

WERLAUFF

**Koncern
retten**

GADJURA

Erik Werlauff

Koncernretten

1. udgave/1. oplag

© GadJura, København 1996

ISBN 87-607-0126-9

Omslag/Grafisk tilrettelæggelse: Axel Surland

Tryk: Fr. Martin A/S, Christiansfeld

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse

af denne bog eller dele af den er ikke tilladt

ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Alle rettigheder forbeholdes.

Indhold

Introduktion 9

Forkortelser 12

I Koncernens interne forhold:

Ret og pligt mellem koncernselskaber

1. *Koncernbegrebet 15*
 - 1.1. Selskabsrettens koncernbegreb 15
 - 1.2. Før den 1. april 1991 16
 - 1.3. Fra den 1. april 1991 17
 - 1.4. Stemmeflertal (absolut generalforsamlingsflertal) 20
 - 1.5. Bestyrelsesflertal (+ aktionærstatus) 26
 - 1.6. Bestemmende indflydelse de jure (+ aktionærstatus) 30
 - 1.7. Stemmeflertal (+ aktionærstatus) 33
 - 1.8. Bestemmende indflydelse de facto (+ aktie-«besiddelse») 36
 - 1.9. Sammenfatning af koncernkriteriet 36
 - 1.10 Andre datterselskabers indflydelse medtælles 38
 - 1.11 Samme selskab som både moder- og datterselskab 41
2. *Ret og pligt mellem koncernselskaber 43*
 - 2.1. Underretnings- og høringspligter mellem moderselskabet og datterselskabet 43
 - 2.2. Udstrækning af ret eller pligt til flere selskaber som følge af koncernforholdet 46
 - 2.3. Indsigt i koncernen som helhed 51
 - 2.4. Moderselskabets ledelsesret over for datterselskabet 55
 - 2.5. Må moderselskabet disponere over datterselskabets ressourcer og faciliteter? 69
 - 2.6. Fra »selskabsret« og »koncernret« til »virksomhedsret« 74
3. *Internationale koncernforhold 78*
 - 3.1. Er det enkelte koncernselskab dansk eller udenlandsk? (selskabsretlig nationalitetsbestemmelse: »selskabsstatuttet«) 78
 - 3.1.1. Registreringskriteriet 78

- 3.1.2. Hovedsædekriteriet 79
- 3.1.3. Kompromisforsøg: overlåpningskriteriet 80
- 3.1.4. Pro forma hjemsted: genuine link princippet; udenlandsk postkasse-moderselskab 80
- 3.1.5. Selskabs- og skatteretlig afvigelse 85
- 3.2. Anvendes der dansk eller udenlandsk ret på det enkelte koncernselskabs forhold? (internationalt lovvalg i selskabsforhold) 87
 - 3.2.1. Selskabsstatuttet 88
 - 3.2.2. Dansk eller udenlandsk ret? 89
 - 3.2.3. Koncernbegrebet 90
 - 3.2.4. Ret og pligt i internationale koncernforhold 90
- 3.3. I hvilket omfang kræver unionsretten ligestilling mellem udenlandske og indenlandske koncernselskaber? (etableringsrettens udstrækning til selskabsrettens område) 100
- 3.4. Sammenfatning 108

II Koncernens eksterne forhold: Finansiering, regnskab og skat

- 4. *Finansiering af koncernen* 113
 - 4.1. »Koncernen« kan ikke være debitor 113
 - 4.2. Koncernmellemværenders årsag 115
 - 4.3. Tinglig sikkerhed søges undgået gennem selskabsretlig formalitet 116
 - 4.4. Lån mellem koncernselskaber 117
 - 4.5. Hæftelse eller tilbagetræden i forbindelse med datterselskabs låntagning 118
 - 4.5.1. Tilsigtet tilbagetrædelse i forhold til én kreditor 119
 - 4.5.2. Utilsigtet tilbagetrædelse i forhold til én kreditor 120
 - 4.5.3. Tilsigtet tilbagetrædelse til fordel for alle andre kreditorer i datterselskabet: ansvarlig lånekapital 120
 - 4.5.4. Utilsigtet tilbagetrædelse til fordel for alle andre kreditorer i datterselskabet 121
 - 4.5.5. Tilsigtet hæftelse for datterselskabet over for en enkelt långiver 122
 - 4.5.6. Utilsigtet hæftelse for datterselskabet over for en enkelt långiver; støtteerklæringer 123
 - 4.5.7. Tilsigtet hæftelse for al datterselskabets gæld 131

- 4.5.8. Utilsigtet hæftelse for al datterselskabets gæld 131
- 4.5.9. Inddragelse af datterselskabets aktiver, fx udestående fordringer, i moderselskabets bo 135

- 5. *Koncernregnskabet* 144
 - 5.1. Regnskabsreglernes unionsretlige baggrund 144
 - 5.1.2. Direktivets koncernbegreb 145
 - 5.1.3. Udeholdelse af enkelte virksomheder 150
 - 5.1.4. Det konsoliderede regnskabs indhold 152
 - 5.2. Dansk regnskabslovgivning om koncernregnskaber 157
 - 5.2.1. IAS nr. 24's og koncernregnskabets forskelligartede funktioner 158
 - 5.2.2. Det regnskabsretlige koncernbegreb og dets sammenhæng med det selskabsretlige 160
 - 5.2.3. Undtagelser fra lovens krav om et koncernregnskab 164
 - 5.2.4. Koncernregnskabets indhold 167
 - 5.2.5. Koncernregnskabets godkendelse, revision og indsendelse 174
- 6. *Beskatning af koncernen* 176
 - 6.1. Koncernbegrebet i skatteretten 176
 - 6.2. Skatteneutral koncernetablering 179
 - 6.3. Udbytte fra datterselskab i Danmark 186
 - 6.4. Udbytte fra datterselskab i udlandet 194
 - 6.5. Sambeskatning med selskab i Danmark 213
 - 6.6. Frivillig eller tvungen sambeskatning med selskab i udlandet 235
 - 6.7. Tab på et koncernforbundet selskab 252
 - 6.8. Koncernen som fælles momssubjekt 255

IV Koncernselskabernes indbyrdes iagttagelse af markedsprincipper: Transfer pricing

- 7. Transfer pricing ved koncern-interne transaktioner 259
 - 7.1. Transfer pricing som begreb 259
 - 7.2. Metoder til at prisfastsætte koncern-interne ydelser 264
 - 7.3. Ressourceoverførsel fra datter- til moderselskab 267
 - 7.4. Ressourceoverførsel fra moder- til datterselskab 268

- 7.5. Ressourceoverførsel mellem søsterselskaber 276
7.6. International korrektion af transfer pricing i koncernforhold 280

Bilag (oversigter og formuleringseksempler):

Introduktion til bilagene 287

1. Hvornår anvendes dansk og hvornår fremmed ret? 288
2. Hvordan forebygges hæftelse for dansk eller udenlandsk datterselskab? 290
3. Hvordan kan der etableres ledelsesret for moderselskabet (en »beherskelsesaftale«) allerede efter gældende ret? 291
4. Hvordan udskilles en aktivitet i form af et nyt datterselskab? 293
5. Hvordan drives et fælles datterselskab? 296
6. Hvordan etableres et datterfinansselskab (eller anden form for formålsbestemt datterselskab)? 299
7. Hvordan fordeles kompetencen mellem datterselskabets bestyrelse og moderselskabet, dvs. definition af strategiske beslutninger m.v.? 303
8. Hvordan fordeles kompetencen mellem koncernbestyrelse og datterselskabsbestyrelser? 305
9. Hvilket indhold kan en aktionæroverenskomst mellem et moderselskab og en koncernfremmed datterselskabsminoritet have? 306

Litteratur 312

Stikord 319

Introduktion

En veldefineret rød tråd går gennem hele denne bog. Det drejer sig om at fastlægge, hvornår den enkelte juridiske person i en koncern skal betragtes isoleret, og hvornår dens retsforhold skal betragtes i lyset af, eventuelt sammenlægges med, én eller flere andre juridiske personer, hvormed den er koncernforbundet.

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

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

Hvis en problemstilling, som jeg har gennemgået i natlampens skær i forbindelse med arbejdet med denne bog, ikke har kunnet belyse denne altafgørende sondring mellem særbehandling og sambehandling, har jeg ladet den ude af betragtning som værende denne bog uvedkommende.

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

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

Ved årtusindskiftet vil det blive nemmere at give en sammenhængende juridisk beskrivelse af følgerne af, at selskaber indgår i koncerner, for da vil lovgivningsmagten, som indtil nu næsten har ignoreret problematikken eller i hvert fald kun reguleret den sporadisk, utvivlsomt have reguleret koncernspørgsmålene meget indgående.

Men for nærværende må et koncernretligt billede møjsommeligt sammenstykkes af spredte og ofte indbyrdes ukoordinerede udsagn eller

antagelser. Det følgende er et foreløbigt forsøg på en sådan systematiseret sammenstyknings.

Det har været væsentligt for mig, at en fremstilling af koncernretten ikke blot må tage form af endnu en gennemgang af selskabsretten, blot anskuet ud fra et koncernsynspunkt. Hvis koncernretten som disciplin skal have nogen mening, må man således koncentrere sig om *netop de problemkonstellationer, der er helt særegne for samvirket mellem en flerhed af juridiske personer, der er koncernforbundet*.

En række spørgsmål har jeg derfor ladet ligge, og det kan muligvis i nogle henseender føles, at frasorteringen har været for hårdhændet. Blot eksempelvis har jeg skrevet meget lidt om koncernarbejdsretten, men dette hænger sammen med, at der foreligger specialfremstillinger herom. Også finansielle holdingselskaber, finansielle supermarkeder m.v. har jeg trods emnernes aktualitet ladet ligge, netop fordi bogen ikke skulle være en håndbog med alt om koncerner, men derimod en kort og koncentreret fremstilling med fokus på nogle helt specifikke koncernspørgsmål. Også fx koncern-insolvensretten, som tysk ret beskæftiger sig temmelig meget med, har jeg – som selvstændig disciplin betragtet – holdt uden for fremstillingen, men det er indlysende, at mange af de behandlede problemer også omfatter den situation, hvor ét eller flere af koncernens selskaber bliver insolvente.

Det er ikke mindre end to grøfter, jeg har søgt at undgå at falde i:

På den ene side af vejen er der generalitetsgrøften. Den ville man falde i, hvis man gjorde koncernretten til en gentagelse af hele selskabsretten, anskuet på koncernniveau. Store dele af spørgsmålene om minoritetsbeskyttelse, kreditorbeskyttelse m.v. er ikke specifikt koncernretlige og bør derfor ikke undergives en speciel koncernretlig analyse, men derimod høre hjemme i den mere generelle selskabsret.

På den anden side af vejen er der specialitetsgrøften. Den ville man – specielt jeg – risikere at falde i, hvis bogen blev meget stærkt centreret om specielle spørgsmål som identifikation, hæftelsesgennembrud m.v., dvs. de spørgsmål, som jeg meget indgående analyserede i min doktordisputats »Selskabsmasken« (GadJura 1991). Skønt disse specialproblemer er interessante, spiller de næppe nogen afgørende rolle for koncernens dagligdag, og i nærværende bog har de derfor fået anvist det lille hjørne af fremstillingen, som tilkommer dem, når man tager overblikkets briller på.

Det har været særdeles vanskeligt for mig at afgøre, præcis hvor meget der skulle medtages af koncernbeskatningsretten. Denne kan ikke helt udelades af en fremstilling som denne, men en helt tilbunds gående

undersøgelse af skatteretten ville totalt dominere fremstillingen og skævtrække sigtet med denne. Resultatet er blevet et kompromis. Koncernskatteretten har fundet sin plads under behandlingen af koncernens finansielle forhold, efter koncernregnskabet, og alle væsentlige forhold vedrørende udbytte, sambeskatning, transfer pricing m.v. er omtalt, men udtømmende er fremstillingen ikke blevet.

Som et biprodukt af fremstillingen – og af arbejdet med »Selskabsretlige dokumenter« (GadJura 1995) – er fremkommet et antal eksempler på, hvordan man efter omstændighederne kan løse nogle koncernspørgsmål (udskillelse af datterselskab, fælles datterselskab, forebyggelse af hæftelsesgennembrud, internationalt lovvalg i stikordsform, aftale med koncernfremmed minoritet, formålsbestemt datterselskab, herunder datterfinansselskab m.v.). Disse biprodukter af arbejdet er vel ikke udtryk for nogen højere juridisk visdom, men måske kan de være til nogen nytte i det praktiske, og jeg har derfor valgt at gengive dem med småtryk sidst i bogen. Den, der kun er interesseret i bogens teoretiske overvejelser og analyser, kan blot springe bilagene over.

Bogen er disponeret således, at den falder i tre hoveddele.

Den første del (I) analyserer koncernens interne forhold, dvs. ret og pligt mellem koncernens enkelte juridiske personer. Herunder defineres det selskabsretlige koncernbegreb, rettigheder og pligter mellem selskaberne fastlægges, og retsforholdet til udenlandske selskaber i en international koncern søges fastlagt.

Bogens anden del (II) koncentrerer sig om koncernens eksterne forhold, dvs. finansieringen af koncernen, dennes regnskabsaflæggelse og dens beskatning.

Bogens tredje, korte del (III) rummer træk af både interne og eksterne forhold; den koncentrerer sig om iagttagelse af og fravigelse fra markedsprincipper i den indbyrdes samhandel mellem koncernens enkelte juridiske personer. Denne del er skrevet med skatteretten som hovedinspirationskilde, men dog med betydelig afsmittende effekt på både selskabsretten (minoritetsbeskyttelse, generalklausulerne), insolvensretten (omstødelse), erstatningsretten m.v.

Da den nye anpartsselskabslov i skrivende stund endnu ikke er endeligt vedtaget, er paragrafhenvisningerne foretaget til den hidtidige lov.

Aalborg Universitet, marts 1996

Erik Werlauff

Koncernretten behandler koncernens interne forhold (ret og pligt mellem koncernselskaber), koncernens eksterne forhold (finansiering, regnskab og skat) samt koncernselskabernes indbyrdes iagttagelse af markedsprincipper (transfer pricing).

Den opgave, som bogens forfatter har stillet sig, er at beskrive, hvornår det enkelte selskab i en koncern skal betragtes isoleret, og hvornår dets retsforhold påvirkes af, at selskabet indgår i en koncern.

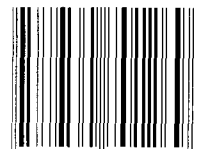
Bogens hovedemner er koncernbegrebet, ret og pligt mellem danske og udenlandske koncernselskaber, internationale koncernforhold, finansiering af koncernen, koncernregnskabet, koncernbeskatningen samt afregningsprincipper ved koncerninterne transaktioner.

Bogen indeholder tillige praktiske oversigter og formulerings-eksempler til brug i den koncernretlige dagligdag.

Professor, dr. jur. Erik Werlauff underviser og forsker ved Aalborg Universitet. Han er forfatter til en række selskabsretlige, skatteretlige og kreditretlige udgivelser på forlaget GadJura.

GADJURA

ISBN 87-607-0126-9



9 788760 701269