FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 25. januar 1996 *

1. Med det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i denne sag, anmoder Bundesgerichtshof Domstolen om en fortolkning af artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og artikel 59 i Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer [1] (herefter »fjerde direktiv«).

Den tyske ret ønsker bl.a. oplyst, om det er i overensstemmelse med disse bestemmelser, at den nationale lovgivning om gennemførelse af fjerde direktiv fortolkes således, at der ved udfærdigelsen af årsregnskabet i et kapitalselskab skal foretages en bestemt regnskabsmæssig disposition (herefter også benævnt »samtidig bogføring af overskud«). Dispositionen består i, at et selskab, der som eneste selskabsdeltager kontrollerer et andet selskab, i årsregnskabet for et givet regnskabsår (f.eks. 1989) som aktiv optager overskuddet i datterselskabet i det samme regnskabsår (ligeledes 1989), i et tilfælde, hvor de to selskabers regnskabsår er sammenfaldende, og hvor datterselskabets årsregnskab er godkendt, og der er truffet bestemmelse om anvendelse af overskuddet til udbetaling af udbytte, inden moderselskabets årsregnskab (f.eks. i maj 1990) er forsynet med revisionspåtegning og godkendt (juli/oktober 1990).

Relevante bestemmelser

2. I henhold til fjerde direktivs artikel 31, stk. 1, skal medlemsstaterne drage omsorg for, at de poster, der opføres i årsregnskabet, værdiansættes i overensstemmelse med visse almindelige principper, bl.a. forsigtighedsprincippet og periodiseringsprincippet.

Ifølge artikel 31, stk. 1, litra c), skal »værdiansættelsen ... i alle tilfælde ske under udvisning af behørig forsigtighed og især:

aa) må kun den fortjeneste, der er konstateret på statustidspunktet, medtages,

bb) skal der tages hensyn til alle forudsebare risici og eventuelle tab, som er

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 222, s. 11.

opstået i løbet af det regnskabsår, årsregnskabet vedrører, eller i et tidligere regnskabsår, selv om disse risici eller tab først bliver kendt mellem statustidspunktet og det tidspunkt, hvor det udarbejdes«.

Forsigtighedsprincippet, som er mere eller mindre udtrykkeligt anerkendt i regnskabspraksis i de fleste medlemsstater, indebærer således, at aktiver og passiver skal optages i årsregnskabet på en sådan måde, at dettes økonomiske troværdighed sikres. Princippet indebærer nærmere bestemt, at der ikke må bogføres fortjeneste, som ikke er realiseret, og at tab modsat skal medtages, selv om de kun fremstår som en mulighed (den såkaldte negative asymmetri i værdiansættelsen).

3. I artikel 31, stk. 1, litra d), bestemmes, at »der skal tages hensyn til indtægter og udgifter vedrørende det år, som regnskabet omfatter, uden hensyn til det tidspunkt, hvor disse indtægter indgår eller udgifter udbetales«.

Dette er periodiseringsprincippet, som også er anerkendt i regnskabspraksis i de fleste medlemsstater, og som indebærer, at der i årsregnskabet for et givet regnskabsår skal tages hensyn til økonomiske resultater, som virksomheden har opnået i regnskabsåret, uanset hvornår indbetaling eller udbetaling finder sted. Med andre ord fastslår princippet, at den driftsøkonomiske periodisering har forrang for den tidsmæssige periodisering eller betalingstidspunktet ved bogføringen af indtægter og udgifter.

4. De to nævnte principper er en konsekvent udmøntning af det mere generelle princip om et retvisende eller »pålideligt billede« (»true and fair view« [2]), der er fastslået i fjerde direktivs artikel 2, og som ligger til grund for alle fællesskabsbestemmelserne på dette område.

Princippet indebærer, at årsregnskabet ikke alene skal give et korrekt billede (»true« i den relative betydning, hvori dette udtryk normalt og nødvendigvis anvendes i regnskabspraksis), men også et retvisende billede (»fair«, det vil i det væsentlige sige, at opstillingen af årsregnskabet skal ske i overensstemmelse med redelig handlemåde) af selskabets aktiver og passiver, økonomiske stilling samt resultatet.

2 — I den tyske version: »den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild«, i den franske version: »image fidèle« og i den italienske version: »quadro fedele«. Ved gennemførelsen af fjerde direktiv i italiensk ret (artikel 2423 i Codice civile) har man foretrukket udtrykket »rappresentazione veritiera e corretta« (»en retvisende og korrekt fremstilling«) frem for udtrykket »quadro fidele« (»loyalt billede«).

5. Fjerde direktivs artikel 59 [3] vedrører derimod værdiansættelsen af kapitalinteresser i tilknyttede virksomheder. I henhold til artikel 59, stk. 1, kan medlemsstaterne — indtil en senere samordning og på visse betingelser — tillade eller foreskrive, at kapitalinteresser i »tilknyttede virksomheder værdiansættes i henhold til 'den indre værdis metode' ('equity-metoden')« [4].

6. Ifølge den forelæggende ret udgør den tyske lovgivning på dette område en loyal gennemførelse af principperne i artikel 31 [5]. Det er under alle omstændigheder ikke bestridt, at lovgivningen er i overensstemmelse med direktivet.

Hvad angår den adgang, der i artikel 59 er indrømmet medlemsstaterne, til at anvende »equity«-metoden, fremgår det af sagen, at den tyske lovgiver ikke har — eller i hvert fald ikke på det for sagen relevante tidspunkt havde — udnyttet denne mulighed.

De faktiske omstændigheder i hovedsagen

7. Waltraud Tomberger (»sagsøgeren«) er anpartshaver i Gebrüder von der Wettern GmbH (selskab med begrænset ansvar af anpartsselskabstypen) (herefter »sagsøgte« eller »moderselskabet«). Dette selskab ejer hele indskudskapitalen i Technische Sicherheitssystem GmbH og Gesellschaft für Bauwerksabdichtungen mbH (herefter »TSS« og »GfB« eller »datterselskaberne«).

Sagsøgtes årsregnskab for regnskabsåret 1989, som blev afsluttet pr. 31. december 1989, blev den 18. juli 1990 forsynet med revisionspåtegning og godkendt på selskabets generalforsamling den 19. oktober 1990. Årsregnskaberne for TSS og GfB for regnskabsåret 1989, som også blev afsluttet pr. 31. december 1989, blev godkendt af selskabernes generalforsamlinger den 29. juni 1989, dvs. før godkendelsen af moderselskabets årsregnskab. Generalforsamlingerne traf endvidere samtidig beslutning om hensættelse af overskuddet til udbetaling som udbytte til moderselskabet.

8. Som en aktivpost i moderselskabets årsregnskab for 1989 har bestyrelsen optaget det af TSS og GfB realiserede overskud og udbetalte udbytte for regnskabsåret 1988, men ikke overskud og udbytte vedrørende regnskabsåret 1989.

3 — Ændret ved artikel 45 i Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13.6.1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber (EFT L 193, s. 1).

4 — Med denne metode, der anvendes, når moderselskabet kan udøve umiddelbar indflydelse på datterselskabets resultat, svarer moderselskabets andel til egenkapitalen i henhold til datterselskabets årsregnskab eller en procentsats heraf, som svarer til den del af selskabskapitalen, moderselskabet ejer.

5 — Det drejer sig bl.a. om § 252, stk. 1, nr. 4, i Handelsgesetzbuch.

Sagsøgeren var derimod af den opfattelse, at også datterselskabernes overskud for regnskabsåret 1989 efter princippet om samtidig bogføring skulle have været optaget som et aktiv i moderselskabets årsregnskab for 1989, og hun anlagde derfor sag med påstand om, at generalforsamlingsbeslutningen om godkendelse af årsregnskabet blev kendt ugyldig. Ifølge sagsøgeren er princippet om samtidig bogføring i et tilfælde som det foreliggende i overensstemmelse med fjerde direktiv.

Det præjudicielle spørgsmål

9. Sagsøgeren fik ikke medhold i første instans eller under appelsagen og iværksætte herefter revisionsanke ved Bundesgerichtshof. Bundesgerichtshof fandt at måtte udsætte sagen og forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af fjerde direktivs artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og artikel 59.

Det bemærkes indledningsvis, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Bundesgerichtshof allerede tidligere havde udtalt sig til støtte for, at der kunne ske samtidig bogføring af overskud i en sag svarende til den foreliggende. I en dom fra 1975, dvs. før fjerde direktivs ikrafttrædelse, havde den forelæggende ret således fastslået, at det konstaterede overskud i et kapitalselskab i et givet regnskabsår *kan* optages som et aktiv (under posten »tilgodehavender fra tilknyttede virksomheder«) i årsregnskabet for det samme regnskabsår for et selskab, som ejer den overvejende del af selskabskapitalen i førstnævnte selskab, når datterselskabets årsregnskab er godkendt før moderselskabets, og der i det mindste foreligger et hertil svarende udkast til anvendelse af overskuddet [6].

10. Den forelæggende ret har i øvrigt i forelæggelseskendelsen anført, at den nu finder, at den samtidige bogføring endog er *obligatorisk* i en i det væsentlige identisk situation, dvs. når moderselskabet, som i dette tilfælde er eneste selskabsdeltager eller ejer den overvejende del af selskabskapitalen i datterselskabet [7], og dette har truffet beslutning om overskuddets anvendelse før godkendelsen af moderselskabets årsregnskab.

Ifølge Bundesgerichtshof må man i et sådant tilfælde fravige hovedreglen, hvorefter det overskud, et datterselskab har konstateret i et bestemt regnskabsår, først kan antages at indgå i moderselskabets formue, når generalforsamlingen i førstnævnte selskab har truffet beslutning om hensættelse af overskuddet til udbetaling af udbytte. Når moderselskabet ejer hele eller den overvejende del af

6 — Bundesgerichtshof's dom af 3.11.1975, H. m.fl. mod W. AG.

7 — For så vidt angår datterselskabet er formodningen om afhængighed i henhold til § 17, stk. 2, i Aktiengesetz («aktieselskabslov») og koncerntilhørsforhold i henhold til lovens § 18, stk. 1, nr. 3, således ikke afkræftet.

selskabskapitalen, giver den samtidige bogføring af datterselskabernes overskud i et givet regnskabsår et mere retvisende billede af moderselskabets aktiver og passiver, økonomiske stilling samt resultatet for det samme regnskabsår.

11. Dette medfører, at der må gives sagsøgeren medhold. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt denne fortolkning er i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i fjerde direktiv og bestemmelserne i national ret om gennemførelsen heraf. Den forelæggende ret har derfor anmodet Domstolen om at fastlægge rækkevidden af bestemmelserne i direktivets artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og artikel 59, således at den kan tage stilling til, om bestemmelserne er til hinder for en samtidig bogføring af overskuddet i et tilfælde som det foreliggende.

12. Hvad angår fjerde direktivs artikel 59 kan denne bestemmelse, selv om den udtrykkeligt er nævnt i den forelæggende rets spørgsmål, ikke indgå i vurderingen af, om den samtidige bogføring i et tilfælde som det foreliggende kan være tilladt.

Således som jeg har nævnt, har den tyske lovgiver ikke udnyttet den adgang, den er indrømmet, til at tillade eller foreskrive, at »equity-metoden« skal anvendes ved værdiansættelsen af kapitalinteresser i tilknyttede virksomheder. Der kan således ikke — og det er alle parterne i sagen i øvrigt enige om — være tale om en tilsidesættelse af fjerde direktivs artikel 59 [8].

13. Der må derimod tages hensyn til en bestemmelse, der — selv om den ikke er påberåbt af den forelæggende ret — givet vil kunne finde anvendelse i dette tilfælde. Det drejer sig om artikel 31, stk. 1, litra d), der som anført klart fastslår periodiseringsprincippet.

Det præjudicielle spørgsmål må herefter besvares alene på grundlag af fjerde direktivs artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og litra d).

14. Endelig må der foretages en præcisering vedrørende sagens faktiske omstændigheder. Det fremgår ikke af forelæggelseskendelsen, at moderselskabet er forpligtet til at udarbejde koncernregnskab. Spørgsmålet vedrører derimod udtrykkeligt kun

8 - Som det vil være fremgået, regulerer artikel 59 endvidere et andet spørgsmål end det, der foreligger i denne sag, nemlig spørgsmålet om, hvilken fremgangsmåde der skal anvendes ved vurderingen af størrelsen af selskabers kapitalinteresser i tilknyttede virksomheder. Henvisningen i det præjudicielle spørgsmål til artikel 59 skyldes sandsynligvis, at sagsøgte under behandlingen af hovedsagen har foretaget en tilbundsgående gennemgang af denne bestemmelse og heraf har udledt en række argumenter til støtte for, at den samtidige bogføring af overskuddet ikke er tilladt.

bestemmelserne i fjerde direktiv vedrørende årsregnskabet for kapitalselskaber.

Der er således tale om et tilfælde, hvor sagsøgtes og datterselskabernes årsregnskaber er »normale« årsregnskaber udarbejdet af særskilte juridiske personer, således at fællesskabsbestemmelserne om konsoliderede regnskaber ikke finder anvendelse i denne sag.

15. Jeg skal herefter vende mig til sagens centrale problem, der kan sammenfattes i følgende spørgsmål: Kan det overskud, datterselskaberne har konstateret i det regnskabsår, der afsluttes pr. 31. december 1989, anses for en fortjeneste, som moderselskabet har konstateret i samme regnskabsår, som omhandlet i artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og litra d)?

Efter min opfattelse må svaret nødvendigvis være negativt. Den omstændighed, der udløser moderselskabets ret til udbetaling af overskuddet, er således beslutningen om overskuddets anvendelse til udbetaling af udbytte til selskabsdeltagerne. Denne beslutning kan naturligvis først træffes på et tidspunkt, som ligger efter regnskabsafslutningen (den 31.12.1989) i datterselskaberne. Retligt er der således ikke før dette tidspunkt nogen sikkerhed for, at der er et overskud, og hvor stort det er. Måske er der ikke noget overskud, og måske besluttes det at anvende overskuddet (eventuelt kun delvis) til et andet formål end udbytteudbetaling.

16. Det forhold, at moderselskabet i dette tilfælde kontrollerer datterselskaberne fuldt ud, kan naturligvis give det indtryk, at det er sikkert, at overskuddet vil blive anvendt til udbetaling af udbytte, idet moderselskabet selv kan træffe denne beslutning. Men dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at moderselskabet retligt kan antages at have ret — og endnu mindre pligt — til at optage overskuddet i sit årsregnskab for det regnskabsår (f.eks. 1989), hvori overskuddet er konstateret som overskud i datterselskabet. En sådan ret opstår først i det følgende regnskabsår (dvs. i 1990 i mit eksempel) for så vidt angår moderselskabet. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at selv om selskaberne er »beslægtede«, er og bliver moderselskabet og datterselskaberne selvstændige juridiske personer på samme måde som de regnskaber, de skal udarbejde, er selvstændige dokumenter.

Såfremt det antages, at datterselskabernes overskud i et givet årsregnskab kan eller skal anses for en fortjeneste i moderselskabet i samme regnskabsår, inden der er truffet beslutning om, at overskuddet skal anvendes til udbytte, er det i virkeligheden det samme som at antage, at ethvert overskud i datterselskaberne *automatisk* og *samtidigt* bliver en fortjeneste i moderselskabet. Et sådant resultat er imidlertid uacceptabelt, da der er tale om særskilte juridiske personer og regnskaber, som ikke er konsoliderede regnskaber.

17. Den tyske og den britiske regering, som tillægger det afgørende vægt, at moderselskabet har fuldstændig kontrol, har anført, at en fortolkning af de omhandlede bestemmelser,

hvorefter overskuddet i den foreliggende sag ikke kan bogføres samtidig i moderselskabets årsregnskab, er for restriktiv og formalistisk, navnlig fordi der ikke reelt er risiko for en uforsigtig værdiansættelse, og at moderselskabets ret til overskuddet i hvert fald økonomisk set må anses for opstået i samme regnskabsår som det regnskabsår, hvori datterselskaberne har konstateret overskuddet, også selv om retten ikke retligt set er kommet til eksistens.

Bundesgerichtshof finder, at moderselskabets ret til udbetaling af overskuddet udgør et tilgodehavende hos datterselskaberne, som ved afslutningen af årsregnskabet driftsøkonomisk må anses for således konkretiseret, at den *skal* optræde i moderselskabets årsregnskab som en formueforøgelse, der er konstateret i samme regnskabsår, som datterselskabernes regnskabsår omfatter.

18. Jeg mener ikke, at den tyske og den britiske regerings opfattelse kan tiltrædes. Det forhold, at der tillægges den økonomiske aspekt større vægt end det retlige, ændrer således ikke ved det foreliggende problem eller ved svaret på det præjudicielle spørgsmål.

Det bemærkes i denne forbindelse, at *datterselskabernes overskud*, når der er tale om særskilte juridiske personer og årsregnskaber, som ikke er koncernregnskaber, men regnskaber for de enkelte juridiske personer, der udgør koncernen, ikke *som sådant* kan antages at foreligge før ved afslutningen af årsregnskabet. Indtil midnat den 31. december kan overskuddet blive halveret eller helt forsvinde.

19. Det er derfor nødvendigt for, at datterselskabets overskud kan omdannes til en *aktivpost i moderselskabets årsregnskab*, at følgende forudsætninger er opfyldt:

a) Retligt set

— skal datterselskabernes årsregnskaber være afsluttet, og

— datterselskabernes årsregnskaber skal være godkendt, og overskuddet skal være hensat til udbytte.

b) Økonomisk set

— skal datterselskabernes regnskabsår (*i hvert fald*) være afsluttet.

20. Det forhold, at datterselskaberne som i dette tilfælde kontrolleres fuldt ud af moderselskabet, ændrer ikke ved problemets karakter. Datterselskabernes overskud kan først optages som en aktivpost i moderselskabet i det regnskabsår, der følger efter det regnskabsår (dvs. 1989), hvori datterselskabernes overskud er konstateret, idet det under alle omstændigheder først er fra 1. januar i det følgende år (det vil i dette tilfælde sige fra 1.1.1990), at der kan være tale om et overskud, og man kan begynde at overveje den ene eller anden anvendelse heraf.

Reelt set indebærer den fuldstændige kontrol alene, at moderselskabet fra den 1. januar 1990 kan beslutte, at datterselskabernes overskud skal anvendes til udbetaling af udbytte til moderselskabet. Men ikke før dette tidspunkt.

21. Det, der under alle omstændigheder er umuligt, er at bogføre datterselskabernes overskud for 1989 i moderselskabet i samme år. Efter min opfattelse er forsigtighedsprincippet (»kun den fortjeneste, der er konstateret på statustidspunktet, må medtages«) og periodiseringsprincippet til hinder herfor. Det er netop den korrekte anvendelse af disse principper, der — således som vi har kunnet konstatere — sikrer, at årsregnskabet giver et »retvisende« billede af moderselskabets aktiver og passiver ved afslutningen af det pågældende regnskabsår.

Det ville derimod forholde sig modsat, såfremt bestyrelsen i et tilfælde som det foreliggende samtidig optog overskuddet i moderselskabets årsregnskab og dermed tilsidesatte kravene om forsigtighed og periodisering, og bestyrelsen ville dermed i strid med det overordnede formål med alle bestemmelserne give aktionærerne og omverdenen et ikke-»pålideligt« billede af selskabets aktiver og passiver ved afslutningen af det pågældende regnskabsår.

22. Den tyske regering har endvidere anført, at artikel 31, stk. 1, litra c), aa), inden for rammerne af det system for samordning af årsregnskaber, som er indført ved de her omhandlede fællesskabsbestemmelser, foreskriver en forpligtelse til at nå et bestemt resultat, og at hver enkelt lovgiver kan give bestemmelsen det indhold, der findes mest hensigtsmæssigt. Nærmere bestemt har den tyske regering gjort gældende, at der med begrebet »konstateret fortjeneste« overlades medlemsstaterne et vidt skøn. Medlemsstaterne kan derfor anvende princippet om samtidig bogføring, idet dette under de i denne sag foreliggende omstændigheder falder ind under begrebet »konstateret fortjeneste«.

Jeg finder ikke denne argumentation overbevisende. For det første fremgår det udtrykkeligt af artikel 31, stk. 1, at »Medlemsstaterne *drager omsorg for*, at de poster, der opføres i årsregnskabet, værdiansættes i overensstemmelse med følgende almindelige principper« [9].

23. For det andet fastslår fjerde direktiv — således som jeg har redegjort for — ikke alene i generelle vendinger forsigtighedsprincippet, men indholdet heraf præciseres også i de særskilte bestemmelser, hvorved det gennemføres, f.eks. pligten til i årsregnskabet kun at medtage den fortjeneste, der faktisk er konstateret ved regnskabsårets afslutning. Det ville derfor efter min opfattelse ikke alene være ulogisk, men også i modstrid med bestemmelsens indhold, såfremt den fortolkes som foreslået af den tyske regering.

Men mere end det. Uanset hvor forskelligt begrebet »konstateret fortjeneste« måtte være i medlemsstaternes regnskabspraksis, kan det ikke antages at gå så langt, at der kan medtages en blot fremtidig fortjeneste, dvs. en fortjeneste, som hverken juridisk eller økonomisk er kommet til eksistens. Sådan forholder det sig faktisk i forhold til moderselskabet med det overskud, en virksomhed har opnået i et givet regnskabsår, i hvert fald indtil afslutningen af det pågældende regnskabsår.

24. Endelig anser jeg også en anden bestemmelse i fjerde direktiv for vigtig. Denne er ligeledes udtryk for forsigtigheds- og periodiseringsprincippet. Det drejer sig om artikel 31, stk. 1, litra c), bb), som jeg allerede har citeret, og hvorefter der skal »tages hensyn til alle forudseelige risici og eventuelle tab, som er opstået i løbet af det regnskabsår, årsregnskabet vedrører, eller i et tidligere regnskabsår, selv om disse risici eller tab først bliver kendt mellem statustidspunktet og det tidspunkt, hvor det udarbejdes«.

Denne bestemmelse, der efter sin ordlyd kun omhandler risici og tab (som skal henføres til det pågældende regnskabsår, selv om de først bliver kendt senere), bekræfter modsætningsvis, at der ikke gælder nogen undtagelse til pligten til i årsregnskabet kun at medtage den fortjeneste, der faktisk er konstateret *i løbet af* regnskabsåret.

25. Jeg foreslår herefter, at Domstolen besvarer det af Bundesgerichtshof stillede spørgsmål således:

9 — Min fremhævelse.

»Artikel 31, stk. 1, litra c), aa), og litra d), i Rådets direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en regnskabsmæssig disposition, der består i, at et kapitalselskab, der som eneste selskabsdeltager kontrollerer et andet kapitalselskab, i årsregnskabet for et givet regnskabsår som aktiv optager overskuddet i datterselskabet i det samme regnskabsår, også selv om de to selskabers regnskabsår er sammenfaldende, og datterselskabets årsregnskab er godkendt og der er truffet beslutning om anvendelse af overskuddet inden godkendelsen af moderselskabets årsregnskab.«