selskab foretages ofte f.eks. securitisation¹⁵⁶, leasing, anden form for finansiering eller lignende. Stemmerettighederne til et sådant selskab medfører ikke nødvendigvis de nødvendige beføjelser for en investor til at det kan konkluderes, at et ejerskab af over 50% af stemmerne bevirker koncernforbindelse.

Et SPE er ofte karakteriseret ved, at selskabets fremtidige virke i væsentlige træk forudbestemmes allerede ved selskabets etablering, og at stemmerettighederne under selskabets eksistens alene giver adgang til at regulere forhold af mere administrativ karakter.

Disse SPE'er afviger således væsentligt fra virksomheder med en "almindelig" opsætning/regulering, idet SPE'ernes fremadrettede aktiviteter pr. definition har et snævert formål tillige generelt med rammer reguleret i det væsentligste allerede ved selskabets etablering.

SPE-strukturen er ikke nærmere defineret i SIC-12. I SIC-12 (8) anføres blot kriteriet for, hvornår der foreligger en koncern, når der er tale om et SPE som (datter)virksomhed.¹⁵⁷ Dette kriterium er følgende:

"An SPE shall be consolidated when the substance of the relationship between an entity and the SPE indicates that the SPE is controlled by that entity."

IASB har i SIC-12 (10) opremset 4 typetilfælde, der kan indikere koncernforbindelse, der samtidig er forhold, der ikke ses dækket direkte af koncernbegrebet i IAS 27. SIC-12 er dog et fortolkningsbidrag til IAS 27, hvorfor de nævnte 4 typetilfælde alligevel er at betragte som værende omfattet af IAS 27.

155 IFRS 10, s. 6 (IN4). SPE'er benævnes også under tiden Special Purpose Vehicles (SPV'er). Det er blot to ord for det samme

156 Det danske realkreditmarked er et eksempel på securitisation. Pantebreve i faste ejendomme bliver puljet hos realkreditforeningerne/selskaberne, der på baggrund af pantebrevene udsteder obligationer. Se artikel om securitisation af Jens Poulsen i *Finans Fokus*, nr. 2, juni 2000. Se tillige nærmere om begrebet securitisation i *Kreditretten*, s. 252 ff., af Lynge Andersen og Werlauff

157 I BC SIC-12 er der sparsomt opremset – i overskrifter – nogle forhold, der kan bevirke koncernforbindelse, uden at dette materiale dog på nogen måde virker fyldestgørende

De 4 typetilfælde er:

- a) *in substance, the activities of the SPE are being conducted on behalf of the entity according to its specific business needs so that the entity obtains benefits from the SPE's operation;*
- b) *in substance, the entity has the decision-making powers to obtain the majority of the benefits of the activities of the SPE or, by setting up an 'autopilot' mechanism, the entity has delegated these decision-making powers;*
- c) *in substance, the entity has rights to obtain the majority of the benefits of the SPE and therefore may be exposed to risks incident to the activities of the SPE; or*
- d) *in substance, the entity retains the majority of the residual or ownership risks related to the SPE or its assets in order to obtain benefits from its activities.*

De 4 typetilfælde (a-d) er alle kendetegnende ved, at de omhandler et ønske om at afsøge for "realiteten" (in substance). De 4 typetilfælde er desuden kendetegnede ved, at de alle omhandler en fordeling af risiko og/eller mulighed for gevinst, og således har mindre fokus på "kontrol" end det primære koncernbegreb i IAS 27.^{158, 159}

5.6.2.1 Securitisation via et SPE

For et SPE, som her har til formål at gennemføre securitisation, kan det diskuteres, om der er mulighed/risiko for, at der etableres koncernforbindelse mellem originatoren (virksomheden, der ønsker securitisation-forretningen) eller andre medvirkende (f.eks. en bank) og SPE'et ud fra koncernbegrebet i IFRS 10.

TfS 2000, 209 LSK omhandler securitisation, hvor Nordea havde medvirket til sådanne forretninger i år 1995-1997 og igen i år 2000. I afgørelsen blev det lagt til grund, at der var opretholdt en sikker adskillelse mellem Nordea og originatoren på den ene side og SPE'et m.fl. på den anden side.

Såfremt originatoren og/eller rådgivere (her Nordea) ikke opnår kontrol som anført i IFRS 10, s. 9 (5-7), vil afgørelsen i TfS 2000, 209 LSK ikke skulle falde anderledes ud efter IFRS 10. Det er med andre ord realiteten i kontrollen, der er det afgørende moment.

158 Se IFRS 10, s. 6 (IN4) hvoraf fremgår, at "risiko/gevinst"-forholdet vægtes højere i SIC-12 end i IAS 27, hvor det i forhold til sidstnævnte er spørgsmålet om der foreligger kontrol, der tillægges den største vægt

159 Betegnelsen "det primære koncernbegreb" skal forstås således, at SIC-12 er et fortolkningsbidrag til IAS 27. SIC-12 omhandler SPE'er, herunder hvilke kriterier, der skal opfyldes, for at et SPE indgår i et koncernforhold – der i øvrigt er reguleret af IAS 27. Koncernbegrebet i SIC-12 er således sekundært i forhold til det primære koncernbegreb i IAS 27

Det nye koncernbegreb i IFRS 10 søger at afhjælpe en uensartethed i anvendelsen af koncernbegrebet i relation til SPE'er. Dette søges gjort ved at formulere koncernbegrebet med brede bestemmelser og derved søge at identificere det subjekt, der i realiteten kontrollerer SPE'et. Dette er således forskelligt fra det særskilte fortolkningsbidrag i SIC-12 til koncernbegrebet i IAS 27.

SIC-12 fokuserer i det væsentligste på en fordeling af risiko for tab og mulighed for gevinst. Ved det nye koncernbegreb i IFRS 10 skal SPE'er ikke vurderes efter noget særskilt bidrag (som f.eks. SIC-12 til IAS 27), men i stedet – som alle andre virksomheder (selskaber) – vurderes efter den nye "kontrolbetingelse" i IFRS 10.

5.6.3 Ad c: Agentforhold (agency relationships)

En agent kan være såvel en fysisk person som en juridisk person. Udfordringen med at afklare agentens rolle opstår i den situation, hvor en tredjemand (agenten) er blevet delegeret beslutningskompetence (decision-making authority) over en virksomhed (investee).

En beslutningstager – der f.eks. har opnået kompetence via delegation – skal, ifølge IFRS 10, s. 37 (B60), særligt have følgende forhold in mente, når det vurderes, om beslutningstageren er at betragte som en agent eller at betragte som en principal (potentielt moderselskab):

- a) *the scope of its decision-making authority over the investee*
- b) *the rights held by other parties*
- c) *the remuneration to which it is entitled in accordance with the remuneration agreement(s)*
- d) *the decision maker's exposure to variability of returns from other interests that it holds in the investee*

Ved vurderingen af om der foreligger koncernforhold – dvs. ved vurderingen af om beslutningstageren er en agent eller et potentielt moderselskab – skal der ske en differentieret vægtning af de enkelte faktorer (a-d) på baggrund af relevant faktum og omstændighederne i øvrigt.¹⁶⁰ Såfremt det er åbenbart, at særligt ét af de nævnte kriterier i den konkrete sammenhæng er udslagsgivende, da skal dette kriterium tillægges en forholdsvis større vægtning.

Ad a: Det skal vurderes, hvor lang rækkevidde beslutningskompetencen har. Jo længere rækkevidde, jo stærke beslutningskompetence. Endvidere skal det indgå i vurderingen, om der er særlige restriktioner, forholdsregler eller andet, som beslutningstageren skal iagttage ved udøvelsen af beslutningskompetencen. Jo mere frit beslutningstageren kan træffe beslutninger, jo stærkere er kompetencen.

160 IFRS 10, s. 37-38 (B60)

Det skal endvidere indgå i vurderingen, hvordan det organ – hvorigennem virksomheden udøves (investee) – er designet. Her skal det særligt iagttages, om beslutningstageren har medvirket til designet af virksomheden (selskabet), og derigennem har haft mulighed for at præge opbygningen af virksomheden ("virksomhedsskallen"/"selskabsskallen") samt hvilke aktiviteter, der skal udøves ("substansen") i virksomheden, og hvordan de skal udøves.¹⁶¹

Ad b: Såfremt en anden part (f.eks. en investor) er berettiget til at fratage beslutningstageren beslutningskompetence, kan det allerede på denne baggrund konkluderes, at beslutningstageren er at betragte som en agent.¹⁶² Såfremt denne ret til at fratage beslutningstageren beslutningskompetence er delt mellem flere parter, reduceres intensiteten, og det kan ikke alene på denne baggrund afgøres, om beslutningstageren er en agent eller en principal (potentielt moderselskab).

Såfremt beslutningstageren som udgangspunkt skal indhente accept fra en eller flere af de øvrige parter, forud for at en beslutning træffes, er der som overvejende hovedregel tale om et agentforhold. Dvs. restriktioner i friheden til at træffe beslutninger (selvfølgelig) spiller ind.¹⁶³

Ad c: Såfremt aflønningen af beslutningstageren sker på baggrund af en markedspris for den ydelse, som beslutningstageren leverer, og at øvrige kontraktforhold vedrørende samme er markedskonforme, da taler det for, at der foreligger et agentforhold.

Forannævnte er en betingelse for, at der kan være tale om en agent, men betyder omvendt ikke, at opfyldelse af forholdene med sikkerhed fastslår agentstatus.¹⁶⁴ Hvis beslutningstageren i modsat fald bliver økonomisk kompenseret afhængigt af udviklingen i aktiviteterne i virksomheden (investee), taler det for, at beslutningstageren er en principal (potentielt moderselskab).

Det bør bemærkes, at en markedskonform aflønning godt kan være identisk med en aflønning, der varierer i takt med virksomhedens præstationer (variabel aflønning). Et tydeligt eksempel herpå er formueforvaltere, der i høj grad aflønnes (modtager et fee/honorar) efter virksomhedens udvikling (formuetilvækst). Der er dog også en (branche)standard for, hvor stor en del af en formueforvalters aflønning, der er variabel.

Såfremt der brydes med denne standard, kan det have indvirkning på bedømmelsen af formueforvalterens forhold (agent eller principal), til det selskab hvorigennem formueforvaltningen foretages, jf. eksemplet umiddelbart nedenfor med "fund manageren".

Ad d: Når det skal vurderes, om der foreligger et agentforhold, skal samtlige økonomiske forhold mellem beslutningstageren og virksomheden (in-

161 IFRS 10, s. 38 (B63)

162 IFRS 10, s. 38 (B65)

163 IFRS 10, s. 39 (B66)

164 IFRS 10, s. 39 (B70)

vestee) tages i betragtning. Dette indbefatter beslutningstagerens eventuelle egne investeringer i virksomheden, beslutningstagerens aflønning for at agere beslutningstager mv. I jo højere grad disse økonomiske forhold korrelerer med virksomhedens udvikling, jo mere taler det for, at beslutningstageren er en principal (potentielt moderselskab).

Foreløbigt kan det kort konkluderes, at spørgsmålet om beslutningstageren er at betragte som en agent eller en principal (potentielt moderselskab), afgøres af en flerhed af momenter.

5.6.3.1 Er beslutningstageren agent eller principal?

Konklusionen i afsnittet lige ovenfor kan ses eksemplificeret i det følgende. Eksemplet er hentet fra IFRS 10, s. 40 (eksempel 13), og er som følger:

"A decision maker (fund manager) establishes, markets and manages a publicly traded, regulated fund according to narrowly defined parameters set out in the investment mandate as required by its local laws and regulations. The fund was marketed to investors as an investment in a diversified portfolio of equity securities of publicly traded entities. Within the defined parameters, the fund manager has discretion about the assets in which to invest. The fund manager has made a 10 per cent pro rata investment in the fund and receives a market-based fee for its services equal to 1 per cent of the net asset value of the fund. The fees are commensurate with the services provided. The fund manager does not have any obligation to fund losses beyond its 10 per cent investment. The fund is not required to establish, and has not established, an independent board of directors. The investors do not hold any substantive rights that would affect the decision-making authority of the fund manager, but can redeem their interests within particular limits set by the fund.

"Fund manageren" besidder en 10% ejerandel, og hæfter ikke ud over denne ejerandel, idet "fund manageren" ikke er forpligtet til at dække tab. Det ses endvidere, at fund manageren – indenfor et specifikt mandat – kan træffe beslutninger vedrørende fonden, uden at de øvrige investorer umiddelbart kan gribe ind. Det oplyses desuden, at fund manageren modtager et markedsbaseret honorar for sin ydelse.

Although operating within the parameters set out in the investment mandate and in accordance with the regulatory requirements, the fund manager has decision-making rights that give it the current ability to direct the relevant activities of the fund—the investors do not hold substantive rights that could affect the fund manager's decision-making authority. The fund manager receives a market-based fee for its services that is commensurate with the services provided and has also made a pro rata investment in the fund. The remuneration and its investment expose the fund manager to variability of returns from the activities of the fund without creating exposure that is of such significance that it indicates that the fund manager is a principal.

Det ses, at fund managerens aflønning – sammenholdt med fund managerens egen investering i fonden – bevirker, at fund manageren er eksponeret overfor et variabelt afkast fra fonden, men denne eksponering findes ikke at være tilstrækkelig høj.

In this example, consideration of the fund manager's exposure to variability of returns from the fund together with its decision-making authority within restricted parameters indicates that the fund manager is an agent. Thus, the fund manager concludes that it does not control the fund."

Det kan af det citerede eksempel fra IASB udledes, at fund managerens aflønning (remuneration) samt beslutningsmandat sammenholdt med fund managerens egen investering i fonden bevirker, at der foreligger et agentforhold, hvorfor fund manageren ikke er koncernforbundet med fonden.

Aflønningen af fund manageren har ikke indflydelse på hvordan fonden *kan drives*, men må omvendt kunne erklæres, at have en vis indflydelse på hvordan fonden *bliver drevet*, idet beslutningstagerens (fund managerens) eget risikobillede her skal inddrages. IASB's rangorden må konkluderes at være plausible, idet netop beslutningstagerens økonomiske resultat i forbindelse med hvervet må skulle vægtes.

Det kan sammenfattes, at såfremt beslutningstageren (fund manageren) i det konkrete eksempel ovenfor havde **1)** en beslutningskompetence, der rakte ud over at udvælge særlige typer af investeringsaktiver, f.eks. kompetence til at vælge visse alternative investeringsaktiver, samt **2)** at beslutningstageren selv havde foretaget en større investering i virksomheden tillige med at beslutningstageren havde en aflønning, der var mere variabel – og dermed i højere grad havde været eksponeret mod virksomhedens udvikling – så vil det samlede billede hælde mod, at beslutningstageren ville være at betragte som en principal (potentielt moderselskab).

Den nødvendige størrelse af beslutningstagerens investering i fonden (investee), for at der foreligger et koncernforhold, skal ses i forhold til fordelingen af det øvrige ejerskab over fonden. Såfremt ejerskabet er fordelt på mange ejere, da taler det for, at beslutningstagerens andel kan udgøre en mindre del (f.eks. 25% af fonden), og at der derved foreligger "kontrol" hos beslutningstageren – og dermed koncernforbindelse.

Et forhold, der særligt også har afgørende betydning er, om de øvrige ejere af fonden (investee) vilkårligt kan afsætte beslutningstageren fra sit virke i fonden, herunder f.eks. om **a)** kontrakten med beslutningstageren skal fornyes hvert år, om **b)** kontrakten kun kan opsiges af de øvrige ejere, såfremt beslutningstageren væsentligt misligholder kontrakten osv.

I det konkrete eksempel ovenfor fremgår, at de øvrige medejere ikke besidder ret til at influere på beslutningstagerens beslutningskompetence, hvilket må fortolkes således, at de øvrige ejere ikke – i hvert fald vilkårligt – kan afsætte beslutningstageren. De øvrige medejere kan dog – indenfor en nærmere defineret grænse udstukket af fonden – indløse deres andele i fonden.

Såfremt **få øvrige medejere** repræsenterer en væsentlig andel af ejerskabet (kapitalen), bevirker en adgang for disse øvrige medejere til at

afsætte beslutningstageren, at det må formodes, at beslutningstageren er en agent.

I det tilfælde, at der er **mange andre medejere** af fonden, kan dette udgangspunkt blive vendt om, således at beslutningstageren, uanset at denne *kan* blive afsat af de øvrige medejere, alligevel kontrollerer fonden – og dermed er i koncernforhold med fonden.¹⁶⁵ Dette kan begrundes med, at jo større en gruppe, der skal mobiliseres for at afsætte beslutningstageren, desto vanskeligere er det at få denne gruppe til at stemme stringent.¹⁶⁶

Spørgsmålet om fordelingen af ejerskabet, er et eksempel på fremhævelsen af det "reelle" på bekostning af det "formelle",¹⁶⁷ idet beslutningstageren – såfremt der er stor spredning på det øvrige ejerskab af fonden – er indirekte sikret mod at blive afsat, og således *reelt* kontrollerer fonden – en de facto kontrol.¹⁶⁸

5.6.3.2 *Detaljerede bidrag i IFRS 10 kan give anledning til revurdering af eksisterende strukturer*

IAS 27 tager ikke som IFRS 10 direkte stilling til agent/principal-vurderingen. I IAS 27 fokuseres i højere grad på formodningsreglen i IAS 27 (13) samt de 4 opsamlingsbestemmelser i samme bestemmelse. Der er således ikke den samme vejledning om retstilstanden for så vidt angår agent/principal-forholdet i IAS 27 som i IFRS 10, hvorfor den detaljerede regulering via IASB's bemærkninger i BC IFRS 10 samt i selve IFRS 10 kan bevirke, at selskabsstrukturer bør revurderes.

Ejere, parter og interessenter i øvrigt til allerede eksisterende strukturer kan med fordel vurdere, om vedtagelsen af IFRS 10 giver anledning til at ændre struktur, herunder f.eks. beføjelser til parter eller tredjemand mv., med henblik på at undgå at koncernforhold brydes eller koncernforhold etableres. Med bemærkningerne fra IASB står det nu mere klart, hvornår der foreligger koncernforhold, hvilket – som nævnt – vurderes at kunne give anledning til modifikationer i de enkelte strukturer.

165 Se eksempel 15 i IFRS 10, s. 43-44

166 Se eksempel 4 og 5 i IFRS 10, s. 30

167 Et "substance-over-form" princip

168 Se nærmere om begrebet de facto kontrol under pkt. 5.6.1. Det bør bemærkes, at de facto kontrol i nærværende sammenhæng skabes ved en kombination af **1)** ejerskab og **2)** beslutningstagerens (agents/principals) beslutningskompetence. Ved behandlingen af de facto kontrol under pkt. 5.6.1 er der tale om de facto kontrol alene som følge af ejerskab. Derfor kræves der i den sammenhæng en større andel af virksomheden (selskabet), for at kontrol foreligger

Det kan særligt for investeringsforeninger, formueforvaltere, kapitalfonde m.fl., hvor ledelsen af virksomheden tillige typisk ejer en betydelig andel af virksomheden, være relevant at revurdere strukturen.¹⁶⁹

5.6.3.3 Kan indholdet af IFRS 10 vedr. agent/principal-vurderingen rummes i IAS 27?

Er der tale om en ny retstilstand for agenter/principaler? Er der med IFRS 10 sket materielle ændringer i forhold til IAS 27 – eller består forskellen mellem de to regnskabsstandarder alene i, at agent/principal-vurderingen ikke er nævnt i IAS 27, men forklares uddybende i IFRS 10?

Det må med forsigtighed kunne konkluderes, at der er tale om en ny retstilstand, idet IASB's uddybende bemærkninger i IFRS 10 og BC IFRS 10 om i hvilke tilfælde der er tale om et agentforhold og i hvilke tilfælde, der er tale om et principalforhold, ikke ses at kunne rummes i IAS 27.

Dette er en følge af, at koncernbegrebet i IAS 27 er mere fast defineret (legal-metoden) sammenlignet med koncernbegrebet i IFRS 10 (ability-metoden).¹⁷⁰ Som et eksempel på den faste form af koncernbegrebet i IAS 27 ses, at det er uklart, hvorvidt IAS 27 hjemler en de facto koncernforbindelse.¹⁷¹ "Agent/principal-vurderingens" kerne indhold er netop vurderingen af, hvorvidt der foreligger en de facto koncernforbindelse.

Det er endvidere først med IFRS 10, at IASB har oplyst om, hvordan en agent/principal-vurdering skal foretages, idet der i IAS 27 ikke fremgår bestemmelser/vejledning om, i hvilke tilfælde der er tale om et agentforhold og i hvilke tilfælde der er tale om et principalforhold.¹⁷²

Agent/principal-vurderingen i IFRS 10 medfører, at det med en højere grad af præcision kan bestemmes, om der foreligger det ene eller det andet – agent eller principal. Det er således – i højere grad end tidligere – muligt at rangere de enkelte fortolkningsbidrags vægtning, hvilket (alt andet lige) må medføre en højere grad af retssikkerhed for dem, der anvender reglerne (virksomhederne, rådgivere m.fl.).

169 F.eks. Value Invest Danmark (www.valueinvest.dk), Formuepleje (www.formuepleje.dk), SKAGEN Fondene (www.skagenfondene.dk) m.fl. Støtte til denne opfattelse ses hos Jan Fedders, der i artiklen *Ny IFRS om konsolidering* bemærker, at "investment management arrangementer" og kapitalfondsmodeller med en såkaldt "general partner", der tager alle driftsmæssige beslutninger, er relevante at vurdere i forhold til, om der via den valgte struktur, er skabt koncernforhold

170 Se mere om forskellen på legal-metoden og ability-metoden under pkt. 5.4

171 Jan Fedders støtter i artiklen *Ny IFRS om konsolidering*, s. 3, at det er uklart, om IAS 27 omfatter koncernforbindelse som følge af de facto bestemmende indflydelse

172 BC IFRS 10, s. 34 (BC125)

5.6.4 Ad d: "Beskyttede" rettigheder (protective rights)

Med "beskyttede rettigheder" skal forstås rettigheder, der relaterer sig til fundamentale ændringer af virksomhedens aktiviteter eller rettigheder, der finder anvendelse i særlige situationer.¹⁷³

I IFRS 10, s. 26 (B28) henvises til en række eksempler på hvornår sådanne beskyttede rettigheder foreligger. F.eks. henvises til en situation, hvor låntager har indrømmet långiver, at låntager ikke må påbegynde aktiviteter, som væsentligt ændrer risikobilledet for låntager.

Beskyttede rettigheders betydning for om der foreligger koncernforhold understreger, at det er besidderen af den reelle kontrol, der ønskes identificeret. Det bør dog bemærkes, at der ikke kan statueres koncernforbindelse alene som følge af beskyttede rettigheder, idet investoren (det potentielle moderselskab) i så fald ikke alene på denne baggrund har "power" over virksomheden, jf. IFRS 10, s. 10 (14).

Beskyttede rettigheder giver typisk alene en adgang til at "sige fra" (vetoet), men giver ikke en adgang til selvstændigt at disponere på vegne af virksomheden. Derfor kan "power" – og dermed koncernforbindelse – ikke opnås alene på baggrund af beskyttede rettigheder.

Beskyttede rettigheder ses ofte i det danske – som i det internationale – erhvervsliv. Typisk kræver særligt långiver beskyttede rettigheder hos låntager for at yde kredit. Der kan f.eks. være tale om, at låntager skal opretholde en soliditet (gæld/egenkapitalforhold) af en vis størrelse, at låntager ikke må udlodde udbytte på over en specifik procentsats af årets resultat efter skat mv.¹⁷⁴

Forholdet mellem långiver og låntager udspiller sig på det aftaleretlige – og ikke det selskabsretlige – plan. Låntager (virksomheden) kan således forbyrde sig mod det aftalte. Konsekvensen er i så fald (typisk), at låntagers kredit hos långiver forfalder til indfrielse straks, hvilket er en konsekvens af høj præventiv karakter. Denne type af beskyttede rettigheder kaldes også defaultklausuler ("default" – forsømmelse af at holde det aftalte), forfaldsklausuler eller covenants.¹⁷⁵

173 IFRS 10, s. 26 (B26)

174 Denne type af aftaler mellem långiver og låntager kaldes også *finansielle* covenants. Derudover ses også *information* covenants, hvor låntager forpligter sig til at holde långiver løbende orienteret om låntagers økonomiske forhold. Derudover ses også *negative pledge* covenants, hvor låntager forpligter sig til ikke at pantsætte en del af – eller hele – låntagers aktivmasse. Se særligt om de forskellige covenants Andreas Tamasauskas i fremstillingen *Erhvervslivets lånoptagelse*, der med få ændringer er forfatterens Ph.d.-afhandling

175 De aftaleretlige klausuler er ofte fuldgode alternativer til tinglig sikkerhed, hvorfor de er bredt anvendt i praksis (dog særligt i større låneforhold). Se generelt om disse typer af klausuler Andreas Tamasauskas i *Erhvervslivets lånoptagelse*

En anden – ofte set – type af beskyttede rettigheder i dansk og internationalt erhvervsliv er de såkaldte fusionsklausuler.¹⁷⁶ Disse kan også være særdeles interessante for en långiver, idet långiver herved kan undgå at skulle acceptere låntagers fusion/spaltning mv. – også grænseoverskridende – hvilket långiver ellers som udgangspunkt er tvunget til, som følge af reglerne om universalsuccession.¹⁷⁷

Det kan sammenfattes om beskyttede rettigheder, at der skal "noget mere" til for at statuere koncernforbindelse end blot denne type af rettigheder. Beskyttede rettigheder kan afværge koncernforbindelse, men ikke i sig selv skabe koncernforbindelse.

5.7 Rangorden af bidrag for vurdering af, om der består koncernforhold

Såfremt der foretages en ekstrakt af de forskellige bidrag, der har indflydelse på, om der foreligger et koncernforhold, vil der fremkomme en liste af bidrag. Disse bidrag skal vurderes i den konkrete kontekst, i forhold til om der foreligger et koncernforhold.

Det må stå klart, at en beføjelse til f.eks. marginalt at påvirke selskabets virksomhed rangerer lavere end f.eks. beføjelsen til at udpege flertallet af det øverste ledelsesorgans medlemmer.

Følgende – ikke udtømmende – rangorden kan medvirke til vurderingen af, om der foreligger et koncernforhold:

- Stemmeret (stemmeflertal, eller en betydelig andel af stemmerne)
- Optioner
 - Betydningen af, at en eller flere besidder så mange optioner, at det kan ændre på hvem, der besidder den bestemmende indflydelse
 - Modne optioner

176 En fusionsklausul er også en forfaldsklausul, idet konsekvenserne af at forbyde sig mod en fusionsklausul som det altovervejende udgangspunkt er, at aftaleforholdet (f.eks. om kreditgivning) forfalder (heraf forfaldsklausul)

177 Særligt indgribende er det for en kreditor, at debitor – uden at skulle spørge kreditor (universalsuccession) – kan gennemføre f.eks. en grænseoverskridende fusion. Debitor kan nu pludselig være hjemmehørende i Spanien, Italien eller et helt tredje land inden for EU/EØS, uden at kreditor kan modsætte sig denne flytning. Der er hele 3 retsgrundlag hvorpå en grænseoverskridende fusion kan foretages, hvilke er **1)** ved grænseoverskridende fusion til et SE-selskab (et europæisk aktieselskab), **2)** på grundlag af 10. selskabsdirektiv (CBM-direktivet) eller **3)** støttet direkte på traktatens (Lissabontraktatens) etableringsregler (art. 49 og art. 54), jf. C-411/03, *Sevic*. Se indgående om SE-selskabet Schaumburg-Müller og Werlauff i *SE-selskabet – det europæiske aktieselskab*. Se om begrebet universalsuccession Werlauff i *Selskabsret*, 8. udg., s. 689 ff.

- Ikke-modne optioner (tillægges vægt i IFRS 10, men ikke i IAS 27)
- Beføjelse til at udpege og afsætte flertallet af ledelsesmedlemmerne
- Beføjelse til at påvirke virksomhedens drift og således virksomhedens afkast
- Stor andel (men ikke +50%) af stemmerne – samtidig med at resten af ejerskabet er fordelt på flere mindre besiddere (de facto kontrol). Intensiteten af dette bidrag forøges/mindskes afhængigt af besiddelsen set i forhold til fordelingen af det øvrige ejerskab over stemmerne
- Beskyttede rettigheder

Det bør bemærkes, at rangordnen ikke indeholder punkter om virksomhedens kapital. Dette er en følge af, at alene stemmerne er relevante i relation til at identificere det subjekt, der besidder bestemmende indflydelse over virksomheden. Såvel efter koncernbegrebet i IAS 27 som efter koncernbegrebet i IFRS 10 foreligger der med sikkerhed kontrol ved blot simpel (stemme) majoritet (SL § 105). "Dobbeltmajoriteter" – som f.eks. SL § 106 (dobbelt 2/3 – stemmerne og kapitalen) – er således ikke her relevante at inddrage.

Ovennævnte rangorden er som anført ikke udtømmende, idet der *ikke* i IFRS 10 positivt er opsat grænser for hvilke bidrag, der kan finde anvendelse ved vurderingen af, om der foreligger koncernforhold. Rangorden er således også medtaget i denne fremstilling for at illustrere vanskeligheden i at vurdere, med hvilken vægtning de enkelte bidrag skal medregnes.

Rangordenen skal også ses i det lys, at de enkelte bidrag skal – for at kunne opfylde koncernbegrebet i IFRS 10 – samlet opfylde de tre kriterier i IFRS 10, s. 9 (7) om:

- a) *power over the investee*
- b) *exposure, or rights, to variable returns from its involvement with the investee; and*
- c) *the ability to use its power over the investee to affect the amount of the investor's returns.*

Dette understreger endnu engang IFRS 10's eksplicitte træk mod det reelle frem for det formelle. Trækket mod det reelle frem for det formelle tog et stort skridt fremad med IAS 27 (bestemmende indflydelse – en koncern kan etableres, uden at moder er kapitalejer mv.), og bliver endnu mere tydeliggjort med IFRS 10, hvor alle momenter skal inddrages ved vurderingen af, om der foreligger koncernforhold.

5.8 Sammenfatning – kap. 5

Sammenfattende kan det anføres, at der er såvel materiel som formel forskel på koncernbegrebet i IFRS 10 sammenholdt med koncernbegrebet i IAS 27. Koncernbegrebet i IFRS 10 har en signifikant forskellig opbygning fra IAS 27, hvilket i dette kapitel er påvist ved ability-metoden contra legal-metoden.

Manglerne ved koncernbegrebet i IAS 27 er søgt afhjulpet i IFRS 10 ved at anvende principbaserede kriterier for etablering af koncernforhold. Dette reducerer mulighederne for, at der kan etableres konstruktioner, hvor "realiteten" kan placeres bag det formelle.

De principbaserede kriterier for etablering af koncernforhold efter koncernbegrebet i IFRS 10 bevirker, at det i højere grad end tidligere (IAS 27) kræver en konkret vurdering (judgement), for at kunne konkludere om der forligger koncernforhold. Til at støtte ved denne vurdering er der med IFRS 10 udarbejdet grundig vejledning, hvilket ses at opveje ulemper ved det mere abstrakt formulerede koncernbegreb i IFRS 10.

Virksomhederne skal således indrette sig efter, at skulle foretage en mere nuanceret vurdering af, om virksomheden (selskabet) selv – eller eventuelt niveauer længere nede i virksomhedens koncern (f.eks. virksomhedens datterdattervirksomhed – subkoncern) – er trådt ind eller ud af et koncernforhold. En sådan ind- eller udtræden af et koncernforhold kan have betydelig konsekvenser – særligt i skatteretlig (sambeskatningsretlig) sammenhæng – hvilket er belyst i denne fremstillings kap. 4, pkt. 4.6.2.

For danske virksomheders vedkommende gælder dog, at IFRS 10 først finder anvendelse, såfremt **1)** der via fortolkning af nationale selskabsretlige regler må kunne fastslås, at IAS 27 automatisk udskiftes med IFRS 10 som følge af lovmotiverne til den danske selskabslov og fortolkning i øvrigt (dynamisk fortolkning), eller **2)** den danske lovgiver ændrer det danske koncernbegreb, således at det udtrykkeligt fremgår, at koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 fremover skal fortolkes i overensstemmelse med IFRS 10 i stedet for IAS 27.

Spørgsmålet, om der i dansk ret skal anvendes en statisk fortolkning (IAS 27) eller en dynamisk fortolkning (IFRS 10) af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7, bliver behandlet indgående i denne fremstillings kap. 8.

6 IFRS 10 kræver ikke aftale, vedtægtsbestemmelse el.lign. som forudsætning for en koncernforbindelse

I dette kapitel vil den mest signifikante forskel mellem koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10 nærmere blive behandlet. Koncernbegrebets opbygning i IFRS 10 bevirker, at der ikke – som i IAS 27 – kræves en aftale, vedtægtsbestemmelse eller lignende for at etablere koncernforbindelse. Dette medfører pr. definition et bredere anvendelsesområde for koncernbegrebet i IFRS 10.

Udgangspunktet – såvel efter IFRS 10 som efter IAS 27 – er, at der foreligger koncernforbindelse ved ejerskab af over 50% af stemmerne. Såfremt ingen af investorerne ejer over 50% af stemmerne, skal betingelserne for om et eventuelt koncernforhold på anden måde er etableret, konkret vurderes.

Det skal særligt bemærkes, at koncernbegrebet efter IFRS 10 ikke fordrer en aftale mellem det potentielle moderselskab og virksomheden, øvrige investorer i virksomheden eller andre (*som krævet i SL § 7, stk. 3, nr. 1*), ligesom der ikke kræves en vedtægtsbestemmelse (*som krævet i SL § 7, stk. 3, nr. 2*) eller en ensidig ret for det potentielle moderselskab til at kunne udpege eller afsætte flertallet af det øverste ledelsesorgans medlemmer (*som krævet i SL § 7, stk. 3, nr. 3*), eller råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ (*som krævet i SL § 7, stk. 3, nr. 4*).

Det manglende krav på aftale, vedtægtsbestemmelse eller lignende fremgår af IFRS 10, s. 9 (5), hvoraf følger, at:

*"An investor, **regardless of the nature of its involvement** with an entity (the investee), shall determine whether it is a parent by assessing whether it controls the investee."* [min fremhævelse]

Som det ses i den refererede bestemmelse, har det potentielle moderselskabs form for involvering (aftale, vedtægtsbestemmelse eller lignende) ikke afgørende indflydelse på, om der foreligger koncernforbindelse (jf. *"...regardless of the nature of its involvement..."*). Det afgørende kriterium for om der foreligger koncernforbindelse, er alene bestemmende indflydelse ("control").

Begrebet "control" i koncernbegrebet i IFRS 10 uddybes i IFRS 10, s. 9 (6), hvoraf følger, at:

*"An investor **controls** an investee when it is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee and has the ability to affect those returns through its power over the investee."* [min fremhævelse]

Begrebet "control" er også anvendt i IAS 27, i hvilken der er følgende udlægning af begrebet "control":

"Control is the power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities."¹⁷⁸ [min fremhævelse]

Der ses at være en forskel i indholdet af "control"-begrebet i IFRS 10 sammenholdt med IAS 27. F.eks. er der i IFRS 10 tale om, at investoren (det potentielle moderselskab) er udsat for – eller har rettigheder til – *variable* afkast fra investorens involvering i virksomheden. I IAS 27 er fokus på at "*obtain benefits from its activities*".

Dvs. neutrale (eller negative) afkast fra dattervirksomheden ses ikke at være indeholdt i begrebet i IAS 27. Konsekvensen heraf må naturligt være, at kun positive afkast skal tillægges vægt ved vurderingen af, om der foreligger koncernforhold efter IAS 27.

Det kan således konkluderes, at "control"-begrebet (bestemmende indflydelse) i IFRS 10 indeholder "noget mere" end "control"-begrebet i IAS 27. Dette er en følge af, at det efter koncernbegrebet i IAS 27 er nødvendigt for at etablere en koncern, at der er en form for kontraktforhold – mellem det potentielle moderselskab og virksomheden og/eller en eller flere af de øvrige besiddere af stemmer i virksomheden – via aftaleforhold, vedtægtsbestemmelse eller lignende.

I koncernbegrebet i IFRS 10 er der ikke lignende krav, hvorfor en koncern kan etableres, uden at der er indgået sådanne aftaler, vedtægtsbestemmelse og/eller lignende, f.eks. indrømmet investor (det potentielle moderselskab) en ensidig kompetence (retten til at udpege eller afsætte flertallet af ledelsesmedlemmerne i virksomhedens øverste ledelsesorgan).

6.1 Aftaleforhold – muligvis koncernforbindelse efter såvel IFRS 10 som efter IAS 27

Den økonomiske uro, der de seneste år har præget erhvervslivet lokalt som globalt, har været medvirkende til, at særligt kreditgivere for tiden – til en hvis grænse – kontrollerer nogle økonomisk usunde låntagere.

Kreditgiver forsøger ofte at afvikle den økonomisk dårligt stillede låntagers bestående engagement. Denne proces kan i nogle tilfælde have lange udsigter, hvilket typisk er en følge af komplicerede og/eller finansielt tunge aktiver.

Den manglende hurtige afvikling af engagementer kan også være forårsaget af, at kreditgiver ikke ønsker at realisere et tab på det pågældende engagement, men i stedet blot foretage hensættelser til tab, der i visse tilfælde ikke er ligeså tyngende for kreditgivers balance, som at realisere et direkte tab på engagementet.

178 IAS 27, s. 8 (4)

Den kontrol, som udøves af kreditgiver over låntager, kan muligvis føre til etablering af koncernforbindelse. Det må dog som udgangspunkt kræves, at der er en vis fasthed i handlingerne på vegne af låntager, ligesom forholdet må kræves at være af en vis tidsmæssig udstrækning.

6.1.1 Essex koncernen – i kreditorernes hænder

Som et eksempel på flere kreditgivere, der over en længere periode har haft kontrol over låntager (debitor), kan nævnes det store antal banker, der har finansieret (og stadig finansierer) Essex koncernen.

Essex koncernen er hjemmehørende i Aarhus, og beskæftiger sig primært med investering i – og udvikling af – fast ejendom. Essex koncernen har over en længere periode været i økonomiske vanskeligheder, hvilket ikke er mildnet i forbindelse med den globale finansielle krise de seneste år.

Essex koncernen søges for tiden afhændet i sin helhed, med henblik på at forsøge at få fyldestgjort de mange kreditorer (særligt de mange banker) deres udeståender. En af Essex koncernens større kreditgivere, Danske Bank A/S, har indsat en person som bestyrelsesformand for et eller flere af selskaberne i koncernen.¹⁷⁹ Danske Bank A/S har via datterselskabet Realkredit Danmark A/S ca. kr. 1 mia. i klemme i Essex koncernen, hvis balance andrager ca. kr. 10 mia.¹⁸⁰

Michael Camphausen antager i artiklen *Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning* i R&R 2009, nr. 8, s. 40 ff., at det allerede i det danske koncernbegreb er muligt at statuere koncernforbindelse mellem en kreditgiver og en låntager, jf. SL § 7, stk. 3, nr. 1. Camphausen begrundet denne slutning med, at såvel kapitalejere som investorer og panthavere ses at kunne rummes indenfor begrebet "investor" i SL § 7, stk. 3, nr. 1 (og i IAS 27, s. 10 (13)(a), der er forbilledet for SL § 7, stk. 3, nr. 1).

Det at yde kredit beror på et aftaleforhold, hvorfor nærværende eksempel med Essex koncernen ses at kunne indeholdes i koncernbegrebet i IAS 27, ligesom det endnu mere ses at kunne indeholdes i koncernbegrebet i IFRS 10. For at etablere koncernforbindelse efter IAS 27 skal der – som behandlet umiddelbart ovenfor – en aftale, vedtægtsbestemmelse eller lignende til.

For at der kan statueres koncernforbindelse, må der kræves en vist fasthed i denne kontrol med den potentielle dattervirksomhed. I eksemplet med Essex koncernen kan det diskuteres, om kriterierne for koncernforbindelse i IAS 27 og/eller i IFRS 10 er opfyldt.

Såfremt der er tilstrækkelig konsistens i den ledelse som kreditgiverne udøver over Essex koncernen, og at det i handlemonstrene kan ses, at de mindre kreditorer generelt følger den linje, der udstikkes af det potentielle moderselskab, kan der efter koncernbegrebet i IFRS 10 argumenteres for,

179 www.epn.dk, *Milliardhandel røg i vasken*

180 www.epn.dk, *Banker tynget af kostbare mursten*

at der foreligger koncernforbindelse mellem den af kreditgiverne, der udøver den største indflydelse over Essex koncernen ("most significantly"), jf. IFRS 10, s. 10 (13), dvs. koncernforbindelse mellem Essex koncernen og (formentligt) Danske Bank A/S.

Såfremt eksemplet med Essex koncernen bedømmes efter IAS 27, må resultatet være det samme som efter IFRS 10, idet forholdet mellem kreditgiver og låntager (Essex koncernen) beror på et aftaleforhold, og at kreditgiver i eksemplet forudsættes at styre de økonomiske og driftsmæssige beslutninger hos Essex koncernen (låntager).

6.1.2 Franchise forhold

Franchising¹⁸¹ er endnu et eksempel på, at der kan opstå koncernforbindelse i forlængelse af en aftale mellem to parter.

Franchisegiver vil typisk i henhold til franchiseaftalen kunne udøve indflydelse på, hvordan franchisetager skal udøve sin forretning. Der skal her sondres mellem rettigheder, der giver franchisegiver mulighed for at beskytte varemærket sammenholdt med rettigheder, der giver franchisegiver adgang til at træffe driftsmæssige beslutninger på vegne af franchisetager.

Det kan forekomme i praksis, at franchisegiver forbeholder sig rettigheder – også af driftsmæssig karakter – over franchisetager, for at lade franchisetager få f.eks. forhandlingen af varen eller få adgang til at udbyde tjenesteydelsen. Særligt hvor franchisetager er uerfaren og/eller "ny i branchen", ses der at blive indgået sådanne aftaler.

I et sådant tilfælde vil der ud fra kriterierne i IFRS 10 skulle vurderes, om de kompetencer, der er tillagt franchisegiver, er så stærke og af et så tilstrækkeligt omfang, at der kan statueres koncernforbindelse mellem franchisegiver og franchisetager.

Det må kunne antages, at der også efter IAS 27 vil blive statueret koncernforbindelse mellem franchisegiver og franchisetager, såfremt franchisegiver via aftale tillægges beslutningskompetence, der omfatter væsentlige driftsmæssige aspekter, jf. IAS 27, s. 10 (13)(b), hvilket materielle indhold ligeledes fremgår af SL § 7, stk. 3, nr. 2.

181 Forretningssystem, hvorefter en franchisegiver giver en franchisetager ret og pligt til under anvendelse af et varemærke eller andet kendetegn, som tilhører franchisegiver, at sælge varer eller udbyde tjenesteydelser, som leveres af franchisegiver eller produceres af franchisetager efter franchisegivers anvisninger, jf. *Juridisk ordbog*, s. 141

6.2 Ikke-aftaleforhold – der kan være koncernforbindelse efter IFRS 10, men ikke efter IAS 27

Hvis der tænkes et eksempel, hvor der ikke er tale om et aftaleforhold (dvs. f.eks. ikke et långiver/låntager forhold), men et forhold, der beror på et ikke-aftalemæssigt grundlag. Det kan være, at selskab 1 er kommet i et afhængighedsforhold til selskab 2, hvorfor selskab 2 faktisk udøver en bestemmende indflydelse over selskab 1. Dvs. en situation hvor selskab 1 hverken er juridisk, økonomisk eller på anden måde forpligtet til at følge selskab 2. Er selskab 2 herefter at betragte som moderselskab for selskab 1's dattervirksomheder?

I en sådan situation er der forskel mellem koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10, idet koncernbegrebet i IFRS 10 ses at kunne rumme et sådant faktum, hvorimod der ikke er belæg for at konkludere det samme, såfremt der tages udgangspunkt i koncernbegrebet i IAS 27. Situationen ses ikke at kunne rummes i koncernbegrebet i IAS 27, idet der ikke foreligger det nødvendige aftaleforhold for koncernetablering, jf. behandlingen ovenfor.

Koncernforbindelse, som følge af et ikke-aftalebaseret forhold, vil blive behandlet yderligere i det følgende kapitel under pkt. 7.1.7, hvor der foretages en sammenholdelse af koncernbegrebet i IFRS 10 med "kontrolgruppen" i læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud.

7 Paralleller til læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud – begrebet "kontrolgruppe"

Som det er blevet belyst i denne fremstilling, er koncernbegrebet i IFRS 10 defineret meget bredt. Formålet er at identificere det subjekt, der reelt udøver bestemmende indflydelse over (datter)virksomheden.

Læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud er som koncernbegrebet i IFRS 10 ikke aftalebaseret. Hæftelsesgennembrud indeholder som koncernbegrebet i IFRS 10 principper, som søger at identificere det reelle bagvedliggende subjekt, der er i besiddelse af kontrol over en anden virksomhed/et andet selskab.

Koncerner kan efter koncernbegrebet i IFRS 10 etableres uden et aftaleforhold, vedtægtsbestemmelse eller lignende, jf. denne fremstillings kap. 6. Koncerner kan således etableres uden, at de koncernforbundne formelt står i forhold til hinanden.

Ved at behandle hæftelsesgennembrud i relation til koncernbegrebet i IFRS 10 kan der opnås en forståelse af, hvor meget der skal til, for at der er etableret et så tilstrækkeligt stærkt handlemønster, at den umiddelbart formelle (koncern)struktur kan tilsidesættes. Hvor stærkt skal handlemønstret være, for at den formelle koncernstruktur kan brydes op, og et andet subjekt kan kvalificeres som moderselskab? Dette behandles i nærværende kapitel.

7.1 Mere om hæftelsesgennembrud

Begrebet hæftelsesgennembrud er indgående behandlet af Werlauff i hans doktordisputats, *Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*.¹⁸² Desuden findes der i den svenske betænkning SOU 1987:59, bidrag til behandlingen af spørgsmålet om hæftelsesgennembrud. Betænkningen indeholder en række forslag til ændringer af den svenske aktieselskabslov, hvilket inkluderer en behandling af spørgsmålet om hæftelsesgennembrud generelt og om eventuel nødvendighed af at kodificere sådanne regler.

Hæftelsesgennembrud er et nærmest "kirurgisk indgreb" (piercing the veil)¹⁸³ igennem debitorselskabet til "bagmændene"¹⁸⁴ (kontrolgruppen)¹⁸⁵, dvs. den eller de fysiske eller juridiske personer, som med deres

182 Werlauff skitserer begrebet hæftelsesgennembrud på s. 31-39 i *Selskabsmasken*, herunder "Ansvarsgenombrott" (efter svensk, finsk og norsk ret), "Durchgriff" (efter tysk ret) samt "Lifting (piercing) the veil" (efter britisk og amerikansk ret)

183 Britisk/amerikansk udtryk for hæftelsesgennembrud, jf. Werlauff, *Selskabsmasken*, s. 36-39

184 Udtrykket benyttes ikke i denne sammenhæng i nogen negativ værdiladet forstand

185 Werlauff, *Selskabsmasken*, s. 64 ff. om definition af begrebet "kontrolgruppe"

forvaltning af kontrollen over debitorselskabet har påført debitorselskabets kreditorer tab. Ved hæftelsesgennembrud består "selskabsskallen", og ved statuering af hæftelsesgennembrud er det kun til fordel for den eller de kreditorer, der kommer igennem med deres påstand (domhaver). Dvs. hæftelsesgennembruddet virker ikke erga omnes.¹⁸⁶

7.1.1 "Kontrolgruppen" i relation til koncernbegrebet i IFRS 10

"Bagmændene" ("kontrolgruppen") kan – når der sammenholdes med koncernbegrebet i IFRS 10 – bevirke koncernforbindelse. "Kontrolgruppen" kan udgøres af hvem som helst. Kontrolgruppen kan f.eks. være selskab A, der via et ikke-aftalebaseret forhold kontrollerer selskab B, således at selskab A herefter muligvis er at betragte som moderselskab i forhold til selskaber B1, der formelt er datterselskab til selskab B. Selskab A og selskab B er ikke på nogen måde formelt forbundet.

For at der foreligger koncernforbindelse mellem selskab A og selskab B1, skal betingelserne i koncernbegrebet (IFRS 10) være opfyldt. Dvs. selskab A skal i forhold til selskab B1 besidde:

- a) *power over the investee;*
- b) *exposure, or rights, to variable returns from its involvement with the investee; and*
- c) *the ability to use its power over the investee to affect the amount of the investor's returns.*¹⁸⁷

Såfremt de nævnte betingelser (a-c) opfyldes, vil selskab A være at betragte som moderselskab til selskab B1.¹⁸⁸

7.1.2 Hæftelsesgennembrud – undtagelsen til hovedreglen

Som undtagelse til den klare hovedregel om at selskabsdeltagerne i visse selskabstyper kun hæfter med den tegnede eller erhvervede nominelle kapital, finder læren om hæftelsesgennembrud dens berettigelse.¹⁸⁹

Hæftelsesgennembrud er den sikkerhedsventil, der skal afværge et misbrug af det af selskabsdeltagerne valgte selskabsinstitut, herunder forsøge at afværge, at særligt visse af selskabets kreditorer i en sådan sammenhæng lider tab.

186 Werlauff i U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvars gennembrud*

187 IFRS 10, s. 9 (7)

188 Betingelserne (a-c) er nærmere behandlet i denne fremstilling under pkt. 5.5

189 Se Werlauff i TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*. Forfatteren gør det klart, at læren om hæftelsesgennembrud er en undtagelse til den klare hovedregel om, at man fortsat kan stole på, at kun den juridiske persons formue hæfter for den juridiske persons forpligtelser

For at gå fra erstatningsansvar til gennembrudsansvar må enkeltstående handlinger være blevet til et mønster.¹⁹⁰ Der kan også sondres mellem "uægte" og "ægte" hæftelsesgennembrud, hvor det om det ægte hæftelsesgennembrud gælder, at det ikke skyldes selskabsdeltagerens culpa eller løftet over for medkontrahenten, men derimod selskabsdeltagerens forvaltning af selskabet.¹⁹¹ Se herom særligt U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, der alene var en identifikationsafgørelse (ægte hæftelsesgennembrud), da der ikke forelå culpa fra kontrolgruppen (hovedanpartshaveren/direktøren Peter Færgemann).¹⁹²

I relation til koncernbegrebet i IFRS 10 må det også kræve et mønster af en vis styrke, for at det kan statueres, at et ikke-koncern-relateret selskab alligevel opfylder betingelserne for at etablere koncernforbindelse med (datter)virksomheden.

7.1.3 Retsøkonomiske argumenters forhold til læren om hæftelsesgennembrud

Carl Martin Roos behandler i en svensk artikel trykt i TfR.1993.227, *Varför rättsekonomi?*, spørgsmålet om inddragelse af retsøkonomiske argumenter ved kvalificering af hæftelsesgennembrud. Forfatteren nævner i artiklen, at økonomiske og retsøkonomiske argumenter har stor betydning inden for selskabsretten. Carl Martin Roos vurderer, at spørgsmålet, om kreditorer kan rette krav mod aktionærene og ikke blot selskabet (debitor), er motiveret af en omkostningsbesparende løsning.

Det anføres endvidere, at den aktionær, der ikke på nogen måde kan stilles til ansvar for sine dispositioner, foretager forholdsmæssigt ukloge investeringer. Den pågældende aktionær behøver ikke være rationel, idet aktionæren ikke risikerer omkostninger. Reglerne om begrænset ansvar (i dansk ret SL § 1, stk. 2) bevirker, at aktionæren kan undgå risiko og omkostninger ved at lade selskabet investere. Dette kolliderer med den oprindelige tanke om, at frihed for ansvar ved etablering i selskaber med begrænset ansvar medfører givtige, men risikofyldte investeringer. De af Carl Martin Roos læste forfattere mener, at der savnes empirisk belæg for den oprindelige tanke.¹⁹³

De retsøkonomiske argumenter støtter således læren om hæftelsesgennembrud, idet der under visse omstændigheder skal være mulighed for at gribe ind mod kontrolgruppens misbrug af selskabsformen som "hæftelses-skal" ved irrationelle og for kreditorerne tabsgivende dispositioner.

190 Se herom Werlauff i U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud*, hvori forfatteren henviser til tysk retslitteratur og praksis, herunder den tyske afgørelse NJW.1986.188, *Kran-dommen*, af hvilken dom det fremgår, at de anfægtelige forhold må have udartet sig til en mere "massiv" kæde af indgreb

191 Werlauff i U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud*

192 Se Børge Dahl og Jørgen Nørgaard i U.2000B.399, *UFR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997*

193 Carl Martin Roos tager udgangspunkt i en artikel udarbejdet af de amerikanske forfattere Henry Hansmann og Reinier Kraakman

Viggo Hagstrøm har i artiklen *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*, trykt i TfR.1993.250 undersøgt spørgsmålet om hæftelsesgennembrud efter norsk ret samt draget paralleller til Werlauffs doktordisputats og SOU 1987:59. Forfatteren redegør for, at hæftelsesgennembrud i norsk ret er en realitet. Samtidig slås det fast, at der ikke findes en enkel formel til at statuere hæftelsesgennembrud, idet der er tale om en række momenter, der skal vægtes. Viggo Hagstrøm anfører, at de centrale momenter i denne afvejning er **1)** om aktionæren (eller panthaver) har dominerende rådighed over selskabet, således at dette reelt ikke er organisatorisk og økonomisk uafhængigt, **2)** at selskabet vedvarende har været underkapitaliseret i forhold til den økonomiske risiko ved virksomheden eller **3)** at der har foregået en illoyal udlodning af selskabets midler til aktionærerne.¹⁹⁴

Forfatteren anfører endvidere, at underkapitalisering ikke er et vilkår for hæftelsesgennembrud efter norsk ret, men at underkapitalisering i sig selv kan være et argument for hæftelsesgennembrud, og desuden kan indikere, at selskabet ikke har en tilstrækkelig selvstændig stilling i forhold til ejerne.

Et selskabs kreditorer kan opdeles i **1)** *tvangskreditorer*, herunder retsbrudskreditorer (f.eks. en tilskuer til en musik koncert, der kommer til skade, fordi en tribune falder ned) og offentlige kreditorer (f.eks. SKAT) og **2)** *frivillige kreditorer*, som også benævnes aftalekreditorer samt **3)** en række andre kreditorer, der hverken er tvangskreditorer eller frivillige kreditorer.

Der består et særligt beskyttelseshensyn, for så vidt angår tvangskreditorerne, da denne type af kreditorer ikke selv har tilvalgt at være kreditor i selskabet. Her tænkes særligt på SKAT (offentligretlig kreditor). Omvendt består der ikke den samme grad af beskyttelseshensyn, når det kommer til frivillige kreditorer. Denne type af kreditorer har selv tilvalgt at blive kreditor i selskabet, ligesom de karakteriseres ved virksomhedsmæssigt at være på "niveau" med debitor (selskabet).

Derudover er der en række kreditorer, der hverken er det ene (tvangskreditor) eller det andet (frivillig kreditor). Hvorvidt der består beskyttelsesværdige hensyn over for disse kreditorer, er et spørgsmål om hvor meget – og særligt hvor lidt – de vidste om selskabets (debitors) økonomiske formåen ved kontraheringen, ligesom kreditors egen styrke – såvel økonomisk som forretningsmæssigt – skal indgå i vurderingen.

Begreberne tvangskreditorer, frivillige kreditorer, og øvrige kreditorer vil være genstand for en nærmere behandling nedenfor under pkt. 7.1.6.

194 Det ses, af de af Viggo Hagstrøm anførte kriterier, at de alle kan rummes indenfor Werlauffs definition af afhandlingens (Werlauffs disputats) grundtanke om hæftelsesgennembrud i *Selskabsmasken*, s. 39. Der ses således at være kongruens mellem grundlaget for statuering af hæftelsesgennembrud efter dansk ret som efter norsk ret

7.1.4 Hvorfor nødvendigt med mulighed for at gennembryde den ubegrænsede hæftelse?

Selskabsretten – internationalt betragtet – indeholder en række fast definerede selskabsformer, hvorunder selskabsdeltagerne hæfter begrænset for selskabets forpligtelser. I det væsentligste er der her tale om selskaber af aktie- eller anpartsselskabstypen.

De lovfæstede regler om, at selskabsdeltagerne i sådanne selskabstyper kun hæfter begrænset for selskabets forpligtelser med den af selskabsdeltagerne tegnede eller erhvervede nominelle kapital, er den klare hovedregel (efter dansk ret SL § 1, stk. 2).¹⁹⁵

Situationen er blot den, at de lovfæstede regler ikke altid er tilstrækkelige. Dette endda på trods af at der i selskabsretten – i hvert fald i Danmark – er indeholdt bestemmelser, der værner mod blandt andet ulovlige aktionærlån, uforholdsmæssige udbyttebetalinger, bestyrelsens (eller tilsynsrådets) manglende kontrol (tilsyn) med direktionens opfyldelse af direktionens pligter, revisors ansvar mv. Dvs. bestemmelser, der hver for sig værner mod misbrug af selskabet.¹⁹⁶

Det er imidlertid ikke muligt at lovgive sig ud af alt. Der vil altid kunne opstå nye vinkler, nye problemstillinger, nye måder at drive rovdrift på selskaber, uden at vi på forhånd – eller for den sags skyld efterfølgende – kan lovgive os ud af det. Ulempen ved en for stram regulering af selskabsformerne er desuden, at lovgivningen kan ende med at blive uhensigtsmæssig "tung", hvilket skader konkurrenceevnen på det selskabsretlige plan.¹⁹⁷

Af retspraksis kan særligt nævnes U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, der henstår som det klare eksempel på hæftelsesgennembrud mod et ellers begrænset hæftende subjekt – i dette tilfælde et søster ApS. Dommen vil blive behandlet yderligere i det følgende.

195 Som Werlauff argumenterer i TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*, bevirker læren om hæftelsesgennembrud, at "...nogle af de værste urimeligheder ved selskabssammenbrud opfanges.". Dette er prisen for en mindre grad af retsforudsigelighed, men efter Werlauffs opfattelse en pris, der er værd at betale

196 Se Werlauff i U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud*, som anfører, at der ved siden af erstatningsreglerne er plads til (indtil videre) ulovhjemlede identifikations- og ansvarsgennembrudsbetragtninger

197 Se Werlauff i EU&M.2009.166, *En 'Copenhagen effect'? - Danmarks svar på Centros: en vidtgående selskabsreform, der styrker selskabernes frie bevægelighed*, om den danske selskabsreform vedtaget i 2009. Reformen blev dog ikke helt så vidtgående, som forfatteren illustrerer i artiklen

7.1.5 Tvangskreditor contra frivillig kreditor – U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*

Når spørgsmålet om hæftelsesgennembrud¹⁹⁸ skal vurderes, er det væsentligt at sondre mellem *tvangskreditorer* og *frivillige kreditorer*. Som det ses i U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, finder Højesteret, at der foreligger hæftelsesgennembrud i hvert fald over for SKAT, der var tvangskreditor.¹⁹⁹

Virksomheden Midtfyns Festivalen var blevet opdelt i særligt to selvstændige juridiske enheder, hvor Restaurationsselskabet profiterede fra Festivalselskabet, hvilket bevirkede, at Restaurationsselskabet tjente gode penge på festivalen, hvorimod Festivalselskabet tabte penge. Selskaberne, der var søsterselskaber, var begge af typen ApS. Højesteret statuerede på det foreliggende grundlag hæftelsesgennembrud med den følge, at Restaurationsselskabet hæftede *"...for Festivalselskabets gæld, i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor."*²⁰⁰

Det skal i tillæg til ovennævnte bemærkes, at både Restaurationsselskabet og Festivalselskabet **1)** havde samme direktør, **2)** udadtil i vidt omfang agerede som en samlet virksomhed, **3)** Restaurationsselskabet havde indgået særdeles fordelagtigt forpagtningsforhold med Festivalselskabet, og på trods heraf betalte Restaurationsselskabet end ikke samtlige de aftalte beløb for forpagtningen, **4)** både Restaurationsselskabet og Festivalselskabets betalinger foregik via Restaurationsselskabet, der virkede som bank for Festivalselskabet, **5)** udgiftsfordeling og -kontering skete efterfølgende med udgangspunkt i den opgavefordeling, som fremgik af forpagtningsaftalen, men uden at fordelingen blev præciseret over for dem, som foretog konteringen. **6)** Festivalselskabets aktiver blev i væsentligt omfang stillet til sikkerhed for Restaurationsselskabets kredit i Bikuben (bank) og **7)** på trods af udvist indtjeningspotentiale overtog Restaurationsselskabet Festivalselskabets aktiviteter uden betaling for goodwill eller andet efter sidstnævntes insolvens.²⁰¹

Højesteret lægger i afgørelsen til grund:

"...at der i betydeligt omfang skete en sammenblanding af selskabernes økonomi, og at den foretagne opdeling af virksomheden mellem de to selskaber indebar, at det ene – Restaurationsselskabet – fik mulighed for at opsamle langt den største del af overskuddet ved den samlede aktivitet, mens det andet – Festivalselskabet – år for år stod over for økonomiske risici, som var meget betydelige i forhold til selskabets aktuelle egenkapital."

198 Som det følger af Lyng Andersen og Werlauff i J.1989.189, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud – en svensk betænkning om aktionærers hæftelse for selskabsgæld*, foreligger der flere danske domme, der fastslår hæftelsesgennembrud, f.eks. U.1977.526H, U.1978.880H, U.1979.177H, U.1980.806V. Herudover særligt U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*

199 U.2000B.399, *UfR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997*, af Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

200 U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*

201 U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*

Højesterets resultat i U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, er i tråd med argumentationen for statuering af hæftelsesgennembrud beskrevet i den svenske betænkning SOU 1987:59 samt om samme efter norsk ret, jf. Viggo Hagstrøm i TfR.1993.250, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett* ovenfor under pkt. 7.1.3.

I den svenske betænkning SOU 1987:59 er det som i U.1997.1642H tilfælde, hvor der f.eks. **1)** er identifikation mellem ledelsen af selskaberne, **2)** underkapitalisering i et af selskaberne i forhold til risikoen ved den drevne virksomhed og **3)** økonomisk udnyttelse af beslægtet virksomhed (her særligt ved forpagtningskontrakt), at der kan statueres hæftelsesgennembrud.²⁰²

Som det følger af ovenstående, statueres hæftelsesgennembrud ikke ud fra blot et eller flere faste kriterier.²⁰³ Hæftelsesgennembrud er i praksis blevet statueret (som i U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, og som tænkt i SOU 1987:59) på baggrund af en flerhed af omstændigheder. Hæftelsesgennembrud er således et "forsvarsværktøj" til brug mod uberettiget misbrug af selskabsinstituttet. Det er således et spørgsmål om, hvor grænsen går for, hvad en eneaktionær, en forholdsmæssig stærk selskabsdeltager, et moderselskab, en gruppe majoritetsaktionærer mv. må "bruge" selskabet og dets ressourcer til.²⁰⁴

Det skal erindres, at hæftelsesgennembrud er den absolutte undtagelse til den klare regel om, at deltagere i et kapitalselskab hæfter begrænset med den i selskabet indskudte kapital med tillæg af reserver.²⁰⁵ Herved skal forstås, at spørgsmålet om hæftelsesgennembrud ikke skal træde så kraftigt frem på den selskabsretlige scene, så dette herved modvirker benyttelsen af kapitalselskaber med begrænset hæftelse som etableringsform.

Domstolenes mulighed for at statuere hæftelsesgennembrud skal som nævnt nærmere ses som en sikkerhedsventil, hvor at misbrug af selskabsinstituttet kan afhjælpes ved, at de ansvarlige – det værre sig en eneaktionær, en forholdsmæssig stærk selskabsdeltager, et moderselskab, en gruppe majoritetsaktionærer – drages til ansvar for deres utilbørlige handlinger vedrørende selskabets formue, herunder mod selskabets kreditorer.

7.1.6 Tvangskreditorer, frivillige kreditorer og de øvrige

Som det følger af Højesterets dom U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, sondres der mellem tvangskreditorer og frivillige kreditorer. Som det generelt er tilfældet vedrørende spørgsmålet om hæftelsesgennembrud, kan

202 SOU 1987:59, s. 61 ff.

203 Werlauff, *Selskabsmasken*, s. 31 ff. samt Viggo Hagstrøm i TfR.1993.250, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*

204 Werlauff, *Selskabsmasken*, bagsiden samt U.1992B.68, *Anmeldelse af: Erik Werlauff: "Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten"*, af Jørgen Nørgaard

205 J.1989.189, *Selskabsretligt hæftelsesgennembrud – en svensk betænkning om aktionærers hæftelse for selskabsgæld*, af Lyne Andersen og Werlauff

det i forhold til sondringen mellem tvangskreditorer contra frivillige kreditorer ikke sættes på formel, om hæftelsesgennembrud kun er en mulighed, når tilfældet omhandler tvangskreditorer, eller om der også for frivillige kreditorer er adgang til at komme igennem med et hæftelsesgennembrud.

Det er oplagt – og som det også følger af Højesterets begrundelse i U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen* – at der må bestå et særligt behov for at beskytte de af selskabets kreditorer, der ikke selv positivt har valgt at have et tilgodehavende hos selskabet (tvangskreditorer).

Det må omvendt slutes, at frivillige kreditorer må forberede sig på, at det for den enkelte kreditor synlige brug/misbrug af selskabet (debitor) vil trække i retning mod, at der ikke på denne baggrund vil kunne statueres hæftelsesgennembrud. En professionel långiver – f.eks. en bank – har andre og langt mere tilbundsående muligheder for at afsøge en potentiel debitor (selskabet) forud for, at en finansiering bevilges.

Se herom den svenske Högsta Domstols (Højesteret) afgørelse i NJA.1992.375, hvor der ikke kunne ske hæftelsesgennembrud til en kommune for et banklån ydet til et selskab ejet af kommunen, idet kreditor (banken) var vidende om forholdene i selskabet (debitor), hvorfor der allerede af den grund ikke kunne ske hæftelsesgennembrud til kommunen. Der var tale om en accept af risiko fra kreditors side, som bevirkede, at kreditor ikke efterfølgende kunne gøre et krav gældende mod ejerne af selskabet (kommunen).²⁰⁶

Der eksisterer således ikke de samme beskyttelseshensyn, når der på denne måde sondres mellem frivillige kreditorer og tvangskreditorer. Det er dog også et faktum, at der mellem tvangskreditorer som f.eks. SKAT og frivillige kreditorer som f.eks. selskabets bankforbindelse ofte er placeret mindre og ikke nært så "tunge" og ikke særligt professionelle frivillige kreditorer. Her tænkes f.eks. på mindre varekreditorer og øvrige samarbejdspartnere af samme styrke, overfor hvem der må antages også at bestå et beskyttelseshensyn, idet denne gruppe af interessenter ikke som udgangspunkt kan forventes at besidde evner og/eller at ofre tilstrækkelige ressourcer til gennemgribende at vurdere debitorens (selskabets) betalingssevne.

Det følger af lovudkastets § 1 a, stk. 1, 3. pkt. i SOU 1987:59, at:

"...För förpliktelser på grund av avtal med viss borgenär inträder ej ansvar för delägare, som gjort vad som på honom skäligen ankommit för att upplysa borgenären om bolagets ekonomiska förhållanden."

Af dette bidrag følger, at såfremt selskabsdeltageren har oplyst aftalekreditor i rimeligt omfang om selskabets (debitors) økonomiske forhold, da kan selskabsdeltageren ikke drages til ansvar.

206 Se om afgørelsen Werlauff i TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*

Der er således kongruens mellem lovudkastets § 1 a, stk. 1, 3. pkt. og NJA.1992.375, endda på trods af at det nævnte lovudkast ikke er blevet kodificeret. Kreditors accept af risiko skal ikke ramme selskabsdeltageren.²⁰⁷ Denne kongruens er dog ingenlunde tilfældig, da lovudkastets del om hæftelsesgennembrud i SOU 1987:59 er et udtryk for, hvad der grundlæggende allerede må kunne kvalificeres som gældende ret.²⁰⁸

Af de aftalekreditorer, der ofte ikke er så tæt på selskabet (debitor), kan tænkes mindre vareleverandører, den lille håndværker (malermester, tømrermester mv.), der alle oparbejder tilgodehavender hos selskabet som følge af en aftale (en kontrakt) med selskabet. Disse kreditorer er som udgangspunkt aftalekreditorer. Der må for denne type af mindre kreditorer bestå andre beskyttelseshensyn end for aftalekreditorer, der er mere ligevægtige (eller endda mere vægtige, f.eks. en bank) i forhold til selskabet (debitor).

Det ovenfor refererede stykke fra lovudkastets § 1 a, stk. 1, 3. pkt. har også indbygget en beskyttelse af aftalekreditorerne, hvilken beskyttelse nok særligt vil tilgodesee mindre aftalekreditorer. Beskyttelsen er materialiseret i den oplysningspligt, der er pålagt selskabsdeltageren, for at undgå efterfølgende at kunne blive draget til ansvar for selskabets økonomiske sammenbrud.

Bankforbindelser, større samarbejdspartnere, udlejere af fast ejendom mv. vil holde selskabet i forholdsvis kortere snor end den lille malermester eller tømrermester, hvis forretningsomfang med virksomheden kan være af stor betydning for håndværkeren, men en dråbe i vandet for selskabet (debitor). Såfremt håndværkeren ikke umiddelbart tager opgaven, men stiller kritiske spørgsmål forudgående til selskabets (debitors) økonomiske formåen, står der sikkert andre håndværkere på spring – klar til at påtage sig opgaven.

De store samarbejdspartnere vil typisk have adgang til flere af selskabets økonomiske nøgletal, herunder i visse tilfælde selskabets interne regnskabstal og interne budgetter. Der vil således typisk ske en anden og mere grundig oplysning af de større kreditorer, end hvad tilfældet er for mindre kreditorer.

I lovudkastets § 1 a, stk. 3 var der endvidere foreslået, at kurator på vegne kreditorerne skulle kunne gøre fælles sag og samle kravene. Da lovud-

207 Lyng Andersen og Werlauff i J.1989.189, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud – en svensk betænkning om aktionærers hæftelse for selskabsgæld*

208 Se Lyng Andersen og Werlauff i J.1989.189, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud – en svensk betænkning om aktionærers hæftelse for selskabsgæld*, hvori forfatterne anfører, at "...Allerede nu må retstilstanden forventes at være som angivet i det svenske lovforslag, således at aktionærer/anpartshavere eller andre, der har anvendt en bestemmende indflydelse til at drive et A/S eller ApS på en for kreditorerne utilbørlig måde eller med klart utilstrækkelig kapital, hæfter solidarisk med selskabet.". Se desuden Werlauff i den senere artikel TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*, hvori forfatteren efter U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*, endnu engang slår fast, at der – i hvert fald i dansk ret – består uskrevne grundsatninger om hæftelsesgennembrud

kastet ikke er vedtaget – og der ikke er anden hjemmel dertil – er det stadig gældende, at kreditorerne hver for sig må anlægge sag mod selskabet (debitor). Den manglende adgang til at gøre fælles sag mod selskabet via kurator må antages at afholde flere mindre kreditorer fra at gøre deres krav gældende. Dette synes uhensigtsmæssigt og som en økonomisk hindring for de mindre kreditors access to justice.

Selvom bestemmelsen i lovudkastets § 1 a, stk. 1, 3. pkt. ikke kun tilgodeser mindre aftalekreditorer, må det i det praktiske liv være mere hovedreglen end undtagelsen, at bestemmelsen stort set kun vil beskytte netop de mindre aftalekreditorer. Det må således kunne sammenfattes, at denne type af mindre aftalekreditorer, der *ikke* er blevet oplyst om selskabets økonomiske grundlag forud for kontraheringen (såfremt der er behov herfor), også kan kvalificeres som en art tvangskreditor, og dermed nyde beskyttelse på samme måde som offentlige kreditorer og retsbrudskreditorer.²⁰⁹

7.1.7 Den stærke selskabsdeltager – mere om "kontrolgruppen"

For at statuere hæftelsesgennembrud må det kræves, at et subjekt (en person eller en/et virksomhed/selskab) skiller sig ud som den stærke part. Som et eksempel kan nævnes situationen, hvor senior via sit selskab udøver kraftig indflydelse på, hvordan junior driver sit selskab, herunder de underliggende datterselskaber ejt af juniors selskab.

Det kan i så fald antages, at seniors selskab udgør en "kontrolgruppe" i forhold til juniors selskaber, idet seniors selskab – som den stærke part – forudsættes over en længere periode at have dikteret driften i juniors selskaber.

I et familieforhold kan det være tilfældet, at (typisk) en af de ældre i familien er den "samlende kraft". Det kan tænkes, at denne person reelt – men ikke formelt – besidder den bestemmende indflydelse i et selskab (her juniors selskaber). Det stærke familiemedlem kan som følge af den

209 Se også Børge Dahl og Jørgen Nørgaard i U.2000B.399, *UFR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997*, om forskellen mellem tvangskreditorer og frivillige kreditorer. Se desuden Werlauff i TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*, argumentere for at kun hvor aftalekreditor er blevet gjort meget klart opmærksom på selskabets økonomiske situation forud for kontraheringen, er der intet – og kun her intet – specielt hensyn at tage til denne kreditor

reelle majoritet udgøre en kontrolgruppe og derved udgøre et mål for hæftelsesgennembrud.²¹⁰

Det er den samme vurdering, der skal foretages i koncernbegrebet i IFRS 10, da det også i IFRS 10 er afgørende hvem, der besidder kontrol, jf. IFRS 10, s. 9 (5-7).

Det ses at kunne rummes i koncernbegrebet i IFRS 10, at der kan statueres koncernforbindelse uanset baggrunden for virksomhedernes/selskabernes involvering med hinanden. Blot seniors selskab reelt kontrollerer juniors selskab(er), er der koncernforbindelse mellem seniors selskab og juniors selskab(er). Selskabsretligt kan der kun udledes ét moderselskab. Såfremt flere selskaber ses at kunne opfylde koncernbegrebet, skal det afklares, hvilket af disse selskaber, der udøver den største indflydelse ("most significantly"), jf. IFRS 10, s. 10 (13), over datterselskabet.²¹¹

Sammenfattende kan det anføres vedrørende sammenhængen mellem læren om ægte selskabsretligt hæftelsesgennembrud og etablering af en koncern, at der med koncernbegrebet i IFRS 10 nu er rum for at foretage ligeså frie overvejelser, som når der foretages vurdering af, om der kan statueres hæftelsesgennembrud. Hvem der reelt besidder kontrollen over en virksomhed, er dét, der skal efterprøves, for at der kan konkluderes at foreligge en koncern, ligesom det er samme forhold, der skal efterprøves ved vurdering af eventuelt hæftelsesgennembrud.

IAS 27 rummer – modsat IFRS 10 – ikke den samme dimension, idet koncernbegrebet i IAS 27 kræver en form for aftaleforhold. Koncernbegrebet i IAS 27 er således væsentligt forskelligt fra koncernbegrebet i IFRS 10, hvori det i sidstnævnte direkte er anført, at "baggrunden" for forbindelsen mellem moder og datter ikke spiller en rolle ("*regardless of the nature of its involvement with an entity*", jf. IFRS 10, s. 9 (5)). Det er således alene væsentligt, om der foreligger den fornødne kontrol, bestemmende indflydelse, jf. IFRS 10, s. 9 (5-7).

Retstilstanden vedrørende IAS 27 (og dermed SL §§ 6 og 7) ses således at medføre, at en kontrolgruppe formelt kan placere aktiviteter i et sel-

210 Se Werlauff i U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud*, hvori forfatteren anfører, at "bagmanden" ikke nødvendigvis behøver at eje kapitalandele (formel indflydelse), blot "bagmanden" reelt besidder disse kapitalandele, kan denne kvalificeres som "kontrolgruppe". En sådan situation kan, som forfatteren nævner, være begrundet i et tidligere økonomisk sammenbrud for "bagmanden", hvorfor "bagmanden" nødtigt vil eje kapitalandele i selskabet, men reelt besidder disse kapitalandele via en anden (f.eks. "bagmandens" eventuelle sønner), så at selskabsdriften er et surrogat for "bagmandens" egen virksomhedsdrift. Se endvidere lovudkastets § 1 a, stk. 2 i SOU 1987:59, hvoraf fremgår, at "*...Den som utan att vara delägare har ett bestämmande inflytande över bolagets verksamhet är ansvarig enligt de grunder som anges i första stycket.*"

211 Se IFRS 10, s. 10 (13), hvoraf fremgår: "*If two or more investors each have existing rights that give them the unilateral ability to direct different relevant activities, the investor that has the current ability to direct the activities that most significantly affect the returns of the investee has power over the investee.*"

skab, hvorover kontrolgruppen udøver bestemmende indflydelse, uden at kontrolgruppen som følge heraf er forpligtet til at indregne selskabet i kontrolgruppens egen selskabsstruktur. IFRS 10 gør op med denne retstilstand, og rykker koncernbegrebet endnu længere mod *realitet* frem for *formalitet* – "substance-over-form".

7.1.8 Ringen slutes – fra læren om hæftelsesgennembrud til det nye koncernbegreb

Med det nye koncernbegreb i IFRS 10 ses der – selskabsretligt – at være sluttet en ring, idet der nu er kongruens mellem grundlaget for at definere en kontrolgruppe (i relation til hæftelsesgennembrud) og kriterierne for etablering af koncernforbindelse. Det kan endda anføres, at betingelserne for at statuere ægte hæftelsesgennembrud går igen i betingelserne for at etablere koncernforbindelse – der skal foreligge kontrol uden krav om forudgående aftaleforhold.

For at statuere hæftelsesgennembrud fordres – som en selvfølge – et misbrug, men "kontrolbetingelsen" i læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud er ensartet med den kontrol, der nødvendigvis skal foreligge, for at der er etableret koncernforbindelse.

At ringen på denne måde slutes, er et udtryk for, at det ikke kan accepteres, at der drives rovdraft på selskaber ("misbrugs-elementet"), ligesom det ikke kan accepteres, at der ikke er kongruens mellem den, der reelt besidder den bestemmende indflydelse og den, der skal medregne besiddelsen i en konsolidering (koncernregnskab). Den, der reelt besidder kontrollen, skal omfattes af de rettigheder og pligter, som denne konsolidering medfører i selskabsretlig, skatteretlig (sambeskatningsretlig), regnskabsretlig og børs- og kapitalmarkedsretlig forstand.

Det faktum, at kontrolbetingelsen i koncernbegrebet i IFRS 10 har samme træk som kontrolgruppen i læren om selskabsretligt hæftelsesgennembrud, kan ses som en stor cadeau til de visionære forskere og modige dommere, der ikke bare nationalt – men også internationalt – har udviklet denne uskrevne retsgrundsætning om hæftelsesgennembrud.

Systematikken i koncernbegrebet i IFRS 10, hvor det er uanset hvordan involveringen mellem det potentielle moderselskab (investor) og (datter)virksomheden forekommer, må siges at kunne trække lige tråde tilbage til læren om ægte hæftelsesgennembrud, hvor hverken aftaleforhold eller culpa er en nødvendighed.

8 Fortilfælde, hvor dansk ret udvikles dynamisk efter et inter- eller supranationalt forbillede (OECD, EMRK og EU-grundrettighederne)

Nu hvor koncernbegrebet i IAS 27 står for fald, og bliver erstattet af IFRS 10, skaber det grund til overvejelse, om der i dansk ret – på baggrund af forarbejderne i bet. 1498/2008 og de endelige lovbestemmelser i SL §§ 6 og 7 – skal ske en dynamisk fortolkning af koncernbegrebet, således at vi i dansk ret – på det foreliggende grundlag – automatisk skal adoptere det nye koncernbegreb i IFRS 10, der som bekendt (også materielt) adskiller sig fra det koncernbegreb, der udledes af IAS 27.

Dynamisk fortolkning i relation til det danske selskabsretlige koncernbegreb skal forstås således, at fortolkning af koncernbegrebet skal ske efter IFRS 10 og kommentarerne til IFRS 10, og ikke efter IAS 27 og kommentarerne til IAS 27.

SL §§ 6 og 7 vil ikke ændre ordlyd ved en dynamisk fortolkning efter IFRS 10, men fortolkningen af SL §§ 6 og 7 vil følge det nye koncernbegreb i IFRS 10 og kommentarerne til IFRS 10. Dynamisk fortolkning er det modsatte af statisk fortolkning.

IAS 27 bliver samtidig med IFRS 10's ikrafttrædelse stærkt ændret, herunder særligt at koncernbegrebet flyttes til netop IFRS 10.²¹² Grundlaget for fortolkning af det danske koncernbegreb forsvinder, idet definitionen af koncernbegrebet i IAS 27 elimineres.

Det nye koncernbegreb i IFRS 10 samler op på koncernbegrebet i IAS 27 og afhjælper de uhensigtsmæssigheder, der har vist sig ved begrebsdannelsen efter IAS 27.²¹³ Koncernbegrebet ændres således fra det oprindelige i IAS 27 og bliver flyttet til en særskilt IFRS (IFRS 10).

Flere dele af dansk ret udvikles via en dynamisk fortolkning af regelsæt og standarder. Denne dynamiske fortolkning udvikles i retspraksis, og udøves f.eks. af EU-domstolene vedrørende EU-grundrettighederne, ændret retspraksis som følge af Committee on Fiscal Affairs' kommentarer (nye kommentarer) til OECD-modeloverenskomsten (Model DBO'en) og af Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) vedrørende de europæiske menneskerettigheder i EMRK.²¹⁴

I dette kapitel vil det – med afsæt i fortolkningen af EMRK og EU-grundrettighederne samt særligt Model DBO'en – blive behandlet, om der skal anlægges en statisk eller dynamisk fortolkningsstil af det danske kon-

212 Se den nye IAS 27 – International Accounting Standard 27, Separate Financial Statements, udsendt i maj 2011 af IASB

213 IFRS 10, s. 6 (IN3-5). Det er i denne fremstillings kap. 5 konkluderet, at der er signifikant forskel på koncernbegrebet i IAS 27 sammenholdt med koncernbegrebet i IFRS 10, og at manglerne ved koncernbegrebet i IAS 27 er søgt afhjulpnet ved et bredt formuleret koncernbegreb med principbaserede (og ikke formelle) kriterier for etablering af koncernforhold i IFRS 10

214 Se om internationale og supranationale menneskerettigheder i dansk ret Henrik Zahle i *Menneskerettigheder – Dansk forfatningsret* 3, s. 39 ff.

cernbegreb i SL §§ 6 og 7. Desuden inddrages såvel retspositivistiske som hermeneutiske betragtninger i behandlingen, ligesom også retssikkerhedsmæssige aspekter belyses.

Det vil af dette kapitel fremgå, at det kun vanskeligt kan konkluderes, om det danske koncernbegreb for nuværende skal fortolkes statisk (efter IAS 27) eller dynamisk (efter IFRS 10).

8.1 EMRK – dynamisk regelværk

Som eksempel på det dynamiske regelværk i EMRK kan fremhæves dommen af 13. august 1981 i British Rail afsagt af EMD og den senere dom Sigurjónsson mod Island afsagt den 30. juni 1993 af EMD.²¹⁵ Begge domme omhandler negativ foreningsfrihed, dvs. retten til ikke at være pligtigt medlem af en forening. Tvunget medlemskab af en forening kan ikke accepteres af EMD, hvilket ved en dynamisk fortolkning blev set at være indeholdt i EMRK art. 11.²¹⁶

EMD-dommen **Sørensen & Rasmussen mod Danmark**, afsagt den 11. januar 2006, handlede ligeledes om negativ foreningsfrihed – retten til frihed fra eksklusivaftaler. Dommen er et eksempel på, at dansk ret også bevæger sig, når konventionen bevæger sig i kraft af ny konventionspraksis.²¹⁷

Danmark har – som Werlauff bemærker i *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 62 – inkorporeret en konvention (EMRK) og ikke blot en konventionstekst. Udviklingen af EMRK – også i dansk ret – er således ikke kun et rent dansk anliggende – faktisk tværtimod. Udviklingen sker i regi af EMD, herunder potentielt med bidrag fra samtlige konventionsstater. Med andre ord: Den danske EMRK-lov skal fortolkes ”EMRK-konformt”.

Som reference til hvordan dansk ret skal forholde sig til EMRK, ses – efter selskabsreformen – dansk rets forhold til IAS 27. I dansk ret er der i SL §§ 6 og 7 optaget et koncernbegreb, der ikke materielt adskiller sig fra IAS 27, ligesom ordlyden er (næsten) identisk fra IAS 27 til SL §§ 6 og 7.

SL §§ 6 og 7 skal endvidere fortolkes i overensstemmelse med IAS 27. Udviklingen (og reguleringen) af det danske koncernbegreb sker dermed i regi af IASB – ligesom udviklingen af EMRK også sker hos centralt hold (EMD). De danske domstole skal således i begge tilfælde også søge fortolkning i ”ikke-danske” kilder for at udlede gældende ret.

215 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 154

216 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 154

217 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 62

Særligt interessant er det, om dansk ret – med baggrund i metodikken fra den danske behandling af EMRK – skal acceptere den seneste udvikling, som er sket i regi af IASB, hvor koncernbegrebet (IAS 27) er blevet ændret – og flyttet – til en ny standard (IFRS 10)?

Danmark er ikke i forholdet til IASB medlemsstat (som Danmark er i forholdet til OECD, der udarbejder og regulerer Model DBO'en) eller konventionsstat (som Danmark er i forholdet til EMRK). Sidst – men absolut ikke mindst – har Danmark ikke afgivet suverænitæt til IASB (som Danmark har til EU). IASB er mere at betragte (hierarkisk) som værende på højde med en brancheorganisation.²¹⁸

Danmark har alene optaget koncernbegrebet i IAS 27 i dansk ret, og har således ikke overfor IASB afgivet nogen kompetence til at regulere det danske koncernbegreb. Det kan således slutes, at IASB ikke kan kræve, at dansk ret "følger med over" til det nye koncernbegreb i IFRS 10.²¹⁹

Om der i dansk ret alligevel skal ske en anvendelse af det nye koncernbegreb i IFRS 10, som fortolkningsbidrag til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7, afhænger af interne danske forhold. Om der i dansk ret skal anlægges en statisk fortolkning (IAS 27) eller en dynamisk fortolkning (IFRS 10) af det danske koncernbegreb, behandles nærmere under pkt. 8.4 og 8.5.

8.1.1 Nærmere om dommene *British Rail* og *Sigurjónsson mod Island*

Dommen **British Rail** omhandlede tre britiske jernbanefunktionærer ved navn Young, James og Webster. De var alle tre ansat ved de britiske jernbaner (British Rail). British Rail indgik under de tre funktionærers ansættelse overenskomst med nogle fagforeninger, af hvilken overenskomst det fulgte, at medlemskab af en af fagforeningerne var en betingelse for fortsat ansættelse ved British Rail.

Denne form for eksklusivaf tale fandtes at stride mod EMRK art. 11, idet en afskedigelse på baggrund af betingelsen om pligtmedlemskab – med tab af funktionærernes eksistensgrundlag til følge – var en særlig form for tvang, der ramte selve kernen af den frihed, der er garanteret i EMRK art. 11.²²⁰

Dommen **Sigurjónsson mod Island** omhandlede tvunget medlemskab af taxa-organisationen "Frami" som betingelse for at opnå en hyrevognsbetjalling. Islands Alting vedtog ydermere en lov, der gav tilstrækkelig lov-

218 Som brancheorganisation skal forstås, at IASB er et i forhold til dansk ret udenforstående privat organ, der har karakter af en brancheorganisation indenfor revision

219 Såfremt der havde været tale om en EU-retlig regulering (direktiv eller forordning) af koncernbegrebet, havde Danmark været forpligtet til at acceptere ændringen af koncernbegrebet. Det skal bemærkes, at EU-retlige forordninger pr. definition kan indeholde pligter for såvel medlemsstaterne som for private. Se nærmere om EU-retlige forordninger og direkte virkning (umiddelbar anvendelighed) Engsig Sørensen og Runge Nielsen i *EU-retten*, s. 141

220 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 154

hjemmel til at opretholde pligtigt medlemskab af en organisation som "Frami" for at opnå hyrevognsbevilling.

EMD fandt, at vedtagelsen af loven om accept af pligtmedlemskab for opnåelse af hyrevognsbevilling, ikke var nødvendigt i et demokratisk samfund, ligesom der i andre EMRK-stater ikke sås at være behov for lignende regulering. Indgrebet mod foreningsfriheden var dermed ikke tilstrækkeligt nødvendigt, hvorfor EMD fandt, at et pligtmedlemskab som det omhandlede stred mod EMRK art. 11. EMD anførte, at foreningsfriheden har fundet øget tilslutning på internationalt plan, og at EMRK er et "dynamisk regelværk", som må fortolkes i lyset af de til enhver tid gældende forhold.²²¹

EMRK er således et eksempel på et supranationalt regelsæt, der håndhæves af en supranational domstol (en fælleseuropæisk forfatningsdomstol)²²² i skikkelse af EMD. Den dynamiske fortolkning af menneskerettighederne er med til at sikre, at borgere og virksomheder er sikret en beskyttelse, der er afstemt i forhold til det omkringliggende samfund.

Det overses nok typisk i det praktisk liv, men ikke desto mindre er det vigtigt at holde sig for øje, at også virksomheder er beskyttet af EMRK – virksomheder har menneskerettigheder! Virksomheder kan – som borgere generelt – også få prøvet spørgsmål, der henhører under EMRK.

8.2 EU-grundrettighederne – dynamisk fortolkning en nødvendighed

Hvad angår EU-grundrettighederne, har Danmark ved folkeafstemningen den 2. oktober 1972 tiltrådt medlemskab af EF (nu EU). EU-grundrettighederne medfører, at der for borgere og virksomheder i EU-landene skal gælde nogle nærmere definerede grundrettigheder for f.eks. udøvelse af virksomhedsetablering, kapitalens frie bevægelighed mv.

Den dynamiske fortolkning i afgørelser afsagt af EU-domstolen kan aflæses i afgørelsernes præmisser via sproglige vendinger som "*på EU-rettens nuværende udviklingstrin*".

8.2.1 C-81/87, *Daily Mail* og C-210/06, *Cartesio* – vanskeligt at forudsige tempoet på den dynamiske udvikling

Et eksempel på en dom afsagt af EU-domstolen, hvori det anføres, at EU-retten – på dens nuværende udviklingstrin – ikke findes at kunne rumme en bestemt beskyttelse, ses C-81/87, *Daily Mail*. Dommen omhandler et

221 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 154

222 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 9

selskab, der ønsker at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted (reelle hjemsted) fra Storbritannien til Holland. EU-domstolen fandt ikke, at denne beskyttelse – på EU-rettens nuværende udviklingstrin – kunne påberåbes under traktaten²²³.

Det var forventet, at EU-domstolen i den nyere dom C-210/06, *Cartesio*, endeligt ville gøre op med C-81/87, *Daily Mail*, og statuere, at der nu – under beskyttelse af EU-grundrettigheden om fri etablering – vil være adgang for selskaber til at foretage en udflytning af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted.²²⁴

EU-domstolen anerkendte imidlertid i C-210/06, *Cartesio*, medlemsstaternes mulighed for at modsætte sig et selskabs udflytning af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, så længe selskabet stadig vil høre under denne stats ("raflytningsstatens") retsorden.²²⁵

C-210/06, *Cartesio*, omhandler en udflytning af det vedtægtsmæssige hjemsted for et ungarsk K/S. Der kan argumenteres, at da dommen omhandler udflytning af et selskab etableret i denne noget "spinkle" retsform (et K/S) – og ikke et selskab etableret som et A/S – har dette haft indvirkning på EU-domstolens vurdering. Dette må dog kunne afvises, idet EU-grundrettighederne beskytter såvel et K/S som et A/S. Den EU-retlige beskyttelse er ikke afhængig af etableringsformen.

C-210/06, *Cartesio*, blev dermed ikke det ventede opgør med C-81/87, *Daily Mail*. Mange havde ellers forventet, at C-210/06, *Cartesio*, ville blive det endelige opgør med den mere end 20 år ældre C-81/87, *Daily Mail*. Udfaldet af C-210/06, *Cartesio*, illustrerer blot, hvor vanskeligt det kan være at forudsige retsudviklingen på et givent område. C-210/06, *Cartesio*, ændrer dog ikke på, at EU-grundrettighederne skal fortolkes dynamisk, men tempoet på denne dynamiske udvikling ses med C-210/06, *Cartesio*, svært at bedømme.

223 EØF-traktatens art. 52 og 58 om etableringsfrihed, der er en af EU-grundrettighederne. Retten til frit at etablere sig følger nu af kap. 2 – art. 49 (etableringsfrihed og forbud mod restriktioner) og art. 54 (selskabers ligestilling med borgere) – i EU's Lissabontraktat

224 Der henvises i Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 493-494, til Karsten Engsig Sørensen artikel i NTS 2009, s. 18 ff., *CARTESIO-dommen. Et skridt frem og to tilbage i sagaen om selskabers muligheder for fri bevægelighed*, hvori Engsig Sørensen anfører, at C-210/06, *Cartesio*, er "...et skridt frem og to tilbage...". Skuffelsen over udfaldet af C-210/06, *Cartesio*, er tydelig

225 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 493. Som Werlauff bemærker i samme fremstilling på s. 494, så bør det ikke overses, at EU-domstolen med C-210/06, *Cartesio*, anerkender, at et selskab kan flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted, såfremt selskabet samtidig flytter sit faktiske hjemsted. Werlauff anfører dog i tilknytning her til, at der i praksis må forventes benyttet en omvendt lodret fusion ("sugekopmetoden") som alternativ til den (forventeligt) mere administrativt tunge udflytning af hjemsted (udflytning af såvel faktisk som vedtægtsmæssigt hjemsted)

8.2.2 EU-grundrettighederne – dynamisk fortolkning kræves

EU-grundrettighederne er – som koncernbegrebet i IFRS 10 – bredt formuleret. Den brede formulering samt formålet med reglernes vedtagelse (beskyttelsen af borgere og virksomheder) fordrer en dynamisk fortolkning af disse EU-grundrettigheder.

Såfremt EU-grundrettighederne ikke fortolkes dynamisk, da vil rettighederne over tid miste deres beskyttende effekt for borgere og virksomheder. De beskyttelsesmæssige hensyn varetages bedst over tid, såfremt der anlægges en dynamisk fortolkning af bestemmelserne, idet bestemmelserne i så tilfælde vil være afstemt udviklingen i det omkringliggende samfund. Denne argumentation ligger ligeledes til grund for den krævede dynamiske fortolkning af EMRK.

8.3 OECD-modeloverenskomsten – flere ligheder med de internationale regnskabsstandarder

Dobbeltbeskatningsoverenskomster – der regulerer beskatningsretten bilateralt – har som udgangspunkt to overordnede formål: **1)** undgå, at borgere og virksomheder udsættes for dobbeltbeskatning og **2)** undgå, at borgere og virksomheder opnår dobbelt ikke-beskatning.

Borgere og virksomheder har endvidere ret til ikke at påberåbe sig en DBO, idet en DBO ikke udgør en selvstændig beskatningsadgang. DBO'en kan kun lempe – og dermed ikke forøge – beskatningen. Dette kaldes "den gyldne regel", og er i praksis anerkendt i TfS 2003, 167 LSK.²²⁶

Som Werlauff eksemplificerer i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 42, kan en disposition umiddelbart synes, at skulle beskattes efter den gældende DBO, men da den relevante nationale regel ikke fører til en sådan skattepligt, skal dispositionen ikke beskattes.²²⁷

Committee on Fiscal Affairs, der udarbejder Model DBO'en og kommentarerne hertil, har flere lighedstræk med IASB, der udarbejder de internationale regnskabsstandarder. Begge organer er sammensat af internationale eksperter på de respektive områder, ligesom begge organer afgiver kommentarer til deres regelsæt – Committee on Fiscal Affairs til Model DBO'en og IASB til de internationale regnskabsstandarder.²²⁸

Model DBO'en ses også at have indflydelse på beskatningsforholdene i ikke-kontraherende stater.²²⁹ Model DBO'en er således så anerkendt og udbredt, at model DBO'en i vidt omfang også finder anvendelse i ikke-OECD-lande.

226 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 42

227 Et eksempel på "den gyldne regel"

228 Model DBO, s. 8 (29)

229 Model DBO, s. 4 (14)

De internationale regnskabsstandarder nyder også stor international anerkendelse, hvilket ikke at forglemme var hovedårsagen til, at udvalget i bet. 1498/2008 valgte koncernbegrebet i IAS 27 som forbillede for koncernbegrebet i dansk ret. Denne søgen efter internationalisering i dansk ret af koncernbegrebet fandtes opfyldt med koncernbegrebet i IAS 27.

Model DBO'en og dens kommentarer kan mest af alt betragtes som en form for indarbejdet baggrundsret, og det ses endvidere, at der i dansk ret – i tvivlstilfælde – henvises til Model DBO'en og kommentarerne til denne for udfyldning, jf. f.eks. TfS 1993, 7 H, *Texaco* samt TfS 2000, 426 Ø.²³⁰ Denne tendens ses også internationalt, idet også domstole i andre lande end Danmark anvender Model DBO'en og kommentarerne til denne, som udfyldning i tvivlstilfælde.²³¹

Der ses at være stærke systematiske²³² lighedspunkter mellem Committee on Fiscal Affairs arbejde med Model DBO'en og IASB's arbejde med de internationale regnskabsstandarder. Derudover findes den måde, hvorpå Model DBO'en anvendes i dansk ret til fortolkning af DBO'er, at være et meget relevant sammenligningsgrundlag i relation til behandlingen af de internationale regnskabsstandarder i dansk ret.

Særligt dommen TfS 1993, 7 H, *Texaco* er et eksempel på, at de danske domstole – i tvivlstilfælde – anlægger en dynamisk fortolkningsstil af den pågældende DBO (her en DBO mellem USA og Danmark). Dynamisk fortolkning ses således at kunne finde anvendelse ved fortolkning af DBO'er, ligesom en dynamisk fortolkningsstil ses at kunne finde anvendelse ved fortolkning af EMRK samt ved fortolkning af EU-grundrettighederne, jf. afsnittene herom umiddelbart ovenfor.

Som følge af forannævnte grunde, vurderes det at være relevant at inddrage i denne fremstilling, hvordan Model DBO'en og DBO'er behandles i dansk ret, når det skal udledes hvilken fortolkningsstil, der skal finde anvendelse på SL §§ 6 og 7.

8.4 En statisk eller dynamisk fortolkning af koncernbegrebet i dansk ret?

EU-grundrettighederne, EMRK – og i et vist omfang Model DBO'en – er eksempler på regelsæt, der skal fortolkes dynamisk. Det, der var indeholdt i reglerne i går, kan være noget andet i dag (dynamisk fortolkning). Den dynamiske fortolkning sikrer nutidigheden i regelsættene – sikrer en aktualitet. En ting er sikkert, samfundet vil altid være i bevægelse.

230 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

231 Model DBO, s. 8 (29.3)

232 Med begrebet "systematiske" skal forstås, at Committee on Fiscal Affairs og IASB's strukturer ligner meget hinanden, ligesom regeludarbejdelsen også har mange lighedspunkter

Fælles for ovenstående kilder (EMRK, EU-grundrettighederne og Model DBO'en) er, at den dynamiske fortolkning oftest sker indenfor de eksisterende skrevne kilder, hvilket anses som en naturlig udvikling af retspraksis. Som et eksempel kan nævnes, at ordlyden af EU-grundrettighederne ikke ses at blive ændret, men hvad der kan fortolkes "ind under" bestemmelsens ordlyd, ses at være dynamisk. Det samme gør sig gældende vedrørende EMRK.

Vedrørende Model DBO'en er det ofte i kommentarerne til artiklerne i Model DBO'en, der præciseres/ændres, og her ses der ligeledes at være et vist rum for dynamisk fortolkning.

I relation til det nye koncernbegreb i IFRS 10 sker der **1)** en flytning af begrebet til en anden standard (fra IAS 27 til IFRS 10), **2)** en ændring af ordlyden af begrebet og **3)** i naturlig følge nye uddybende bemærkninger til det nye koncernbegreb (i IFRS 10).

I relation til det danske koncernbegreb, kan man stille sig selv følgende spørgsmål: Skal det danske koncernbegreb fortolkes dynamisk, således at vi i dansk ret skal "følge med over" til det nye koncernbegreb i IFRS 10, og derved (eventuelt i enhver henseende) se bort fra IAS 27 og i stedet benytte IFRS 10 ved fortolkning af de skrevne regler i SL §§ 6 og 7 om koncernbegrebet? Spørgsmålet vil blive søgt besvaret i de følgende afsnit.

Man kan endvidere stille spørgsmålet: Hvorfor anvende en international regnskabsstandard som forbillede for det selskabsretlige koncernbegreb i dansk ret? Udvalgets motivation i bet. 1498/2008 for at anvende IAS 27 var, at der ikke fandtes et internationalt anerkendt selskabsretligt koncernbegreb.²³³ På det selskabsretlige plan kan vi stadig ikke – med held – søge internationalt efter en fælles referenceramme for koncernbegrebet, da dette begreb ganske enkelt ikke er harmoniseret selskabsretligt – hverken direkte eller indirekte. Foranstående vil blive behandlet yderligere i det følgende afsnit.

8.4.1 Ønsket om en internationalisering af det danske koncernbegreb

Det fremgår af bet. 1498/2008, at der om koncernbegrebet har været et ønske om "*en international tilpasning af bestemmelsen*".²³⁴ Da det ikke har været muligt at finde frem til en international anerkendt koncerndefinition, fandt udvalget det naturligt at tage udgangspunkt i den internationale regnskabsstandard IAS 27.

Det står således ganske klart, at der ved lovens forarbejder har været lagt vægt på det internationale – at der ønskedes en internationalisering af den danske koncerndefinition.

233 Bet. 1498/2008, s. 747

234 Bet. 1498/2008, s. 747

Af bet. 1498/2008 må kunne udledes, at såfremt der havde været en anerkendt international selskabsretlig koncerndefinition,²³⁵ da havde Danmark sluttet op herom og implementeret denne definition i dansk ret. Ønsket om en internationalisering var jo netop den primære bevæggrund for ændringen af koncernbegrebet.

Det fremgår endvidere direkte af udvalgets kommissorium i bet. 1498/2008, at:

*"Den danske selskabsregulering skal følge den internationale udvikling..."*²³⁶

Det har således været tanken med den nye selskabslov, at den skal internationaliseres og stedse *følge* den internationale udvikling.

Videre fremgår det af udvalgets kommissorium i bet. 1498/2008, at:

"Det skal desuden tilstræbes at udnytte de muligheder, som EU-reguleringen indeholder for at sikre en dynamisk og fleksibel lovregulering, som er til størst mulig fordel for danske virksomheder og dansk erhvervslivs konkurrenceevne. Endvidere skal det sikres, at utidssvarende regler og hindringer for globaliseringen fjernes, så der ikke ligger unødige bindinger på danske selskaber."

En dynamisk og fleksibel lovgivning, uden hindringer for globaliseringen, var opdraget fra lovgivers side i udvalgets kommissorium i bet. 1498/2008. Dette opdrag afstedkom, at koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 blev affattet med IAS 27 som forbillede.

Det har efterfølgende vist sig, at koncernbegrebet i IAS 27 ikke findes at være tilstrækkeligt, hvorfor IASB har udarbejdet et nyt koncernbegreb (IFRS 10), som afløser for koncernbegrebet i IAS 27. Såfremt Danmark skal gøre alvor af intentionerne bag udvalgets kommissorium i bet. 1498/2008, skal Danmark adoptere koncernbegrebet i IFRS 10 ved ændring af SL §§ 6 og 7.

Indtil dette eventuelt sker, må det overvejes, om det eksisterende koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 skal fortolkes efter IAS 27 og kommentarerne hertil (statisk fortolkning), eller om der skal fortolkes efter koncernbegrebet i den nye standard, IFRS 10 (dynamisk fortolkning).

8.4.2 Det "næstbedste" er det "bedst mulige"

Da det som nævnt ikke var muligt at finde et anerkendt internationalt selskabsretligt koncernbegreb, da måtte vi i Danmark affinde os med det

235 EU-retligt har der været arbejdet på et 9. selskabsdirektiv (koncerndirektivet), der i det væsentligste bygger på tysk koncernret. 9. selskabsdirektiv er dog endnu ikke blevet realiseret. Dette direktiv kunne have løst opgaven med at internationalisere det danske koncernbegreb

236 Bet. 1498/2008, s. 15-16

”næstbedste” – et koncernbegreb udledt af en international (og anerkendt) regnskabsstandard, IAS 27.

I forlængelse heraf må det ligeledes kunne udledes af bet. 1498/2008, at det er det internationale aspekt, mere end det er selve den formelle regnskabsstandard IAS 27, som vi i Danmark har ønsket med den koncerndefinition, der blev implementeret i dansk ret ved selskabsreformen. IAS 27 har nærmere været ”midlet til at nå målet” – målet om en internationalisering af koncernbegrebet i dansk ret.

8.5 IAS 27 og/eller IFRS 10 – som fortolkningsbidrag til det danske koncernbegreb?

Da Danmark har valgt ”internationaliseringen” i relation til begrebsdannelsen om koncerner, kan det diskuteres, om konsekvensen af IFRS 10’s ikrafttræden på bekostning af koncernbegrebet i IAS 27 er, at det danske koncernbegreb herefter skal fortolkes i overensstemmelse med det nye koncernbegreb i IFRS 10.

Det taler i mod denne slutning, at der i forarbejderne til selskabsloven (bet. 1498/2008) udtrykkeligt nævnes ”IAS 27” – en direkte henvisning i lovmotiverne. Dette skal dog ses i den kontekst, at den reelle årsag til at IAS 27 så udtrykkeligt fremføres er, at IAS 27 repræsenterer en art surrogat for det, der ville have været en ønskesituation for den danske lovgiver – et internationalt anerkendt koncernbegreb.

Et sådant internationalt anerkendt koncernbegreb fandtes – som nævnt – imidlertid ikke, hvorfor opmærksomheden hos udvalget i bet. 1498/2008 i stedet blev rettet mod IAS 27. Det er således mere ”det internationale” som udvalget har været drevet af, end det har været den (umiddelbare) specifikke bestemmelse/standard (IAS 27).

”Det internationale” tilskynder til en dynamisk fortolkning af det danske koncernbegreb, således at det danske koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med IFRS 10, og at der dermed (helt eller delvist) skal ses bort fra IAS 27 som et fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7.

8.5.1 Retspositivistisk synspunkt samt statsforfatningsretlige bemærkninger

Ud fra et retspositivistisk²³⁷ synspunkt er det anstrengt at indvilge i en dynamisk fortolkning af det danske koncernbegreb med udgangspunkt i IFRS 10, da det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 udtrykkeligt er affattet med IAS 27 som forbillede – ligesom der forekommer direkte henvisning til IAS 27 i lovmotiverne (bet. 1498/2008).

²³⁷ Se om den klassiske retspositivisme Ruth Nielsen og Christina Tvarnø i *Retskilder & Retsteorier*, s. 341 ff. Se tillige Werlauff i *Gældende ret*, s. 4 ff.

Danmark har ikke delegeret lovgivningskompetencen til IASB, men har blot taget udgangspunkt i en af IASB udarbejdet regnskabsstandard (IAS 27) ved fastlæggelsen af det nye koncernbegreb i dansk ret.

I Danmark er det som bekendt folketetinget (i forening med kongen), der med hjemmel i grundlovens § 3, stk. 1, 1. pkt. besidder den lovgivende magt.²³⁸

I denne sammenhæng bør det bemærkes, at det statsforfatningsretligt vil stride mod grundloven at delegere lovgivningskompetence til en privat organisation som IASB. Peter Germer henviser i sin fremstilling *Statsforfatningsret*, s. 109, til Max Sørensen og bemærker, at det ifølge Max Sørensens egen fremstilling om statsforfatningsretten

"...er forfatningsretligt udelukket at delegere lovgivningskompetence til en privatperson eller til en privat organisation...".

Alf Ross tages i Peter Germers fremstilling til indtægt for samme standpunkt som Max Sørensen vedrørende delegation til private.²³⁹

Kun i særlige tilfælde, hvor kompetencen alene vedrører regulering med virkning for den private organisations egne medlemmer – hvis interesser organisationen varetager – er en delegation af lovgivningsmagten til en privat organisation muligvis forenelig med grundloven.²⁴⁰

Det vil kræve en bortfortolkning af ordlyden i SL §§ 6 og 7 at nå til det resultat, at koncernbegrebet i IFRS 10 i sin helhed skal finde anvendelse i dansk ret. Det vil således kræve, at de af lovgivningsmagten vedtagne bestemmelser – der har en væsentligt anden ordlyd end IFRS 10 – kastes i grus, hvilket vil være anstrengt ud fra et retspositivistisk synspunkt.

Det er i denne sammenhæng væsentligt at pointere, at IFRS 10 – som bekendt – er udarbejdet tidsmæssigt *efter* det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 blev vedtaget. Helt fundamentalt vil det være anstrengt at konkludere, at en senere ændring i en standard hos en privat (branche)organisation som IASB kan bevirke en ændret retstilstand vedrørende koncernbegrebet i dansk ret.²⁴¹

Særligt Alf Ross' retspositivistiske værk *Om ret og retfærdighed* behandler spørgsmålet om hvad der er "ret" (noget videnskabeligt – noget objektivt konstaterbart) og hvad der er "retfærdighed" (noget subjektivt). Ross – og andre ligesindede – tager lovens ord for pålydende. Det loven siger – og det den ikke siger (de såkaldte modsætningsslutninger) – er "gældende ret".²⁴²

238 Se om magtadskillelseslæren Peter Germer i *Statsforfatningsret*, s. 13 ff.

239 Peter Germer, *Statsforfatningsret*, s. 109-110

240 Peter Germer, *Statsforfatningsret*, s. 109-110

241 Se under pkt. 8.8 tilsvarende om Model DBO'en og ændringer til denne, herunder hvilken indvirkning dette har på dansk ret

242 Werlauff, *Gældende ret*, s. 5

Det må med overbevisning kunne antages, at Ross vil finde det uforeneligt med dansk ret at indfortolke "noget mere" i koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7. Ross vil således finde det vanskeligt at lægge til grund, at det danske koncernbegreb skal fortolkes med udgangspunkt i IFRS 10, når det – helt nye koncernbegreb – udtrykkeligt fremgår af SL §§ 6 og 7, med henvisning til IAS 27.

8.5.2 Hermeneutikkens indvirkning på dansk ret via koncernbegrebet

Hermeneutikken er et opgør med retspositivismens stærke fokus på de skrevne kilder: Grundloven, loven, bekendtgørelsen mv. Retspositivismen er desuden fortaler for en hierarkisk retsopfattelse, der støtter lex superior princippet.²⁴³

Derimod er den hermeneutiske retsopfattelse præget af "retlig polycentri",²⁴⁴ idet hermeneutikken ser, at gældende ret skal udledes fra en flersidet af bidrag. Hermeneutikken forkaster domstolens monopol på at definere gældende ret, idet hermeneutikken kræver, at også de aktører, der har levet sig ind i retsområdet (de førende aktører på området – f.eks. IASB på regnskabsrettens område), er med til at definere, hvad der er gældende ret.²⁴⁵

Hermeneutikken er dermed også et opgør med legalitetsprincippet, idet tanken om at lovgiver i enhver henseende besidder de "vises sten", forkastes.

Såfremt den hermeneutiske metode anvendes til fortolkning af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, kan der argumenteres for, at da de internationale regnskabsstandarder nyder stor anerkendelse og – som Model DBO'en – fremstår som baggrundsret på deres anvendelsesområde, skal denne "udvikling" af koncernbegrebet af IASB i IFRS 10 (fra IAS27) accepteres i dansk ret.

Ud fra en hermeneutisk fortolkning kan der således anføres, at da den danske lovgiver har valgt at lave en direkte henvisning til IAS 27 i relation til det danske koncernbegreb, er der sket en bevægelse fra den traditionelle retspositivisme til hermeneutik i udviklingen og forståelsen af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7.

Denne udvikling ses endda meget stærkt i udvalgets bemærkning på s. 747 i bet. 1498/2008:

"Baggrunden for bestemmelsens nye udfærdigelse er ønsket om at foretage en international tilpasning af bestemmelsen. Der foreligger ikke

243 Se om hermeneutikken Ruth Nielsen og Christina Tvarnø i *Retskilder & Retsteorier*, s. 329 ff.

244 Werlauff definerer i *Gældende ret*, s. 7, retlig polycentri som en sammensætning af "mange" (poly) og "flere centre" (centri) – dvs. mange "mange flere centre". Dette udtrykker hermeneutikkens opfattelse af, at der skal inddrages andet – og mere – end blot lovens ord, når "gældende ret" skal udledes

245 Se Werlauff i *Gældende ret*, s. 7

en international anerkendt koncerndefinition indenfor selskabsretten. Derfor er det naturligt at tage udgangspunkt i koncerndefinitionen i de internationale regnskabsstandards IFRS – International Financial Reporting Standards (og IAS International Accounting Standards – for tidligere standarder)."

Udvalget henviser i det citerede ikke blot til en enkelt standard (f.eks. IAS 27). Udvalget anfører i stedet, at:

"...det er naturligt at tage udgangspunkt i koncerndefinitionen i de internationale regnskabsstandards IFRS – International Financial Reporting Standards (og IAS International Accounting Standards – for tidligere standarder)."

Med udgangspunkt i det citerede fra udvalget i bet. 1498/2008 kan der argumenteres – ud fra et hermeneutisk perspektiv – at lovgiver, ved denne brede accept af ikke blot én specifik standard, men *"de internationale regnskabsstandards IFRS"* i bred forstand, har accepteret, at udviklingen af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 i sin helhed skal styres af IASB.

Der kan argumenteres, at den danske lovgiver har valgt "den fulde pakke" ved henvisningen til standarderne i bred forstand, og dermed givet IASB carte blanche til at modellere, udvikle, forny og ændre koncernbegrebet, idet koncernbegrebet i alle de nævnte tilfælde, fortsat vil være i regi af IFRS (IASB).

Koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 er ikke en dansk opfindelse, men et begreb (IAS 27), som Danmark har "lånt" hos IASB. IASB har udviklet koncernbegrebet, og videreudvikler endvidere på begrebet. IASB, herunder medlemmerne af IASB, er de kyndige på området, der – om nogen – forstår, hvilket indhold koncernbegrebet bør have, for at imødegå misbrug mv. Dette har ført til vedtagelsen af IFRS 10, der – som bekendt – indeholder det nye koncernbegreb.

Et stærkt hermeneutisk træk ved de internationale regnskabsstandards er, at det er IASB, der tager stilling til indholdet af regnskabsstandards. Dog er der under IASB's arbejde med at udarbejde de enkelte regnskabsstandards mulighed for, at fremkomme med bemærkninger til de af IASB offentliggjorte udkast til nye/reviderede regnskabsstandards.

Det er imidlertid IASB, der har det sidste ord ved udarbejdelsen af regnskabsstandards, og IASB er således ikke forpligtet til at indarbejde bemærkninger/forslag til ændringer fra regnskabskyndige, praktikere eller andre i de endelige regnskabsstandards.²⁴⁶

Wegener henviser i *Juridisk metode*, s. 62, til Ruth Nielsens doktordisputats *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning*, s. 41 ff, hvori gældende ret defineres som

246 IASB's manglende pligt til at efterkomme ønsker fra interessenter i forbindelse med udarbejdelsen af de enkelte standarder, ses i IASB's egen redegørelse i starten af de enkelte standarder. Der redegør IASB for, hvorfor de har disponeret, som de har gjort – hvorfor de har taget nogle af forslagene til efterretning, og hvorfor de har undladt at indarbejde andre

"...den retsudvikling, de vigtigste aktører på arbejdsmarkedet, d.v.s. de øverste myndigheder på EF-plan [nu EU-plan] og på nationalt plan samt de vigtigste kollektive aftalepartnere, må forventes at gå ind for såvel på det retsideologiske som på det faktiske plan." [min bemærkning]

"Aktørprincippet" omfatter – som ligeledes bemærket af Wegener samme sted – ikke blot domstolene, men kunne f.eks. også omfatte IASB.²⁴⁷

Dette kan støtte, at der ved Danmarks "indslusning" af de internationale regnskabsstandarder – i bred forstand – i dansk ret (SL §§ 6 og 7), skal tillægges IASB væsentlig vægt ved fortolkning af det danske koncernbegreb, idet IASB må konstateres at være en af de vigtigste (nærmere dén vigtigste) aktør i relation til koncernbegrebet i de internationale regnskabsstandarder.

Danmark har i bet. 1498/2008 udtrykkeligt valgt at internationalisere det danske koncernbegreb, og har – næsten – ukritisk lagt koncernbegrebet i IAS 27 til grund for det danske koncernbegreb. Danmark søgte i forbindelse med selskabsreformen efter et internationalt anerkendt koncernbegreb. Dette fandtes ikke – og findes fortsat ikke – hvorfor Danmark måtte vælge det "næstbedste" – koncernbegrebet i IAS 27.

Formålet fra lovgiver med at vælge IAS 27 var således mere at vælge et internationalt anerkendt koncernbegreb, end det specifikt var at vælge standarden IAS 27. Danmark vil med selskabsreformen have internationaliseret selskabsretten, og selskabsretten – herunder koncernbegrebet – skal følge den internationale udvikling. Udviklingen af koncernbegrebet i de internationale regnskabsstandarder (som bl.a. ses med udviklingen fra IAS 27 til IFRS 10) sker i regi af IASB. Dette var den danske lovgiver bevidst om allerede ved affattelsen af loven.

Det må således kunne konkluderes, at Danmark – ud fra en hermeneutisk opfattelse – har lagt udviklingen af det danske koncernbegreb i hænderne på IASB. Ud fra en hermeneutisk tilgang er der som anført stærke momenter, der taler for, at det danske koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med det nye koncernbegreb i IFRS 10.

Opdraget fra lovgiver til udvalget i bet. 1498/2008 om at den danske selskabsret skal internationaliseres, og stedse følge den internationale udvikling, kan kun umiddelbart opfyldes, såfremt det er det nye koncernbegreb i IFRS 10, der skal finde anvendelse som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7 (en dynamisk fortolkning).

247 Se tillige Werlauff i *Gældende ret*, s. 7, hvori Ruth Nielsens doktordisputats tages til indtægt for værende et udtryk for hermeneutik og retlig polycentri, idet "gældende ret" på arbejdsrettens område ikke alene kan bygges på, "...hvad domstolene siger, men at også faglige organisationers og andre eksperter syn på juraen må inddrages ved fastlæggelsen af, hvad der gælder."

8.5.3 Fortolkning – forskel om bagudrettet eller fremadrettet

Når spørgsmålet om dynamisk eller statisk fortolkning skal besvares, skal det afklares, hvorvidt der er tale om retsregler, der ligger før eller efter i tid i forhold til de fortolkningsbidrag, der søges anvendt. Dvs. der skal sondres mellem hvordan fortolkningsbidrag anvendes bagudrettet contra fremadrettet.

De såkaldte "beneficial owner"-sager, der handler om fortolkning af begrebet "beneficial owner" (retmæssige ejer), indbefatter ligeledes en vurdering af anvendelsesområdet for Model DBO'en og DBO'er. Det skal i disse sager vurderes, om en Model DBO kan finde anvendelse som fortolkningsbidrag på en tidligere (end Model DBO'en) vedtaget DBO. Dette er bagudrettede betragtninger, og de kan være svært forenelige med dansk ret, jf. nærmere nedenfor under pkt. 8.8.2.

Derimod er der tale om fremadrettede betragtninger, når det skal vurderes, om f.eks. samme Model DBO (som nævnt ovenfor) kan anvendes som fortolkningsbidrag på en senere (end Model DBO'en) vedtaget DBO.

Hvis det antages, at der senere sker en tilpasning af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 (hvilket må være blot et spørgsmål om tid som følge af IFRS 10), vil dette efterlade et større rum for anvendelse af IFRS 10 og kommentarerne til IFRS 10 på det (nu reviderede) danske koncernbegreb.

IFRS 10 er i en sådan situation "kendt stof", og indgår i den underskov af bidrag, der – i større eller mindre grad – kan finde anvendelse som fortolkningsbidrag til det nu reviderede koncernbegreb.

Der skal ved fortolkningen af (det nu reviderede) koncernbegreb tages højde for de intentioner – det formål (teleologisk fortolkning)²⁴⁸ – der er baggrunden for revideringen af koncernbegrebet. Dette skal dog stadig ske med respekt for ordlyden.²⁴⁹

Det kan således konkluderes, at der ved anvendelse af fortolkningsbidrag (f.eks. IFRS 10), der er af ældre dato end de bestemmelser (f.eks. et revideret koncernbegreb i SL), som bidraget skal anvendes til fortolkning af,

248 Se Wegener i *Juridisk metode*, s. 310 ff., vedrørende teleologisk fortolkning. Forfatteren redegør for, at særligt på EU-rettens område spiller teleologisk fortolkning en forholdsmæssig større rolle end efter national ret. Dette afstedkommes af, at EU-retten – særligt traktaten (nu Lissabontraktaten) – på mange områder snarere opridser brede målsætninger end rummer præcise reguleringer. Wegener bemærker samme sted følgende: "*De tolkningsresultater, der fremkommer herved [fortolkning af EU-retten], kan være af en sådan beskaffenhed, at de efter omstændighederne betegner ganske kraftige udvidelser i forhold til de fortolkede bestemmelsers ordlyd.*" [min bemærkning]

249 Wegener bemærker i *Juridisk metode*, s. 323 ff., at der ikke er "...holdepunkter for at antage, at der ved tolkningen af national ret er sket en øget anvendelse af formålsovervejelser af samme brede karakter som hos EF-domstolen [nu EU-domstolen] og Menneskerettighedsdomstolen. Når danske domstole anvender teleologisk tolkning, knytter den sig sædvanligvis – nu som tidligere – snævert til, hvad der antages at være formålet med den konkrete foreliggende lovgivning." [min bemærkning]. Det af Wegener fremførte, tages her til indtægt for, at ordlydsfortolkning (fortsat) er den mest vægtige fortolkningsmetode i dansk ret

ses at være et større rum for anvendelse af fortolkningsbidraget (f.eks. IFRS 10), end såfremt der er tale om den modsatte situation, hvor fortolkningsbidraget er af nyere dato end den bestemmelse, som bidraget skal anvendes til fortolkning af.

8.5.3.1 Fra hvilket tidspunkt får det nye koncernbegreb i IFRS 10 eventuelt indvirkning på dansk ret?

Det påkalder sig endvidere interesse, om dansk ret – såfremt der skal ske en dynamisk fortolkning af SL §§ 6 og 7 – allerede nu skal anvende IFRS 10 som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7. Den endelige udgave af IFRS 10 er vedtaget og blev offentliggjort i maj måned 2011.

Regnskabsretligt (for børsnoterede selskaber) hersker der ikke tvivl om, at IFRS 10 først får virkning fra den 1. januar 2013 og fremefter. Om standarden (IFRS 10) – som et fortolkningsbidrag til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 – eventuelt selskabsretligt får virkning fra et tidligere tidspunkt, må være uafhængigt af den regnskabsretlige behandling.

Det vil blive uddybet umiddelbart nedenfor i pkt. 8.5.4, at elementer som regnskabsstandarder normalvis kun kommer ind i dansk ret via retlige standarder, f.eks. "god-revisor-skik".

For så vidt angår koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7, fungerer regnskabsstandarderne som forarbejderne til koncernbegrebet. Vedtagelsen af det nye koncernbegreb i IFRS 10 er formelt gennemført, ligesom den endelige udgave af IFRS 10 er offentliggjort. Der er således ikke momenter, der taler i mod, at det nye koncernbegreb i de internationale regnskabsstandarder ikke allerede nu – selskabsretligt – kan finde anvendelse i dansk ret.

8.5.4 "God-skik-normer" – dynamisk udfyldning af retlige standarder

Fra andre juridiske discipliner end selskabsretten kender vi forskellige typer af (god-skik) normer, f.eks. god markedsføringsskik (MFL § 1), god revisorskik (SRR § 2, stk. 2) mv. Det er kendetegnende for disse forskellige "god-skik-normer", at der i normen skal ske en dynamisk udvikling af normens indhold, således at normen tilpasses det omkringliggende samfund pr. tidspunktet for normens anvendelse.

Se nærmere herom Wegener i fremstillingen *Juridisk metode*, s. 269, hvor forfatteren bemærker, at f.eks. standarder udviklet af International Federation of Accountants (IFAC), der supplerer danske vejledninger udarbejdet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR), ofte vil afspejle gængs international opfattelse af ønskværdig professionel adfærd.

Dermed vil standarderne/vejledningerne kunne være af betydning ved fastlæggelse af indholdet af skrevne og eller uskrevne god-skik-fordringer i branchen og så vidt eksempelvis kunne få relevans i erstatningsretlig henseende. Wegeners bemærkninger støtter dermed en dynamisk fortolkning af "god-skik-normerne".

En lignende situation gør sig gældende med de internationale regnskabsstandarter (herunder IAS 27 og IFRS 10), idet disse også som udgangspunkt finder vej til dansk ret via bidrag til "god-skik-normerne" – dvs. via en hermeneutisk fortolkning.

"God-skik-normerne" er eksempler på retlige standarder, hvor udfyldning særligt har en berettigelse. Der er – som med EMRK og EU-grundrettighederne – et vist beskyttelseshensyn at tage højde for, hvorfor dynamisk fortolkning yderligere fordres.

I relation til SL §§ 6 og 7 er det mere anstrengt at bortfortolke – i sin helhed – ordlyden af disse bestemmelser, når bestemmelserne ikke fra lovgivers side synes at have været tænkt som retlige standarder (som f.eks. "god-skik-normerne"), men som egentlige retsregler, der skal fortolkes i overensstemmelse med sædvanlig juridisk metode herom.

Det skal erindres, at IAS 27 nu – modsat før selskabsreformen – er mere end blot en standard, der kan bidrage til udfyldning af "god-skik-normer", idet IAS 27 – med selskabsreformen – er blevet forarbejderne til det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7.

Fortolkningen af det danske koncernbegreb er således lagt i hænderne på IASB. IAS 27 har, via rollen som forarbejderne til SL §§ 6 og 7, udviklet sig fra en kutyme (anvendt som udfyldning i "god-skik-normer") i dansk ret til nu at være "gældende ret" – uden tvivl en stærk hermeneutisk udvikling af dansk ret.²⁵⁰

Som et eksempel på en dom, hvor der ses at være antaget en standard for en professionel finansiell aktør, er U.2001.398H (dissens 4-1). Dommen omhandler Privatbankens (nu Nordeas) ansvar som emissionsinstitut i forbindelse med en udstedelse af konvertible obligationer på kr. 75 mio. for Nordisk Fjer.

Højesterets flertal frifandt Privatbanken for ansvar, men bemærkede samtidig, at:

*"Vi har herved også lagt vægt på, at der i nyere tid må antages at være sket en skærpelse af de krav, der stilles til et emissionsinstitut, således at Privatbankens forhold i den foreliggende sag ikke bør vurderes efter den målestok, som i dag må antages at være gældende."*²⁵¹

U.2001.398H er et eksempel på, at standarder for hvad der kan accepteres (her et emissionsinstituts oplysninger i forbindelse med en udstedelse af værdipapirer), ændres over tid (skal fortolkes dynamisk), idet normen for det minimum af relevante oplysninger, som emissionsinstituttet skal videregive, er styrket.

Denne forøgelse af emissionsinstituttets oplysningspligt skal nok ses i sammenhæng med et ønske om at undgå – så vidt muligt – at særligt

250 Se nærmere om den hermeneutiske indvirkning på det danske koncernbegreb under pkt. 8.5.2

251 Schaumburg-Müller og Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 271-272

forbrugere bliver "fanget på det forkerte ben". Beskyttelsen af forbrugerne, der havde aftaget nogle af de omhandlede værdipapirer, var også mindretallets (en dissenterende dommers) kardinalpunkt.²⁵²

"God-skik-normer" er således eksempler på dele af dansk ret, hvor dynamisk fortolkning finder anvendelse. Bestemmelserne ("god-skik-normerne") røber ikke i sig selv meget om deres rækkevidde, og det har været et ønske for lovgivers side, at normerne skal kunne udvikle sig i takt med samfundsudviklingen.

Såfremt det antages i forlængelse af det her behandlede, at den danske lovgiver – ved at anvende IAS 27 som forbillede for det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 – har ønsket, at koncernbegrebet skal udvikle sig dynamisk, og netop derfor har gjort en kutyme på området (IAS 27) til lovmotiver, taler dette for en dynamisk fortolkning af det danske koncernbegreb.

Det må have stået klart for den danske lovgiver allerede forud for selskabsreformen, at kutymen – som de internationale regnskabsstandarder – er i konstant udvikling.

En sådan slutning stemmer også overens med lovgivers krav i bet. 1498/2008 om, at selskabsretten, herunder koncernbegrebet, stedse skal følge den internationale udvikling.

8.6 Uheldigt, at IAS-koncernbegrebets ophør ikke er behandlet i bet. 1498/2008

Det er en atypisk tilstand, at ændringer foretaget af et udenlandsk hjemmehørende privatretligt organ som IFRS Foundation, herunder IASB, muligvis har direkte indvirkning på lovbestemmelser i Danmark. I bet. 1498/2008 er der ikke taget stilling til det nye koncernbegreb i IFRS 10, idet fokus er rettet mod koncernbegrebet i IAS 27.

Dette skal endda ses i det lys, at IASB's arbejde med at revidere koncernbegrebet i IAS 27 pågik under moderniseringsudvalgets arbejde med den nye danske selskabslov. Bet. 1498/2008 blev afgivet i november 2008. ED IFRS 10 blev udsendt for bemærkninger i december 2008, men arbejdet har pågået siden 2003.²⁵³ Den danske lovgivers indstilling til det nye koncernbegreb i IFRS 10 er i enhver henseende fuldstændig uafklaret.

En dynamisk fortolkning af det danske koncernbegreb bliver muligvis resultatet, når lande som Danmark – som følge af ønsket om en internationalisering – kobler deres nationale lovgivning op på internationale begreber, som lovgiver er bevist om, kontrolleres af et andet organ end lovgiver selv.

252 Schaumburg-Müller og Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 272

253 BC ED 10, s. 5 (BC2)

Det er således et andet organ end den nationale lovgiver (her det danske Folketing), som kan træffe afgørelse om justering/ændring af grundlaget (f.eks. regnskabsstandarde). IASB, der er et privat organ hjemmehørende i London, har udformet regnskabsstandarde – i øvrigt på ganske udemokratisk vis, idet IASB's medlemmer ikke har sæde i IASB på baggrund af frie og direkte valg, men som følge af mere elitære egenskaber som regnskabseksperter. Af IFRS hjemmeside, www.ifrs.org, er følgende anført om medlemmerne af IASB:

"The International Accounting Standards Board (IASB) is an independent group of 15 experts with an appropriate mix of recent practical experience in setting accounting standards, in preparing, auditing, or using financial reports, and in accounting education. Broad geographical diversity is also required."

Som det følger af det ovenfor refererede fra IFRS's hjemmeside, er det ekspertstatussen indenfor feltet samt en vis geografisk spredning, der er afgørende.

Det bør bemærkes, at IASB's opbygning er et tydeligt udtryk for en hermeneutisk udvikling af dansk ret i regi af koncernbegrebet. Det er næsten så hermeneutisk, som det overhovedet kan blive, idet den danske lovgiver har overladt udviklingen af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 til dette private organ, IASB.

8.6.1 Hvis IAS 27 frem for IFRS 10 – fortolkningsbidrag, der savner udvikling i retspraksis

Hvad angår det selskabsretlige koncernbegreb, vil en statisk fortolkning heraf bevirke, at dansk ret efterlades med en sparsom (nærmest forsvindende) international praksis om forståelsen af koncernbegrebet i IAS 27, idet begrebet kun har haft en begrænset levetid, idet koncernbegrebet i IAS 27 udskiftes med koncernbegrebet i IFRS 10 fra den 1. januar 2013.

Desuden vil Danmark – med den statiske fortolkning – i så fald holde fast i en forældet og udrangeret standard, der ikke tjener det oprindelige formål – en internationalisering af koncernbegrebet, herunder at internationaliseringen skal *følges*.²⁵⁴

8.7 IAS, IFRS og EU-retten

Det bør endvidere bemærkes, at EU ved forordning²⁵⁵ tiltræder regnskabsstandarde udstedt af IFRS (og udarbejdet af IASB), hvilket blot bestyrker, at den danske lovgiver har valgt det mest internationale alter-

²⁵⁴ Se bet. 1498/2008, s. 15-16, hvor det anføres i udvalgets kommissorium, at det ønskes, at "Den danske selskabsregulering skal følge den internationale udvikling..."

²⁵⁵ IFRS forordningen 1606/2002/EF

nativ, for så vidt angår det danske selskabsretlige koncernbegreb. Dette trækker i retningen af, at den danske lovgiver samtidig har accepteret, at en ændring/udvikling i dette koncernbegreb – med henblik på at opretholde det internationale (og anerkendelsen) af begrebet – er tåleligt for den danske lovgiver.

8.7.1 EU-retlig virkning for børsnoterede selskaber

Dog skal det samtidig anføres vedrørende regnskabsstandardernes implementering i dansk ret via EU-retlig forordning, at denne implementering kun har retlig virkning for den *regnskabsretlige* behandling af *børsnoterede* selskaber. Selskabsretten har blot "lånt" koncernbegrebet i den internationale regnskabsstandard (IAS 27), og den EU-retlige implementering med virkning for dansk ret har således ikke nogen egentlig (direkte) retsvirkning på det selskabsretlige plan i Danmark.

Dette ændrer dog ikke på den hensigt, som lovgiver har haft i forbindelse med udarbejdelsen og vedtagelsen af det nye selskabsretlige koncernbegreb – Danmark vil internationaliseringen!

Da IFRS 10 også (med alt overvejende sandsynlighed)²⁵⁶ vil blive en del af EU-retten ved forordning – og dermed få direkte virkning (umiddelbar anvendelighed) – kan Danmark ikke undgå, at det nye koncernbegreb i IFRS 10 *regnskabsretligt* skal finde anvendelse på børsnoterede selskaber, der er anvendelsesområdet for de internationale regnskabsstandarder.

Det skal her erindres, at EU-retlige forordninger pr. definition kan indeholde pligter for såvel medlemsstaterne som for private.²⁵⁷ Virksomheder, der som følge af ændringerne i koncernbegrebet (fra IAS 27 til IFRS 10) ikke længere skal indgå – eller nu skal indgå – i en koncern (regnskabsretligt), er således forpligtet til at acceptere disse ændringer, idet forordningen netop kan pålægge private pligter.

8.8 Model DBO'en som eksempel

Til Model DBO'en fremkommer der med mellemrum nye artikler og nye kommentarer.²⁵⁸ Til de internationale regnskabsstandarder fremkommer der ligeledes med mellemrum nye bestemmelser og nye bemærkninger til de nye bestemmelser, ligesom blot ændringer af eksisterende bestemmel-

256 Der foreligger pt. ikke nogen tilkendegivelse om, hvornår EU Kommissionen forventer at godkende standarden. Se herom Jan Fedders i *Ny IFRS om konsolidering*. Historisk set er Kommissionens formelle godkendelse af en ny standard (her IFRS 10) kun et formalia

257 Se om EU-retlige forordninger og direkte virkning (umiddelbar anvendelighed) Engsig Sørensen og Runge Nielsen i *EU-retten*, s. 141

258 F.eks. er art. 7 i Model DBO'en fra 2010 ændret i forhold til Model DBO'en fra 2008

ser naturligvis også forekommer. F.eks. blev IAS 27 revideret i 2003 og senest i 2008.²⁵⁹

Spørgsmålet er, hvordan de enkelte retsordner skal forholde sig til ændringer i disse fortolkningsbidrag (Model DBO'en, IFRS'er og IAS'er). For så vidt angår Model DBO'en, er det i dansk ret blevet slået fast, at kommentarerne til Model DBO'en til en vis grad fortolkes dynamisk, og at en ændring i Model DBO'en og naturligt kommentarerne til Model DBO'en kan bevirke en anden retstilstand end den, der umiddelbart følger af den relevante DBO, jf. TfS 1993, 7 H, *Texaco*.

Kan retstilstanden for fortolkning af DBO'er – illustreret ved TfS 1993, 7 H, *Texaco* – støtte, at vi i dansk ret ikke skal fortolke det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 efter IAS 27, men efter IFRS 10, herunder med bidrag fra bemærkningerne til IFRS 10 (basis for conclusions til IFRS 10), uanset at ordlyden af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 er stort set identisk med IAS 27?

Først og fremmest kan det konstateres, at DBO'er implementeres i dansk ret ved lov.²⁶⁰ DBO'er og den danske selskabslov er således i retskildehierarkiet placeret på samme niveau, idet både DBO'er og den danske selskabslov er love.

De DBO'er Danmark indgår – og som derefter bliver vedtaget som en dansk lov – tager (ofte) udgangspunkt i den gældende Model DBO (og dermed kommentarerne til den gældende Model DBO).²⁶¹ Senere ændringer i Model DBO'en, med deraf følgende ændrede kommentarer til Model DBO'en, bevirker ikke en ændring af de enkelte – allerede ved lov – vedtagne DBO'er.

Kommentarerne til Model DBO'en ses anvendt – også på tidligere DBO'er – af lovgiver i tvivlstilfælde som i TfS 1993, 7 H, *Texaco* og i TfS 2000, 426 Ø, men ændringer i Model DBO'en eller kommentarerne kan som nævnt ikke føre til, at indholdet i de eksisterende DBO'er ændres.²⁶²

8.8.1 "Beneficial owner"-sagerne

Hans Severin Hansen argumenterer i artiklen *Det store hykleri – ny artikel om "beneficial owner" sagerne*, der var månedens fokus hos Magnus Informatik i juni 2011,²⁶³ for, at en udvidelse af kommentarerne til Model

259 IAS 27, s. 5 (IN1-2)

260 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

261 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

262 Se Anders Oreby Hansen i S.U. 1996, 347, *Nye OECD-retningslinier om den skattemæssige behandling af koncerninterne tjenesteydelser*. Se ligeledes om samme Hans Severin Hansen i artiklen *Det store hykleri – ny artikel om "beneficial owner" sagerne*, der var månedens fokus hos Magnus Informatik i juni 2011

263 www.magnus.dk

DBO'en ikke kan medføre en ændret retstilstand i forhold til tidligere DBO'er.

Hans Severin Hansen anfører i artiklen, at:

"Denne udvidelse [af fortolkningen af begrebet "beneficial owner" (retmæssige ejer)] indebærer en markant ændring – og ikke blot en præcisering – af begrebet og kan derfor ikke få betydning for tidligere indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster." [mine bemærkninger]

Hans Severin Hansen argumenterer således for, at DBO'er ikke kan fortolkes dynamisk i henhold til en nugældende Model DBO, når sagen omhandler markante ændringer i forhold til den Model DBO, der var gældende, da DBO'en blev vedtaget.

Det anføres videre af forfatteren, at det er:

"...et grundlæggende forvaltningsretligt princip, at en skærpende praksisændring kun kan få virkning for fremtiden, således at skatteyderne har mulighed for at indrette sig på den ændrede praksis."

8.8.2 Forvaltningsretlige principper

Se om forvaltningsretlige principper tillige Sten Bønsing i *Almindelig forvaltningsret*, s. 32, hvor forfatteren anfører, at:

"Praksisændringer bør endvidere normalt ikke ske med tilbagevirkende kraft, og der bør gives et vist varsel."

Sten Bønsing henviser i note 44 på side 32 i samme fremstilling til:

"FOB 1994.242, hvor skattemyndighederne over en årrække skærpede kravene til at få fradrag for arbejdsværelse i eget hjem. Da den konkrete sag lå tilbage til før skærpelsen af den administrative praksis, kunne skatteyderen støtte ret på den tidligere praksis."

Generelt om praksisændringer ses også Sten Bønsing i fremstillingen *Almindelig forvaltningsret*, s. 31, en henvisning til dommen U.1950.284H. I denne dom blev skattemyndighederne fastholdt af Højesteret til ikke at foretage praksisændring. Der var tale om fortolkning af en uklar hjemmel.

Steen Rønsholdt bemærker endvidere i fremstillingen *Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling*, s. 59 ff., at der gælder et retssikkerhedsbegreb i dansk ret, der skal forstås i vid forstand. Der gælder således en beskyttelse, der rækker videre end blot beskyttelsen af den enkelte borger som adressat for retsakter udstedt af offentlige myndigheder.

Denne retssikkerhed kan ifølge Steen Rønsholdt ikke afgrænses til kun at omfatte enkeltindivider. Heraf følger Steen Rønsholdts begreb *"retssikkerhed i vid forstand"*. Retssikkerhed er netop et kardinalpunkt for den virksomhed og/eller den rådgiver, der søger at afklare, hvad der er gældende ret på et område – f.eks. vedrørende det selskabsretlige koncernbegreb i SL §§ 6 og 7.

8.8.2.1 Retssikkerhedsprincippet – EU-retligt anerkendt

Retssikkerhedsprincippet ses også i relation til staters såkaldte "gyldne aktier" ("golden shares") i privatiserede selskaber. Her er situationen typisk den, at staten har solgt ud af kapitalen, i et tidligere helt ejet statsligt selskab, til en eller flere private aktører. Staten kræver ved salget af kapitalen til de private aktører, at kunne beholde såkaldte gyldne aktier i selskabet. De gyldne aktier medfører, at staten kan modsætte sig særlige ændringer af det nu privatiserede selskab.

Det er ved EU-dommene C-367/98, *Kommissionen mod Portugal*, C-483/99, *Kommissionen mod Frankrig* samt C-503/99, *Kommissionen mod Belgien* (alle tre domme afsagt den 4. juni 2002) slået fast, at det kræver objektive og præcise kriterier for statens anvendelse af de rettigheder, der følger af f.eks. "gyldne aktier". En skønsbeføjelse i en vetoet for staten må således ikke være for vid, idet en sådan "ubestemthed" strider mod et retssikkerhedsprincip.²⁶⁴

Et retssikkerhedsprincip ses også accepteret EU-retligt i C-321/05, *Kofoed mod Skatteministeriet*, hvor Hans Markus Kofoed fik medhold i, at der ikke kan opstilles vilkår om efterfølgende udbytte ved en aktieombytning.²⁶⁵ Et sådant vilkår ville være et brud på legalitetsprincippet – et brud på retssikkerheden.

Virksomheder handler efter det, der er gældende ret/praksis på tidspunktet for en given disposition. Selvom at der i dansk ret f.eks. ikke principielt er noget til hinder for, at der kan lovgives med tilbagevirkende kraft,²⁶⁶ er dette ikke ønskværdigt, idet en sådan administration ikke er fremmende for erhvervslivet. Der bør således stræbes mod en gennemsigtighed og en forudsigelighed i dansk ret, hvilket vil være til gavn også for det danske erhvervsliv.

8.8.3 Legalitetsprincippet og anvendelse af IFRS 10

Såfremt det antages, at IFRS 10 samt kommentarerne til IFRS 10 i sin helhed finder anvendelse på det danske selskabsretlige koncernbegreb, uden at der ændres i SL §§ 6 og 7, vil der opstå en konflikt med legalitetsprincippet. Dette princip kræver hjemmel i lov, for at der kan udstedes en forvaltningsafgørelse.²⁶⁷

264 Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., s. 164-165. Werlauff henviser samme sted til en af forfatteren affattet artikel *Safeguards against takeover after "Volkswagen"*, publiceret i EBLR 2009, s. 101 ff. I denne artikel behandler Werlauff EUD's praksis, herunder retssikkerhedsprincippet, i relation til "gyldne aktier" (golden shares) efter privatisering

265 Se om C-321/05, *Kofoed mod Skatteministeriet*, Jeppe Rune Stokholm i S.U. 2007, 730, *Kommentar til EF-Domstolens dom af 5/7 2007, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet (sag C-321/05)* samt Rønfeldt og Werlauff i TfS 2007, 592, *Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udlikningssum*. Se desuden Werlauff i *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 359

266 Peter Germer, *Statsforfatningsret*, s. 143

267 Se om legalitetsprincippet Sten Bønsing i *Almindelig forvaltningsret*, s. 207 ff.

Dvs. i relation til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 kræver legalitetsprincippet, at forvaltningens (f.eks. Skatterådet, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen m.fl.) fortolkning af koncernbegrebet kan rummes i hjemmelgrundlaget (SL §§ 6 og 7).²⁶⁸ IFRS 10 og kommentarerne til IFRS 10 må umiddelbart konstateres ikke at kunne rummes i koncernbegrebet (SL §§ 6 og 7), herunder ikke at kunne rummes i lovbestemmelsernes forarbejder (bet. 1498/2008), for så vidt der er tale om "ændringer" (jf. behandlingen under pkt. 8.9) i forhold til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 (og dermed i forhold til IAS 27).

En praksisændring fra myndighedernes side er netop også stridspunktet i de ovenfor nævnte "beneficial owner"-sager, hvor myndigheden (SKAT) anvender kommentarerne til en nyere Model DBO til fortolkning af en – i forhold til Model DBO'en – ældre DBO. En nogenlunde tilsvarende situation vil opstå, såfremt en myndighed (f.eks. SKAT) anvender IFRS 10 – og kommentarerne til IFRS 10 – til at fortolke på den (i forhold til IFRS 10) ældre lov (SL §§ 6 og 7).²⁶⁹

Endvidere har det danske koncernbegreb ikke rod i IFRS 10, men i IAS 27, hvilket udtrykkeligt følger af bet. 1498/2008. Det skal dog i samme åndedræt indrømmes, at koncernbegrebet flyttes fra IAS 27 til IFRS 10, hvorfor der herefter ikke længere er noget koncernbegreb indeholdt i "den nye" IAS 27.

Dette ændrer dog ikke på konflikten med legalitetsprincippet, da det er IAS 27 (den nugældende), der er den standard, som udgør forarbejderne til SL §§ 6 og 7.

8.9 Præciseringer contra ændringer

I denne fremstilling er det blevet belyst, at der er såvel formel som materiel forskel på koncernbegrebet i IAS 27 set i forhold til koncernbegrebet i IFRS 10. Koncernbegrebet i IAS 27 og koncernbegrebet i IFRS 10 har dog også visse lighedstræk, ligesom de to koncernbegreber overordnet forfølger det samme formål – at identificere den reelle besidder af bestemte indflydelse.

I forlængelse af ovennævnte, kan der sondres mellem **1)** præciseringer og **2)** ændringer – og dernæst sondres mellem **2a)** mindre ændringer og **2b)** markante ændringer.

268 Sten Bønsing, *Almindelig forvaltningsret*, s. 207

269 Det skal erindres, at det kan være en fordel i ét tilfælde, men en ulempe i et andet, at skulle fortolke koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 efter IFRS 10 i stedet for efter IAS 27. F.eks. kan én skatteyder – vedrørende et sambeskatningsretligt spørgsmål – have en interesse i, at koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 skal fortolkes efter IFRS 10, hvorimod en anden skatteyder kan have interesse i, at koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 skal fortolkes efter IAS 27

8.9.1 Ad 1) Præciseringer

Af behandlingen i denne fremstilling af det nye koncernbegreb i IFRS 10 kan det konstateres, at der med koncernbegrebet i IFRS 10 både er tale om præciseringer i forhold til koncernbegrebet i IAS 27, ligesom der også er specifikke ændringer fra IAS 27 til IFRS 10. Det er divergens i anvendelsen af koncernbegrebet, som er årsagen til, at en ny standard er blevet udviklet,²⁷⁰ hvorefter koncernbegrebet er blevet samlet i én IFRS (IFRS 10), der er fulgt op af en uddybende vejledning til forståelsen af det nye koncernbegreb i IFRS 10.

At flere af forskellene mellem koncernbegrebet i IFRS 10 og IAS 27 kan betegnes som "præciseringer" er en følge af, at IFRS 10 forfølger det samme formål som IAS 27. Desuden er det stadig et spørgsmål om "kontrol" såvel efter IAS 27 som efter IFRS 10.

Som det endvidere fremgår af denne fremstilling, medfører den ændrede ordlyd af koncernbegrebet fra IAS 27 til IFRS 10 ikke, at hovedparten af de koncernstrukturer, der er etableret for tiden, bliver brudt. Det er således mere i nogle specifikke tilfælde, at der tale om "ændringer" (f.eks. ved intet aftaleforhold, vedtægtsbestemmelse eller lignende, forhold vedr. SPE'er mv.)

Langt hovedparten af de koncernstrukturer, der allerede er etableret, vil således også bestå efter koncernbegrebet i IFRS 10. I relation hertil medfører koncernbegrebet i IFRS 10 således ikke ændringer i forhold til koncernbegrebet i IAS 27.

Det kan imidlertid diskuteres, om en ændret ordlyd af koncernbegrebet i IFRS 10 – sammenholdt med koncernbegrebet i IAS 27 – allerede af denne årsag medfører, at der i sin helhed er tale om "ændringer", og dermed ikke – for en vis del – "præciseringer". Det lægges i denne fremstilling til grund – da der ikke er holdepunkter for at slutte modsat – at en ændring af ordlyden af koncernbegrebet, herunder at koncernbegrebet er flyttet fra en standard (IAS 27) til en anden (IFRS 10), ikke nødvendigvis medfører "ændringer". Indenfor den ændrede ordlyd, forudsættes at kunne indeholdes "præciseringer".

Koncernbegrebet i IAS 27 lider under manglende vejledning, således at rækkevidden af koncernbegrebet i IAS 27 er ganske vanskelig at få klarhed over. Dette medfører uhensigtsmæssige følger for virksomhederne, idet virksomhederne i visse tilfælde ikke kan være sikre på, at koncernbetingelserne er opfyldt.²⁷¹ Desuden medfører det uhensigtsmæssigheder for rådgiverne, da rådgiverne har vanskeligt ved at give et sikkert svar på, hvad der er gældende ret.

Præciseringerne via den udførlige vejledning til koncernbegrebet i IFRS 10 kan således bevirke, at virksomheder, rådgivere mv. bliver klar over, at

270 BC IFRS 10, s. 5 (BC2)

271 F.eks. har det hidtil været noget omdiskuteret, hvorvidt IAS 27 også omfatter "de facto kontrol". I IFRS 10 fremgår det af kommentarerne (BC IFRS 10, s. 28-29 (BC98-99)), at "de facto kontrol" bevirker koncernetablering. Se nærmere nedenfor i dette afsnit om de facto kontrol

det de troede bevirkede koncernetablering (eller omvendt), ikke medfører den forudsatte retstilling, hvorefter de i værste fald kan lide retstab, f.eks. sambeskatningsretligt.

Alene præciseringer kan dermed også have væsentlige konsekvenser for virksomhederne og rådgiverne. Præciseringer kan således få stort set den samme virkning for virksomhederne og rådgiverne som materiel ny ret har, dvs. at præciseringer i visse tilfælde kan få samme følger for virksomheder og rådgivere som "ændringer".

Med forbillede i den fortolkningsstil, der anvendes på DBO'er, når der er tale om præciseringer af gældende ret, må det foreløbigt kunne konkluderes, at alene "præciseringer" af gældende ret skal fortolkes dynamisk.

Denne slutning medfører, at hvor der alene er tale om præciseringer i IFRS 10 sammenholdt med IAS 27, skal der søges fortolkningsbidrag i IFRS 10 – og ikke i IAS 27 – ved en fortolkning af koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7. Dvs. der skal anlægges en dynamisk fortolkningsstil.

Denne slutning ses også at respektere retssikkerhedsprincippet/legalitetsprincippet, idet der ikke er tale om, at der indarbejdes "noget nyt" i det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, men blot at det eksisterende anvendelsesområde belyses.

Et eksempel er vurderingen af, i hvilke tilfælde der foreligger de facto kontrol. Begrebet "de facto kontrol" skal forstås som situationen, hvor investor besidder (via ejerskab eller aftale) f.eks. 48% af stemmerne i et aktieselskab. Den resterende del af stemmerne ejes af en række småaktionærer, der hver i sær ikke besidder over 1% af stemmerne.²⁷² Efter koncernbegrebet i IFRS 10 er der ingen tvivl – "de facto kontrol" bevirker koncernetablering.²⁷³

De facto kontrol er modsat ikke belyst i IAS 27 eller i bemærkningerne til IAS 27, ligesom det er uklart, om IAS 27 helt grundlæggende omfatter de facto kontrol.²⁷⁴ I det danske koncernbegreb ses der dog at være hjemmel til koncernforbindelse som følge af de facto kontrol i SL § 7, stk. 3, nr. 4. De facto kontrol vurderes således at være et område, hvor der efter dansk ret skal søges fortolkningsbidrag i IFRS 10 og ikke i IAS 27, da der alene vurderes at være tale om "præciseringer" i forhold til dansk ret.

8.9.2 Ad 2a) Mindre ændringer

Danmark har ikke delegeret lovgivningskompetencen vedrørende koncernbegrebet til IASB, ligesom Danmark ikke har delegeret lovgivningskompetencen vedrørende bilaterale aftaler om beskatningsret (DBO'er) til Committee on Fiscal Affairs.

²⁷² Se nærmere herom – med uddybning af eksemplet – i denne fremstillings pkt. 5.6.1

²⁷³ IFRS 10, s. 30 (eksempel 4)

²⁷⁴ Se Jan Fedders i *Ny IFRS om konsolidering*

Det er i Danmark Folketinget, der besidder den lovgivende magt. Det er således svært foreneligt med dette faktum, at ændringer i f.eks. kommentarerne til en Model DBO eller f.eks. ændringer i en international regnskabsstandard (f.eks. ændringen af koncernbegrebet fra IAS 27 til IFRS 10) kan bevirke ændringer i dansk ret.

I forhold til det nye koncernbegreb i IFRS 10 er det ganske vanskeligt at vurdere, hvornår der er tale om en "mindre ændring" og hvornår der foreligger en "præcisering". Dette er begrundet med, at der til IAS 27 kun er en meget sparsom vejledning, der ikke i detaljen redegør for koncernbegrebet.

F.eks. er det som anført lige ovenfor noget omdiskuteret, om de facto kontrol bevirker koncernetablering efter koncernbegrebet i IAS 27.²⁷⁵

Begrebet de facto kontrol er behandlet indgående i IFRS 10, herunder med eksempler på i hvilke tilfælde der foreligger de facto kontrol og omvendt. Dvs. eksempler med procentsatser for krævet størrelse af ejerskab, fordeling af det øvrige ejerskab mv. for etablering af koncernforbindelse som følge af de facto kontrol.

Som anført under behandlingen i afsnittet lige ovenfor må der i forhold til de facto kontrol være tale om "præciseringer" i relation til dansk ret, hvorfor det vurderes, at en dynamisk fortolkning skal finde anvendelse (IFRS 10).

Vejledningen i IFRS 10 er meget pædagogisk og indeholder udførlige eksempler. Der skabes således en helt anden detaljeforståelse af koncernbegrebet i IFRS 10 i forhold til koncernbegrebet i IAS 27, uden at det må formodes at have været tænkt som "ændringer" – men som nævnt blot "præciseringer".

Det må være en konkret vurdering fra sag til sag, om det er "mindre ændringer" eller blot "præciseringer" af gældende ret. De såkaldte "beneficial owner"-sager,²⁷⁶ som behandlet af Hans Severin Hansen i artiklen *Det store hykleri – ny artikel om "beneficial owner" sagerne*, kan muligvis give et mere detaljeret svar på hvor store ændringerne i fortolkningsbidragene (her kommentarerne til Model DBO'en) skal være, for at ændringerne kan kvalificeres som "ændringer" og ikke blot som "præciseringer". Det bliver således spændende, hvilket udfald sagerne får, når (og hvis) de ultimativt bliver prøvet i Højesteret.

275 BC IFRS 10, s. 28-29 (BC98-99). Se tillige Jan Fedders i *Ny IFRS om konsolidering*

276 De "beneficial owner"-sager som Hans Severin Hansen henviser til i artiklen *Det store hykleri – ny artikel om "beneficial owner" sagerne*: TfS 2010, 502 LSR, der omhandler skat af udbytte, TfS 2010, 974 LSR, en renteskattesag og TfS 2011, 277 LSR, en renteskattesag

8.9.3 Ad 2b) Markante ændringer

Med forbillede i fortolkningen af DBO'er må det kunne konkluderes, at hvor der består "markante ændringer" i koncernbegrebet efter IFRS 10 sammenholdt med koncernbegrebet i IAS 27, skal der med sikkerhed anlægges en statisk fortolkning vedrørende det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, således at IAS 27 finder anvendelse som fortolkningsbidrag og ikke IFRS 10.

Konkret i relation til IAS 27 contra IFRS 10 må udgangspunktet være, at der i flere tilfælde er tale om "ændringer", herunder "markante ændringer". Koncernbegrebet i IFRS 10 har en vidt forskellig opbygning i forhold til koncernbegrebet i IAS 27. Koncernbegrebet i IFRS 10 fordrer ikke et aftalelignende forhold, og koncernbegrebet er dermed mere vidt defineret end i IAS 27.

Eksemplet med "kontrolgruppen" – der er behandlet under denne fremstillings pkt. 7 og særligt pkt. 7.1.7 – illustrerer, at der i visse tilfælde er markant forskel på koncernbegrebet i IFRS 10 sammenholdt med koncernbegrebet i IAS 27.

Det skaber en vis usikkerhed for en endelig og fast konklusion, at såvel IAS 27 som IFRS 10 forfølger det samme formål. Begge koncernbegreber søger at identificere det subjekt, der reelt besidder den bestemmende indflydelse over (datter)virksomheden.

Sammenfattende må det dog med sikkerhed kunne anføres, at der skal ske en statisk fortolkning af SL §§ 6 og 7 (IAS 27 finder anvendelse), når det vedrører "markante ændringer" i forhold til koncernbegrebet i IAS 27. Et modsat resultat vurderes at vil være i strid med legalitetsprincippet og forvaltningsretlige principper, ligesom der ikke ses at være retspraksis, der støtter en sådan slutning.²⁷⁷

8.9.3.1 DBO mellem Sydafrika og Danmark – en artikel fjernet

Som et eksempel på en statisk fortolkning kan nævnes DBO'en mellem Sydafrika og Danmark. Ved revisionen af Model DBO'en i år 2000 blev art. 14 om "frit erhverv" taget ud. I DBO'en mellem Sydafrika og Danmark (og sikkert i mange andre DBO'er ligeså) optræder art. 14 dog stadig. Hvilken betydning har dette i relation til fortolkningen af den pågældende DBO mellem Sydafrika og Danmark?

Konsekvensen må være, at der ved fortolkningen af DBO'en mellem Sydafrika og Danmark – for så vidt angår art. 14 – skal anvendes kommentarerne til Model DBO'en fra før art. 14 blev fjernet.

Dynamisk fortolkning af DBO'er ses accepteret, når der alene er tale om præciseringer i kommentarerne til Model DBO'en. I de tilfælde hvor der fjernes bestemmelser (artikler), er der tale om "ændringer", ligesom der kan være tale om "ændringer" såfremt ordlyden ændres.

²⁷⁷ Se nærmere om forvaltningsretlige principper og retssikkerhedsprincippet under denne fremstillings pkt. 8.8.2 ff.

Ifølge retssikkerhedsprincippet og diskussionen under pkt. 8.8.2 ff. bevirker "ændringer" som udgangspunkt, at f.eks. kommentarerne til Model DBO'en ikke kan finde anvendelse ved fortolkning af en – end Model DBO'en – ældre DBO.

Sammenfattende kan det anføres, at "ændringer" medfører en statisk fortolkning, således at fortolkningsbidrag skal hentes "i den tidligere udgave", jf. f.eks. koncernbegrebet i IFRS 10 contra IAS 27. Hvor der er foretaget ændringer i koncernbegrebet, er det således IAS 27 og ikke IFRS 10, der skal anvendes som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7.

Præciseringer i kommentarerne til Model DBO'en ses pr. definition at kunne rummes i de eksisterende DBO'er, idet præciseringer ikke medfører "noget nyt" – "præciseringer" medfører ikke (objektivt) en ændret retstilstand, hvorfor en dynamisk fortolkning af DBO'er i så henseende accepteres.

I det følgende afsnit vil Højesterets begrundelse i TfS 1993, 7 H, *Texaco*, kort blive belyst. TfS 1993, 7 H, *Texaco*, er medtaget i denne fremstilling, idet dommen er et eksempel på en dynamisk fortolkning af en DBO.

8.9.4 Højesterets begrundelse i TfS 1993, 7 H, *Texaco* – et eksempel på en dynamisk fortolkning

Højesteret henviser i deres begrundelse i TfS 1993, 7 H, *Texaco*, til Model DBO'en og kommentarerne til denne. Højesteret anvender flere forskellige udgaver af Model DBO'en til at nå frem til deres resultat. Højesteret henviser til Model DBO'en fra 1963, 1977 og 1992. Højesteret henviser til Model DBO'erne på trods af at den DBO (DBO mellem USA og Danmark), der søges fortolkningsbidrag til, er fra 1948. Den første Model DBO er affattet i 1963 (!).²⁷⁸

Den dynamiske fortolkning kommer direkte til udtryk i Højesterets begrundelse, hvor følgende fremføres:

"Det må lægges til grund, at det i dansk og international skattepraksis - på baggrund af OECD's modeloverenskomster med de foran citerede kommentarer - har været fast antaget, at..."

278 Fiscal Committee (forløberen for Committee of Fiscal Affairs) begyndte i 1956 at udarbejde et udkast til en modeloverenskomst, som effektivt kunne løse de dobbeltbeskatningsproblemer, der fandtes mellem OECD-medlemslandene, og som ville være acceptabelt for alle medlemslande. Fra 1958 til 1961 udarbejdede Fiscal Committee fire foreløbige rapporter, før den i 1963 fremlagde sin endelige rapport med titlen: "Udkast til dobbeltbeskatningsoverenskomst for så vidt angår indkomst og formue". OECD's Råd vedtog den 30. juli 1963 en rekommandation om undgåelse af dobbeltbeskatning og opfordrede medlemslandenes regeringer til, når de indbyrdes indgik eller reviderede bilaterale overenskomster, at følge udkastet til modeloverenskomsten. Foranstående følger af Model DBO'en (6)

TfS 1993, 7 H, *Texaco*, er således et eksempel på, at Højesteret – desuagtet at den pågældende DBO er fra 1948 – anvender flere Model DBO'er, der tidsmæssigt ligger efter DBO'en, til fortolkning af DBO'en.²⁷⁹

Højesteret ligger desuden eksplicit vægt på udviklingen i dansk og international skattepraksis som begrundelse for resultatet, på trods af at DBO'en er affattet forud herfor.

8.10 Konklusion – statisk contra dynamisk fortolkning

Såfremt der er tale om en "ændring", må en statisk fortolkning skulle finde anvendelse. I modsat fald er der ikke kongruens mellem den fortolkningsstil, der anvendes ved lignende situationer andre steder i dansk ret – særligt med henvisning til DBO'er og fortolkningen af disse – ligesom det umiddelbart vil stride mod grundloven samt det forvaltningsretlige princip ved praksisændringer.

Denne slutning er desuden i overensstemmelse med TfS 1993, 7 H, *Texaco*, idet denne dom omhandler et tvivlstilfælde, hvor det ikke var muligt at søge mere faste fortolkningsbidrag, idet DBO'en (mellem USA og Danmark) var fra 1948.

I relation til det selskabsretlige koncernbegreb kan det videre bemærkes, at såfremt der ikke er tale om en "ændring" af retstilstanden – men alene "præciseringer" – må "det nye" (i IFRS 10) kunne indeholdes i koncernbegrebet i IAS 27. Et sådant faktum taler for, at der må skulle anlægges en dynamisk fortolkning i sådanne tilfælde. Dvs. at IFRS 10 i disse situationer skal finde anvendelse som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7.

Som nævnt under pkt. 8.5.1 ovenfor, har Danmark ikke delegeret lovgivningskompetencen til IASB, men alene valgt at indrette det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 med IAS 27 som forbillede. Det er en lignende proces som pågår, når Danmark indgår bilaterale aftaler om beskatningsret (DBO'er), hvor Model DBO'en anvendes som en art tjekliste under starnes (f.eks. Danmark og USA's) forhandling af en DBO.²⁸⁰

Resultatet skal således efter en retspositivistisk opfattelse kunne rummes i dansk ret. Dvs. vi kan ikke gå videre end indenfor de rammer, som lovgiver har opsat. I modsat fald vil der ske et brud med legalitetsprincippet samt forvaltningsretlige principper – et brud med en retspositivistisk opfattelse.

Efter en hermeneutisk opfattelse har hverken lovgiver eller domstolene imidlertid monopol på at udlede gældende ret, hvorfor sagkundskaben i

279 Se ligeledes TfS 1992, 291 Ø, der er et eksempel på samme som TfS 1993, 7 H, *Texaco*. I TfS 1992, 291 Ø blev Model DBO'en anvendt til fortolkning af en DBO (DBO fra 1957 mellem Frankrig og Danmark), der lå forud i tid for Model DBO'en, der som tidligere anført først blev lanceret i 1963

280 Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, s. 41

IASB skal tillægges vægt. Der ses således ikke, at der gør sig det samme krav gældende om, at resultatet skal kunne rummes inden for den af lovgiver definerede ramme – loven. Det skal bemærkes, at dansk rets opkobling på en international regnskabsstandard, som forbillede for det danske koncernbegreb, er et klart eksempel på hermeneutik.

Den brede henvisning i bet. 1498/2008 til "*...de internationale regnskabsstandarder IFRS*", som udgangspunkt for affattelsen af det danske koncernbegreb, kan fortolkes således, at Danmark har valgt "den fulde pakke", herunder at det mere er det internationale aspekt, end det er én specifik regnskabsstandard, der har været motivet for den danske lovgiver ved affattelsen af koncernbegrebet i den nye selskabslov.

Det ses, at supranationale organer har indflydelse på udviklingen af dansk ret. Ud over **a)** OECD og Model DBO'en med kommentarer kan som behandlet ovenfor fremføres **b)** EU-retten (EU-grundrettighederne) og EUD og **c)** EMRK og EMD.

Hvad angår disse supranationale organer, accepteres en dynamisk fortolkning, der sikrer borgere og virksomheder, at reglerne følger udviklingen i de omkringliggende samfund.

I Danmark er der i lovmotiverne til selskabsloven (bet. 1498/2008) udtrykkeligt taget stilling til, at der ønskes en internationalisering af det danske koncernbegreb, herunder at den internationale udvikling skal følges. Det internationale er således i højsædet.

Med udgangspunkt i retstilstanden for fortolkning af DBO'er, reguleringen af EU-grundrettighederne og EMRK må det kunne konkluderes, at de danske domstole – når og hvis de får forelagt et spørgsmål om det danske koncernbegreb – må skulle fortolke det danske koncernbegreb dynamisk i overensstemmelse med det til enhver tid gældende "underliggende"/"model" koncernbegreb (nu IFRS 10).

Dette er dog alene såfremt, der er tale om de såkaldte "præciseringer". Såfremt der er tale om "ændringer", ses der at måtte sluttes modsat (statisk fortolkning).

Vejen til dette resultat er brolagt med udfordringer, idet resultat ikke synes åbenbart. Dels kræves en tilsidesættelse af fortolkningsbidrag i standarden IAS 27, hvilken standard der var forbillede for koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7, og dels er der ikke i lovmotiverne (bet. 1498/2008) taget udtrykkelig stilling til spørgsmålet om, hvordan dansk ret skal forholde sig, når der (som der næsten uundgåeligt vil) sker ændringer i koncernbegrebet i de internationale regnskabsstandarder.

Sammenfattende vurderes der dog at være de stærkeste argumenter for en slutning som bevirker, at såfremt der er tale om "præciseringer", skal koncernbegrebet i dansk ret fortolkes dynamisk og i overensstemmelse med det til enhver tid gældende "underliggende"/"model" koncernbegreb.

Denne slutning tager hensyn til formålet (internationalisering) med det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, ligesom denne slutning, såvel statsforfatningsretligt som forvaltningsretligt, ses at kunne rummes i dansk ret. Som analogi kan henvises til den fremgangsmåde, der anvendes i

dansk ret vedrørende Model DBO'en og fortolkning af DBO'er. Denne fremgangsmåde ses at støtte, at der skal fortolkes dynamisk ved "præciseringer" i relation til koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7.

Hvor der derimod er tale om "ændringer" (fra IAS 27 til IFRS 10), er der såvel statsforfatningsretlige som forvaltningsretlige udfordringer ved at anvende en dynamisk fortolkning på SL §§ 6 og 7. En dynamisk fortolkning vil bryde med såvel legalitetsprincippet (retssikkerhedsprincippet) som forvaltningsretlige principper, og ses i øvrigt ikke at nyde støtte andet sted i dansk ret.

Om et brud med legalitetsprincippet kan accepteres, afhænger af afvejningen mellem hermeneutik og retspositivisme. Såfremt hermeneutikken tillægges afgørende vægt, da kan legalitetsprincippet sættes i baggrunden, idet hermeneutikken netop er et opgør med lovgivers monopol på at udlede "gældende ret".

Såfremt retspositivismen tillægges afgørende vægt, er monopolet hos lovgiver intakt, hvorfor "gældende ret" skal udledes af loven. Såfremt der alene tages udgangspunkt i retspositivismen, vil det endda være anstrengt, at skulle anvende en dynamisk fortolkning på "præciseringer". Dette er en følge af, at den dynamiske fortolkning af "præciseringer" udledes af andre bidrag end blot lovgivers ord, hvilket er et brud med retspositivismen, idet der i så fald vil være tale om retlig polycentri.

Hermeneutikken ses at skulle tillægges en vis vægt, men det er vanskeligt – med baggrund i hermeneutikken – helt at bortfortolke lovgivers ord. Selvom hermeneutikken i tid ligger efter retspositivismen – og er et opgør med samme – betyder det ikke, at retspositivismen helt kan negligeres – tværtimod.

Der vil altid opstå oprør mod det bestående – der i mange sammenhænge kan have et fornuftigt ræsonnement. Det er vel en del af den menneskelige natur at gøre oprør mod det bestående. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det tidligere – i sin helhed – skal forkastes. Retspositivismen må være et eksempel herpå.²⁸¹

Der må således kunne slutes, at såfremt der er tale om de i denne fremstilling såkaldte "ændringer", skal en statisk fortolkning finde anvendelse, hvorimod der ved "præciseringer" skal anlægges en dynamisk fortolkningsstil. Dette må antages at være de lege lata – dvs. i overensstemmelse med den givne lov.

281 Werlauff uddyber i *Gældende ret*, s. 9 ff., at: "Hver epoke aflejrerede noget til os, som vi kan bruge i dag", med henvisning til, at den ene opfattelse (f.eks. den hermeneutiske metode) ikke fuldstændigt afløser en tidligere opfattelse (f.eks. retspositivistiske metode)

9 Konklusioner

Koncerner er en essentiel del af den danske erhvervsstruktur, idet virksomhederne har behov for at kunne divisionere sig, etablere enheder med egen selvstændig ledelse, indkapsle hæftelse mv. – alt med henblik på at forbedre mulighederne for at udvikle et produkt, en tjenesteydelse mv. Såfremt det ikke var muligt, ville præmien for, at en virksomhed vil påtage sig en risiko, der indbefatter alle virksomhedens aktiver, være relativt større.

Det er som følge heraf til fordel for samfundet generelt betragtet, at virksomheder kan etablere koncernstruktur, således at produkter, tjenesteydelser mv. kan udvikles forholdsvist kosteffektivt.

De skatteretlige motiver i forbindelse med en koncernetablering er ofte betydelige. Mulighederne for skatteudskydelse og i visse tilfælde skattefrihed spiller uanfægteligt en stor rolle når det vurderes, om en koncern skal etableres. Det må dog ikke fjerne fokus fra, at der ligeledes kan være væsentlige selskabsretlige og driftsmæssige bevæggrunde for at etablere en koncern.

De muligheder – som en koncernetablering bevirker – skaber et behov for regulering, således at særligt kreditorer (SKAT, koncernens medarbejdere m.fl.) og eventuelle minoritetskapitalejere (uden for koncernforholdet) ikke lider retstab, som følge af moderselskabets beherskelse af dattervirksomheden ud fra egne præferencer.

Såfremt en sådan beherskelse af et andet selskab medfører, at en eller flere kreditorer lider retstab, konkluderes det i denne fremstilling, at der kan være grundlag for statuering af selskabsretligt hæftelsesgennembrud, jf. U.1997.1642H, *Mitdtfyns Festivalen*.

Med selskabsreformen blev det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 koblet op på koncernbegrebet i den internationale regnskabsstandard IAS 27. Som følge af selskabsreformen er det nu muligt at etablere en koncernforbindelse, uden at moderselskabet skal være kapitalejere i dattervirksomheden/datterselskabet.

Denne opkobling på et koncernbegreb, der er affattet, udviklet og reguleres af en privat (branche)organisation i skikkelse af IASB, var afledt af, at den danske lovgiver i udvalgets kommissorium i bet. 1498/2008 (selskabsreformen) krævede en internationalisering af dansk selskabsret, herunder at dansk selskabsret stedse skal følge den internationale udvikling.

Udvalget i bet. 1498/2008 fandt det således nærliggende at benytte koncernbegrebet i IAS 27, som et (næsten fuldstændigt) forbillede for det nye koncernbegreb i SL §§ 6 og 7, idet der ikke fandtes – og stadig ikke findes – et internationalt anerkendt selskabsretligt koncernbegreb.

Det skal holdes for øje, at det selskabsretlige koncernbegreb har stærk afsmittende effekt på det *skatteretlige (sambeskatningsretlige)*, det *regnskabsretlige* og det *børs- og kapitalmarkedsretlige* koncernbegreb, idet koncernbegrebet i disse discipliner har optaget koncernbegrebet i SL §§ 6 og 7 som forbillede, og dermed ligeledes er koblet op på IAS 27.

Dette medfører, at en ændret fortolkning af det selskabsretlige koncernbegreb har indflydelse på koncernbegrebet i de andre nævnte discipliner.

Efter vedtagelsen af det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 har IASB indført et nyt koncernbegreb i IFRS 10 til afløsning af koncernbegrebet i IAS 27. Det konkluderes i denne fremstilling, at der er såvel formel som materiel forskel på de to koncernbegreber (IAS 27 og IFRS 10), hvilket også har været hensigten fra IASB. Dog forfølger begge begreber det samme formål – at identificere den *reelle* besidder af bestemmende indflydelse over (datter)virksomheden.

Særligt den manglende nødvendighed af et aftaleforhold, en vedtægtsbestemmelse eller lignende i koncernbegrebet i IFRS 10 findes i denne fremstilling at være en signifikant forskel i forhold til koncernbegrebet i IAS 27. Det fremhæves i nærværende fremstilling, at der kan konstrueres eksempler på strukturer, hvor der i de to koncernbegreber (IAS 27 og IFRS 10) ikke findes at være kongruens i vurderingen af, om der foreligger koncernforhold.

Det har således været af særlig relevans i denne fremstilling at behandle, om det nye koncernbegreb i IFRS 10 finder direkte anvendelse i dansk ret. Det konkluderes – særligt med henvisning til praksis vedrørende Model DBO'en og DBO'er, herunder TfS 1993, 7 H, *Texaco* – at såfremt der er tale om "præciseringer" i det nye koncernbegreb i IFRS 10, der kan rummes i koncernbegrebet i IAS 27, skal koncernbegrebet i IFRS 10 finde anvendelse som fortolkningsbidrag til det danske koncernbegreb i SL §§ 6 og 7 (dynamisk fortolkning).

Det konkluderes endvidere, at IFRS 10 allerede nu – og ikke først fra den 1. januar 2013 og fremefter – skal finde anvendelse som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7, idet den udskudte virkning alene har relevans for så vidt angår den regnskabsretlige virkning for børsnoterede selskaber.

Såfremt der omvendt er tale om "ændringer" ("mindre" eller "markante" ændringer) konkluderes det, at det danske koncernbegreb skal fortolkes statisk, idet der ikke findes at være tilstrækkeligt grundlag for at bortfortolke lovgivers ord – loven. Dette er modsat "præciseringer", hvor resultatet ses at kunne rummes i koncernbegrebet i IAS 27, idet der netop er tale om "præciseringer" og ikke "ændringer".

Det konkluderes endvidere i fremstillingen, at "præciseringer" kan have vidtrækkende konsekvenser, idet disse kan bevirke en anden retstilstand end den, der oprindeligt var antaget af virksomheden. "Præciseringer" kan således i særlige tilfælde have virkninger i stil med "ændringer".

Den særlige forskel om manglende nødvendighed af et aftaleforhold, vedtægtsbestemmelse eller lignende, for at statuere koncernforbindelse i IFRS 10 sammenholdt med IAS 27, skaber parallel til begrebet "kontrolgruppen" i læren om selskabsretlige hæftelsesgennembrud.

Det konkluderes i denne fremstilling, at der med det ændrede koncernbegreb i IFRS 10 ses selskabsretligt at være sluttet en ring, hvorefter der er kongruens mellem grundlaget for at definere en "kontrolgruppe" og grundlaget for at statuere koncernforbindelse. I begge tilfælde er det uanset hvordan involveringen med et andet subjekt forekommer ("*regardless*

of the nature of its involvement with an entity”), at der kan statueres ”kontrolgruppe” henholdsvis koncernforbindelse.

Såfremt den danske lovgiver vitterligt vil internationaliseringen af også det selskabsretlige koncernbegreb, kræver det en tilpasning af dansk ret, således at IFRS 10 bliver en integreret del af det danske koncernbegreb. Som det konkluderes i denne fremstilling, findes der – indtil videre – ”kun” at være belæg for at benytte IFRS 10 som fortolkningsbidrag til SL §§ 6 og 7, såfremt der er tale om ”præciseringer” i forhold til koncernbegrebet i IAS 27.

10 Litteraturliste

10.1 Afgørelser

Danske domme

Ugeskrift for Retsvæsen (U)

- U.1950.284H
- U.1959.351H
- U.1961.255Ø
- U.1977.526H
- U.1978.880H
- U.1979.177H
- U.1980.806V
- U.1994.470H, *Engesvang Trælast*
- U.1996.722Ø
- U.1997.179H
- U.1997.1642H, *Midtfyns Festivalen*
- U.1998.183Ø
- U.1998.455H, *ScanBroker*
- U.1998.1289H, *SCS Holding*
- U.1998.1314H, *Aage Haugland*
- U.1999.727H, *Progress*
- U.2001.398H
- U.2002.1412H
- U.2009.256Ø

Tidsskrift for Skatter og afgifter (TfS)

- TfS 1992, 291 Ø
- TfS 1993, 7 H, *Texaco*
- TfS 1997, 110 H, *Satair*
- TfS 1998, 397 H
- TfS 2000, 426 Ø
- TfS 2002, 890 V

Dansk administrativ praksis

Folketingets Ombudsmands udtalelser (FOB)

- FOB 1994.242

SKAT-meddelelse (SKM)

- SKM2009.105.SKAT
- SKM2010.209.SR
- SKM2010.677.SR
- SKM2010.687.SR
- SKM2010.688.SR
- SKM2010.829.LSR
- SKM2011.42.SR

Tidsskrift for Skatter og afgifter (TfS)

- TfS 2000, 209 LSK
- TfS 2003, 167 LSK
- TfS 2009, 34, *SKAT introducerer endnu en juridisk dokumenttype – styresignalet*
- TfS 2009, 762 LSR
- TfS 2010, 491 SR
- TfS 2010, 502 LSR
- TfS 2010, 974 LSR
- TfS 2011, 277 LSR

Utrykt landsskatteretskendelse (utrykt LSK)

- LSK, journal nr.: 10-02401 (www.afgoerelsesdatabasen.dk)

Udenlandske domme, herunder EU-domme

- C-6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*
- C-81/87, *Daily Mail*
- C-367/98, *Kommissionen mod Portugal*
- C-483/99, *Kommissionen mod Frankrig*
- C-503/99, *Kommissionen mod Belgien*
- C-411/03, *Sevic*
- C-321/05, *Kofoed mod Skatteministeriet*
- C-210/06, *Cartesio*
- NJA.1992.375
- NJW.1986.188, *Kran-dommen*

10.2 Betænkninger

Danske

- *Bet. 1498/2008*, Betænkning nr. 1498 fra 2008, *Modernisering af selskabsretten*. Udarbejdet af udvalget nedsat af økonomi- og erhvervsministeren i oktober 2006.
- *Bet. 1452/2004*, Betænkning nr. 1452 fra 2004, *Rapport fra Sambeskatningsudvalget*. Udarbejdet af udvalget nedsat af skatteministerens primo 2004.

Betænkningerne kan downloades – uden beregning – fra www.dab.dk.

Udenlandske

- *SOU 1987:59*, Statens offentliga utredningar (SOU) 1987:59 Ansvarsgenombrott m.m. Betänkande av betalningsansvarskommittén med förslag till ändringar i aktiebolagslagen. Betalningsansvarskommittén blev nedsat i oktober 1984.

10.3 Bøger

- Paul Krüger Andersen
 - o *Studier i dansk koncernret*, år 1997. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff
 - o *Kreditretten*, 4. udg., år 2005. Forlag: Forlaget Thomson GadJura
- Peter Blume
 - o *Juridisk metodelære*, 5. udg., år 2009. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lars Bunch og Ida Rosenberg
 - o *Selskabsloven med kommentarer*, 1. udg., år 2010. Forlag: Thomson Reuters
- Sten Bønsing
 - o *Almindelig forvaltningsret*, 1. udg., år 2009. Forlag: Jurist og Økonomforbundets Forlag
- Peter Germer
 - o *Statsforfatningsret*, 4. udg., år 2007. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Bernhard Gomard
 - o *Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 2. omarbejdede udg., år 1992. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff
 - o *Sambeskatning 2009/10*, 4. udg., år 2009. Forlag: Magnus Informatik
- Jesper Lau Hansen
 - o *Værdipapirhandelsloven med kommentarer*, 6. udg., år 2010. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel
 - o *Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber*, 3. udg., år 2011. Forlag: Thomson Reuters
- Martin Christian Kruhl
 - o *Ejeraftaler*, 1. udg., år 2011. Forlag: Thomson Reuters
- Aage Michelsen, Steen Askholt, Jane Bolander og John Engsig
 - o *Lærebog om indkomstskat*, 12. udg., år 2007. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø
 - o *Retskilder & Retsteorier*, 2. udg., år 2008. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Bent Ramskov og Torben Buur
 - o *Sambeskatning*, 2. udg., år 2009. Forlag: Forlaget STOUT
- Steen Rønsholdt
 - o *Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling*, 2. udg., år 2006. Forlag: Forlaget Thomson
- Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff
 - o *EU's selskabs-, børsmarkeds- og kapitalmarkedsregler*, 2. udg., år 2003. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
 - o *Børsmarkeds- og kapitalmarkedsret*, 4. udg., år 2008. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
 - o *SE-selskabet – det europæiske aktieselskab*, 2. udg., år 2011. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen
 - o *EU-retten – forkortet udgave*, 1. udg., år 2008. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Andreas Tamasauskas
 - o *Erhvervslivets lånoptagelse*, 1. udg., år 2006. Forlag: Gjel-lerup
- Nikolaj Vinther og Erik Werlauff
 - o *Dansk og international koncernret og koncernskatteret*, 1. udg., år 2005. Forlag: Forlaget Thomson GadJura

- Bo von Eyben
 - o *Juridisk ordbog*, 12. udg., 2004. Forlag: Forlaget Thomson GadJura
- Morten Wegener
 - o *Juridisk metode*, 3. udg., år 2000. Forlag: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Erik Werlauff
 - o *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., år 2010. Forlag: Gjellerup
 - o *Gældende ret* (upubliceret notat, Aalborg Universitet 2011)
 - o *Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*, doktordisputats, år 1991. Forlag: Gads Forlag
 - o *Selskabsret*, 6. udg., år 2006. Forlag: Forlaget Thomson
 - o *Selskabsret*, 8. udg., år 2010. Forlag: Thomson Reuters
 - o *Selskabsskatteret 2011/12*, 12. udg., år 2010. Forlag: Thomson Reuters
- Henrik Zahle
 - o *Menneskerettigheder – Dansk forfatningsret 3*, 3. udg., år 2003. Forlag: Christian Ejlers' Forlag

10.4 Artikler

Danske

- EU-ret & Menneskeret (EU&M)
 - o EU&M.2009.166, *En 'Copenhagen effect'? - Danmarks svar på Centros: en vidtgående selskabsreform, der styrker selskabernes frie bevægelighed*, af Erik Werlauff
- Juristen (J)
 - o J.1989.189, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud – en svensk betænkning om aktionærers hæftelse for selskabsgæld*, af Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff
- Magnus Informatik
 - o *Det store hykleri – ny artikel om "beneficial owner" sagerne* (månedens fokus i juni måned 2011 hos Magnus Informatik), af Hans Severin Hansen

- Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS)
 - o NTS 2009, s. 18 ff., *CARTESIO-dommen. Et skridt frem og to tilbage i sagaen om selskabers muligheder for fri bevægelighed*, af Karsten Engsig Sørensen
- Revision & Regnskabsvæsen (R&R)
 - o R&R 1997, nr. 3 s. 9 ff., *Selskabstømning efter Højesterets dom i Satair-sagen*, af Bernhard Gomard
 - o R&R 2009, nr. 8 s. 40 ff., *Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning*, af Michael Camphausen
- Skatteinformation fra de statsautoriserede revisorer (SR-SKAT)
 - o SR.2011.0033, *Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen*, af Anja Svendgaard Dalgas
- Skat Udland (S.U.)
 - o S.U. 1996, 347, *Nye OECD-retningslinjer om den skattemæssige behandling af koncerninterne tjenesteydelser*, af Anders Oreby Hansen
 - o S.U. 2007, 730, *Kommentar til EF-Domstolens dom af 5/7 2007, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet (sag C-321/05)*, af Jeppe Rune Stokholm
- Tidsskrift for Skatter og afgifter (TfS)
 - o TfS 1997, 114, *Konsekvenserne af Højesterets dom i Satair-sagen*, af Erik Werlauff
 - o TfS 1997, 822, *Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*, af Erik Werlauff
 - o TfS 2007, 592, *Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum*, af Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff
- Ugeskrift for Retsvæsen (U)
 - o U.1986B.393, *Selskabsretligt ansvarsgennembrud*, af Erik Werlauff
 - o U.1992B.68, *Anmeldelse af: Erik Werlauff: "Selskabsma-sken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten"*, af Jørgen Nørgaard
 - o U.2000B.399, *UfR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997*, af Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

Øvrige danske artikler

- www.epn.dk
 - o *Milliardhandel røg i vasken*
 - (<http://epn.dk/brancher/finans/bank/article2494157.ece>)
 - o *Banker tynget af kostbare mursten*
 - (<http://epn.dk/brancher/finans/bank/article2498603.ece>)
- www.finansforbundet.dk (Finans Fokus, nr. 2, juni 2000)
 - o *Securitisation*, af Jens Poulsen
 - (www.finansforbundet.dk/default.asp?mId=208&ArtId=160)
- www.pwc.com (PriceWaterhouseCoopers)
 - o *Ny IFRS om konsolidering*, af Jan Fedders
 - (www.pwc.com/dk/da/nyt/finance/regnskab/asset/s/ny-ifrs-om-konsolidering-2011-juni.pdf)

Udenlandske artikler

- [European Business Law Review](#) (EBLR)
 - o EBRL 2009, s. 101 ff., *Safeguards against takeover after "Volkswagen"*, af Erik Werlauff
- [Tidsskrift for Rettsvidenskab](#) (TfR)
 - o TfR.1993.227, *Varför rättsekonomi?*, af Carl Martin Roos
 - o TfR.1993.250, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk ret*, af Viggo Hagstrøm