

Kandidatafhandling (AAU 2017)
Hæftelsesproblemer i Koncerner – med særlig fokus på identifikation

Titelblad

Uddannelse: Cand.merc.aud.

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Emne: Selskabsret

Titel: Hæftelsesproblemer i koncerner – med særlig fokus på identifikation

Antal sider: 82

Antal anslag: 169.789 (70,7 normalsider)

Afleveringsdato: 31/07-2017

Vejleder: Gitte Sjøgaard

Forfatter: Kasper Vestergaard Jensen (20124864)

Kasper Vestergaard Jensen

English Summary

This Thesis investigates liability problems in corporate groups with special focus on identification between the parent company and its subsidiaries. This is interesting because the Danish company law directs that limited companies cannot be held liable for claims targeting its subsidiaries. Despite that, the liability rule seems to be overruled under very special circumstances. To narrow the topic down to a single sentence, the problem of this Thesis is formulated as follows “Under which circumstances and to what extent is identification possible in corporate groups”. To solve this problem this Thesis uses the legal dogmatic method, which allows applicable court practice to be interpreted. Due to the method used, the sources of law in this Thesis is mainly cases from Danish court practice and literature from lawyers with special insight in company law.

The results of this Thesis will show that identification between the parents and its subsidiary is likely to happen if there is a case of mixed assets, where it is impossible to determine to which company the assets belong. In this case, the group will be treated as if it was one single entity. Furthermore, identification is possible in a situation where the subsidiary has the characteristics of pro forma. Meaning that the subsidiary’s operation has no real purpose or is created for the sole purpose of bypassing specific demands from creditors or to secure specific creditors investment.

Other situations can cause identification, for example, undercapitalization and convergence in managing. These situations, however, is not single handedly as strong as the first two mentioned. There are situations where undercapitalization or convergence in managing is accepted, but under the right circumstances, they can be evidence that identification is imminent.

In conclusion, the term economic entity, known from EU law, can also cause identification. These situations are not based on the legal segregation of the companies as mixed assets or pro forma is, but it is based upon the economic realities. If two companies within the same group do business together in such a way that one cannot do without the other, one company must be liable towards the other.

Forkortelser

IAS	International Accounting Standards
KL	Konkursloven
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
RR	Revision og Regnskabsvæsen
SL	Selskabsloven (Lov om aktieselskaber og anpartsselskaber)
TfR	Tidsskrift for Skatter og afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning og problem.....	6
2.	Problemformulering.....	7
3.	Disposition.....	7
4.	Metode.....	8
4.1	Retskilder	8
4.2	Afgrænsning	9
4.2.1	Negativ afgrænsning	9
4.2.2	Positiv afgrænsning.....	10
5.	Kapitalselskabernes hæftelse	11
5.1	Modifikationer til den begrænsede hæftelse	12
5.1.1	Lovhjemlet hæftelse	12
5.1.2	Hæftelse i form af aftale	12
5.1.3	Medvirken som hæftelsesgrundlag	12
5.1.4	Illoyalitet som hæftelsesgrundlag.....	13
5.1.5	Hæftelsesgennembrud	13
5.1.6	Identifikation	15
6.	Identifikation i forbindelse med Insolvens	16
6.1	Identifikation i relation til omstødelse af pant og vareleveringer	17
6.1.1	UfR U.1977.526H – Commander Marine A/S dommen.....	17
6.1.2	UfR U.1994.621H - Dagrofa dommen	19
6.2	Identifikation i relation til selskabsopsplitning	21
6.2.1	UfR U.1968.766H – A/S Flying Enterprise dommen	21
6.2.2	UfR U.1978.880H – A/S Inka-Print dommen.....	24
6.2.3	UfR U.1986.697V – J.P Chokolade dommen.....	26
6.2.4	UfR U.1980.806V – Frigor dommen.....	28
6.3	Delkonklusion.....	31
7.	Identifikation i forbindelse med culpa.....	32
7.1	UfR U.1998.166Ø og UfR U.1999.326Ø – Byggeaktieselskabet og Microsoft krænkelsen	32
7.1.1	Byggeaktieselskabet.....	32
7.1.2	Microsoft krænkelsen	34
7.2	UfR U.2000.2267H – LMB A/S dommen	35

7.3 UfR U.1985.664V – Cado-Royal A/S dommen	37
7.4 UfR U.1997.1642H – Midtfyns-festival dommen.....	39
7.5 UfR U.1996.12/2 – A.B montage dommen	43
7.6 Delkonklusion.....	44
8. Identifikation i forbindelse med økonomisk enhed.....	45
8.1 EU-rettens konkurrenceregler	45
8.1.1 C-97/08 P - Akzo Nobel Dommen	46
8.1.2 C-179/12 P – Dow Chemical dommen	48
8.1.3 T-185/06 – L’Air Liquide dommen	49
8.1.4 C-73/95 P – Parker dommen.....	51
8.1.5 Analyse og sammenfatning af EU-rettens konkurrenceregler	52
8.2 Økonomisk enhed i dansk retspraksis	54
8.2.1 TfS 2001, 233H – Kartoffelavlner.....	55
8.2.2 TfS 1998, 153Ø - Udlejnings dommen	56
8.2.3 Modregning i den økonomiske enhed	57
8.3 Delkonklusion.....	58
9. Analyse af momenter.....	60
9.1 Formuesammenblanding	60
9.2 Personsammenfald på ledelsesplan	62
9.3 Proforma	64
9.4 Underkapitalisering.....	66
9.5 Omstødelse	67
9.6 Andre konsekvenser af identifikation	69
9.7 Økonomisk Enhed	70
9.8 Sammenfatning af momenter.....	71
10. Fordele og ulemper ved identifikation	73
11. Forskel mellem aktionær/anpartshaver – selskab og selskab-selskab.....	74
12. Konklusion.....	77
13. Litteraturliste.....	80

1. Indledning og problem

Denne afhandling vil tage udgangspunkt i den selskabsretslige regulering af koncerner, og de hæftelsesproblemer en sådan selskabskonstellation måtte medbringe. Da koncerndefinitionen i dansk ret kan variere afhængigt af retsområde, afhænger denne af sammenhængen hvori den bruges; hvad enten det måtte være i henhold til skatteret, selskabsret eller en helt tredje sammenhæng. Der er dog med den nye version af selskabsloven fra 2010 sket en tilpasning af selskabslovens koncerndefinition, således definitionen nu er i overensstemmelse med den internationale regnskabsstandard IAS 27.¹ Ligeledes er samme koncerndefinition tilpasset, således den også stemmer overens regnskabsretligt og skatteretligt i forbindelse med sambeskatning.² Med tilpasningen til IAS er det nu den faktiske udøvelse af bestemmende indflydelse, her beføjelserne til at styre de økonomiske og driftsmæssige beslutninger i dattervirksomheden, der afgør hvem der reelt set er moderselskab i en koncern.³ Der vil i denne afhandling blive taget udgangspunkt i selskabsrettens definition af en koncern, som fremgår af SL §6, hvorefter en koncern består af et moderselskab og dennes dattervirksomheder.

Det kan være besværligt at kontrahere med en virksomhed i en koncern, idet koncernen udadtil kan synes at være en samlet enhed, der i erhvervsmæssig forstand fungerer på tværs af selskaber, men hvor selskabsretten på den anden side foreskriver, at hvert enkelt selskab i koncernen, rettigheds- og forpligtelsesmæssigt, er et selvstændigt retssubjekt.⁴ Trods den forvirring der måtte opstå for blandt andet kreditorer, leverandører og andre medkontrahenter, skal selskabernes retssubjektivitet dog respekteres. Dette betyder da også, at selskaberne i koncernen som udgangspunkt ikke hæfter for hinanden jf. SL §1 stk. 2.

Denne hovedregel kan dog fraviges i form af lovgivning, aftaler eller uhjemlet lovgivning.⁵ Fravigelsen indebærer derfor en situation, hvor et koncernselskabs rettigheder og forpligtelser ligeledes kommer til at omfatte andre selskaber i koncernen, altså hvor et selskab

¹ Se Werlauff: *Selskabsret, 2010*, s. 564.

² *Ibid*, s. 564.

³ www.iasplus.com

⁴ Se Werlauff: *Selskabsret, 2010*, s. 581.

⁵ Se Søgaard og Werlauff: *Koncernretten, 2015*, s. 126-127.

ikke længere kun hæfter for sig selv. Dette kan som nævnt ske på en af flere måder, hvoraf der for denne afhandling vil blive fokuseret på dét, der i praksis kaldes identifikation. Det er derfor formålet med denne afhandling at undersøge, i hvor stor udstrækning identifikation mellem koncernselskaber er muligt. Statueres der identifikation mellem koncernselskaber, kan konsekvensen være en hæftelse udover selskabslovens hovedregel om selskabernes begrænsede hæftelse.⁶

Overstående indledning leder videre til problemformuleringen for denne afhandling og dernæst videre til en disposition af besvarelsen heraf.

2. Problemformulering

På hvilket grundlag og i hvilket omfang kan hæftelsesmæssig identifikation opstå i koncerner.

3. Disposition

I forhold til overstående problem er det formålet med denne afhandling at undersøge og analysere grundlaget og omfanget af en sådan identifikation mellem koncernselskaber. Måden hvorpå dette sker, er gennem anvendelse af relevant litteratur og retspraksis. Det vil derfor være relevant først og fremmest at se på, hvordan kapitalsekskabernes generelle hæftelse ser ud, ligeledes hvordan denne hæftelse undtagelsesvis kan fraviges. På den baggrund vil det være muligt at få isoleret begrebet identifikation fra andre modifikationer til den begrænsede hæftelse. Yderligere vil der i denne afhandling blive fastlagt, hvad selve begrebet identifikation dækker over, da der i litteraturen kan være forvirring mellem begreberne identifikation og ansvarsgennembrud.⁷ Den analyserende del i denne afhandling har til formål at præcisere hvad identifikation er, og på hvilket grundlag det måtte forekomme. Dette sker via en gennemgang af domme og afgørelser, samt en analyse af de præmisser som ligger til grund for dommenes udfald. Der statueres ikke nødvendigvis identifikation i alle dommene, hvilket vil blive diskuteret løbende. Under det analyserende afsnit vil der også blive taget stilling til, hvorvidt der i EU-retten er mulighed for at identificere to selskaber. Endvidere vil der komme et fortolkende afsnit, som på baggrund af analysen vil forsøge at udlede en

⁶ Se Werlauff: *Selskabsret*, 2010, s. 582.

⁷ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2017, s. 533.

grundsætning for hvornår, og hvordan, der opstår identifikation mellem koncernselskaber. Det vil ligeledes være i det fortolkende afsnit, at en vurdering af de momenter der begrundet identifikation, vil blive analyseret og vurderet individuelt. Afslutningsvis vil en sammenfatning af analyse og fortolkning munde ud i en perspektivering. Denne perspektivering har til formål at belyse, hvilke fordele og ulemper der er forbundet med identifikation samt belyse, hvordan koncernselskaber henholdsvis kan opnå og kan undgå identifikation.

4. Metode

Metoden for denne afhandling er retsdogmatisk, da det er afhandlingens formål at fortolke samt redegøre for allerede eksisterende ret.⁸ Det er derimod ikke formålet at udlede, hvor dansk praksis i sig selv er mangelfuld. Derimod er formålet at få en større eller bedre forståelse af, hvornår identifikation mellem selskaber gør sig gældende og i hvilke sammenhænge. Dette kan lade sig gøre, da mange retskilder er formuleret på en sådan måde, at en fortolkning heraf er mulig.⁹ Som nævnt vil der i denne afhandling, blandt andet, blive analyseret på afgørelser af domme i forhold til identifikation. Disse afgørelser fungerer ligeledes som retskilder, idet de er med til at fastlægge, hvorledes den gældende retstilstand forholder sig.¹⁰ Det synes imidlertid ikke at være nødvendigt at kritisere metoden, idet den tager udgangspunkt i gældende ret, som må formodes at være korrekt.

4.1 Retskilder

For at behandle afhandlingens problemstilling er det i retsdogmatikkens natur væsentligt, at finde de relevante retskilder som bruges hertil. Formålet med dette er at kunne forstå, hvordan en sådan retskilde kan bruges til at besvare afhandlingens problem.¹¹ Der vil derfor i dette afsnit komme en gennemgang af hvilke retskilder, som vil optræde i denne afhandling.

Da en del af denne afhandling har til formål at udpensle kapital-selskabernes hæftelse, vil nogle af retskilderne optræde i lov om aktie- og anpartsselskaber. Selskabsretten kan dog ikke altid stå alene. Anvendelsen af selskabsretten sker derfor ofte i overensstemmelse med andre

⁸ Se Blume: *Juridisk metodelære*, 2004, s. 150.

⁹ *Ibid*, 2004, s. 151.

¹⁰ *Ibid*, s. 159.

¹¹ Se Blume: *Juridisk metodelære*, 2004, s. 163.

regler.¹² Derfor kan der komme elementer af andre lovgivninger som led i besvarelsen af pågældende problemstilling. Da en del af denne afhandling vedrører EU-retten, vil denne retskilde også indgå.

I og med at der i den danske selskabslov ikke forekommer hjemmel til grundlag for identifikation, vil størstedelen af retskilderne vedrørende identifikation komme i form af retspraksis fra de danske domstole. Dette vil være i form af domme, hvori der tages stilling til spørgsmålet om identifikation.

Yderligere vil retskilderne til behandling af denne afhandling komme fra den selskabsretlige litteratur. Herunder hører sig analyser af retsvidenskaben i form af artikler og bøger fra troværdige kilder. Da juridisk litteratur i sig selv ikke er en retskilde¹³, vil der være en kritisk tilgang til denne litteratur. At den juridiske litteratur ikke er en retskilde betyder dog ikke, at den ikke har retskildemæssig betydning.¹⁴ Litteraturen kan derfor indgå som et af flere argumenter om en konkret problemstilling.¹⁵

4.2 Afgrænsning

Det følgende afsnit vil være todelt, idet der fremgår både en negativ og en positiv afgrænsning. Den negative afgrænsning har til formål at beskrive de elementer, som relaterer sig til afhandlingens emne, men som ikke vil optræde i denne. Den positive afgrænsning tager udgangspunkt i de områder, som vil optræde og have en central del i denne afhandling.

4.2.1 Negativ afgrænsning

Som tidligere nævnt kan der i litteraturen opstå fortolkningsmæssige problemer mellem begreberne ansvars- eller hæftelsesgennembrud og identifikation. Det er i forbindelse med denne afhandling ikke hensigten at analysere emnet hæftelsesgennembrud, hvorfor der vil blive redegjort for forskellen på begreberne senere i afhandlingen. Dette sker blandt andet for at fjerne en eventuel forvirring for læseren, og dels for at skabe en redegørende forståelse for, hvad identifikation er. Der kan dog være tilfælde, hvor hæftelsesgennembrud vil være

¹² Se Gomard: *Selskabsretten*, 1999, s. 2.

¹³ Se Blume: *Juridisk metodelære*, 2004, s. 149.

¹⁴ *Ibid*, s. 149.

¹⁵ *Ibid*, s. 149.

relevant at omtale. Ligeledes afgrænses der fra andre måder end identifikation, hvorpå et selskab kan komme til at stå til ansvar eller hæfte for et andet koncernforbundet selskab.

Yderligere afgrænses der i denne afhandling fra andre virksomheds- eller selskabskonstellationer end koncerner. Dette sker på baggrund af måden, hvorpå de forskellige selskaber hæfter, idet det er den begrænsede hæftelse, som er interessant for denne afhandling.

Der afgrænses desuden også fra andre lovgivninger end dansk ret og EU-ret. Dette gøres på den baggrund, at udenlandske lovgivninger kan have et anderledes grundlag og desuden være for forskellig fra dansk ret. Det vil ligeledes være for omfattende at indbringe andre lovgivninger end dansk ret og EU-ret.

4.2.2 Positiv afgrænsning

Denne afhandling vil udelukkende tage udgangspunkt i den selskabsretlige regulering af en koncern. Altså begrænses der til de kapitalselskaber, som indgår i en koncern. Den selskabsretlige koncerndefinition er dog i overensstemmelse med den internationale regnskabsstandard IAS 27. Da det, for denne afhandling, kan være relevant at se på identifikation mellem selskabet og selskabets ejere, vil koncerndefinitionen afvige en smule fra selskabslovens definition. Derfor vil der fremadrettet i denne afhandling, når begrebet koncern anvendes, også blive behandlet tilfælde hvor moderselskabet består af en eller flere hovedaktionærer eller anpartshavere, selvom der ikke foreligger en selskabsretlig koncern jf. SL §6. Selskaberne i dette forhold vil også være at betragte som dattervirksomheder. Der inddrages også tilfælde, hvor en eller flere aktionærer eller anpartshavere har to eller flere selskaber, således der opstår søsterselskaber.

I selskabsloven bruges betegnelsen "dattervirksomheder"¹⁶, hvilket åbner op for, at andre typer end kapitalselskaber kan være datter i en koncern. I denne afhandling bruges betegnelsen datterselskab fremover, idet de fleste døtre i de anvendte domme har karakter af et kapitalselskab. Skulle forskellen på virksomhed og selskab blive relevant i specifikke tilfælde, vil det blive fremhævet.

¹⁶ www.retsinformation.dk - jf. SL § 6.

Der vil i denne afhandling være dansk retspraksis at finde, ligesom det hovedsageligt kun er dansk lovgivning, som optræder. Der vil dog forekomme elementer fra EU-retten, da en sammenligning mellem dansk og EU-retslig praksis synes relevant. Det er specielt relevant at se på, om der overhovedet i EU-retten er grundlag for at identificere selskaber.

5. Kapitalselskabernes hæftelse

Vigtigt for denne afhandling er det at se på, hvordan kapitalselskaber hæfter. Det er nemlig på den måde, at vi kan udlede modifikationen identifikation til hovedreglen om, at koncernselskaber ikke hæfter for hinanden. Ligeledes kan vi på denne måde få isoleret identifikation som begreb iblandt andre undtagelser til hovedreglen. Man hører ofte udtrykket, at et kapitalselskab er et selvstændigt juridisk retssubjekt. Baggrunden for dette skal findes i SL §1. Stk. 2. Her fremgår det nemlig, at kapitalejere ikke hæfter selskabets forpligtelser, men med deres indskud. Det hedder sig således herefter, at kapitalselskaber er en juridisk person, idet de har selvstændig retsevne, handleevne og proceshabilitet.¹⁷ Selskaberne skal dog være registreret hos Erhvervsstyrelsen, og kan først efter registreringen erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser uden ejernes hæftelse.¹⁸ Når selskabet er oprettet og registreret hos Erhvervsstyrelsen, og derved får sin titel som selvstændigt retssubjekt, hæfter selskabet selv for sine forpligtelser med dets formue.¹⁹ Kapitalejerne kan herefter kautionere for selskabets gæld eller påtage sig andre pligter i henhold til selskabet. Dette ændrer dog ikke på, at der stadig er tale om begrænset hæftelse. Såfremt kapitalejerne påtager sig en generel forpligtelse til at hæfte både personligt og solidarisk for selskabets gæld, så er der ikke længere tale om et kapitalselskab.²⁰ Den begrænsede hæftelse udgør derfor i særdeleshed en risiko for kapitalselskabernes kontrahenter, idet selskaberne ikke kan yde en fuldstændig beskyttelse mod en tabsrisiko.²¹ Alligevel findes der nogle modifikationer til den begrænsede hæftelse, som gør, at selskaberne og kapitalejerne kan komme til at hæfte for hinanden.

¹⁷ Se Gomard: *Selskabsretten*, 1999, s. 3. og Werlauff: *Selskabsret*, 2016, s. 23.

¹⁸ Se Werlauff: *Selskabsret*, 2016, s. 23.

¹⁹ Se Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1*, 2010, s. 127.

²⁰ *Ibid*, s. 127.

²¹ *Ibid*, s. 128.

5.1 Modifikationer til den begrænsede hæftelse

Erik Werlauff stiller i en artikel for UfR en række måder op, hvorpå man som majoritetsejer (moderselskab eller fysisk majoritetsejer) kan komme til at hæfte for et koncernforbundet selskab. Disse modifikationer går igen i den selskabsretslige litteratur, dog stilles de ikke op med konkrete overskrifter som det er tilfældet i nævnte artikel, samt bogen ”koncernretten” af samme forfatter.

5.1.1 Lovhjemlet hæftelse

Der nævnes i artiklen, at en af de måder et selskab kan komme til at hæfte for et andet, er gennem lovgivning. Den danske selskabsskattelov har altså i forbindelse med sambeskatning af selskaber hjemmel til at fravige den begrænsede hæftelse.²² Dette sker da det, i sambeskatning, såkaldte administrationselskab hæfter for betalingen til SKAT for koncernens øvrige selskaber, såfremt de har betalt deres andel af skatten til administrationselskabet.²³

5.1.2 Hæftelse i form af aftale

Ligeledes påpeges det, at der i form af kaution, altså et løfte om sikkerhedsstilling for et andet selskab, lovmæssigt opstår hæftelsesgrundlag. Et løfte fra et eventuelt moderselskab overfor et datterselskab kan udformes på forskellige måder – kaution, tredjemands pant og støtteerklæringer.²⁴

5.1.3 Medvirken som hæftelsesgrundlag

Yderligere bliver der pointeret, at en medvirken til et opstået erstatningskrav igennem en aktiv handling i et datterselskab overfor tredjemand kan medføre hæftelse.²⁵ Det er dog ikke givet, at majoritetsejeren hæfter for datterselskabet blot fordi denne har medvirket i en beslutning i datterselskabets ledelse. Det beror derfor typisk på et kvalificeret retsbrud gennem en iscenesat og ofte beordrende handling igennem datterselskabet.²⁶

²² Se artikel i UfR – U.2012B.203

²³ Ibid.

²⁴ Se Sjøgaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 129.

²⁵ Se artikel i UfR – U.2012B.203

²⁶ Se Sjøgaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 146 og Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1*, 2010, s. 137.

5.1.4 Illoyalitet som hæftelsesgrundlag

Illoyalitet beskrives også som en måde, hvorpå man som majoritetsejer kan komme til at hæfte. Denne modifikation til hovedreglen kan komme i spil, såfremt moderselskabet eller majoritetsejer handler illoyalt i henhold til fyldestgørelsesmulighederne for tredjemand eller andre kapitalejere. Dette kan eksempelvis ske ved et salg af selskabet på en måde, som gør, at tredjemands krav mod selskabet ikke opfyldes eller ved salg af selskabet med værdispild til følge til ulempe for andre ejere.²⁷ Det er dog ikke alle der mener, at der i selskabsloven findes en loyalitetspligt. Lars Madsen og Lars Kristensen argumenterer for, at der ifølge SL § 76 kun er en ret til at udøve indflydelse og ikke nogen pligt hertil.²⁸ Der argumenteres ligeledes for, at der udover reglerne i SL § 108, om fordele på andre ejere eller selskabets bekostning, ikke bør være noget til hinder for, at en aktionær stemmer i ren egeninteresse eller imod selskabets interesser.²⁹ Werlauff argumenterer for, at der i dansk ret er en loyalitetspligt over for både selskab og medaktionærer³⁰ jf. dommen U.1999.1080V om Protech. Madsen og Kristensen modargumenterer dog med, at der i samme dom var tale om almindelige obligationsretslige misligholdelsesbeføjelser i forhold til kontraktforhold.³¹ Hvorvidt der foreligger en loyalitetspligt for kapitalejere, er uden for denne afhandlings hovedfokus. Diskussionen holdes dog in mente såfremt den skulle vise sig at blive brugbar.

5.1.5 Hæftelsesgennembrud

Hæftelsesgennembrud eller ansvarsgennembrud er ligeledes et begreb, som går igen i litteraturen, når der tales om fravigelse af den begrænsede hæftelse. Der kan forekomme nogen forvirring omkring hvad begreberne ansvarsgennembrud og hæftelsesgennembrud dækker over. Begge begreber udspringer fra den tyske betegnelse "*Haftungsdurchgriff*", som i svensk retspraksis er oversat til ansvarsgennembrud, men oversat til dansk af blandt andet Werlauff som hæftelsesgennembrud.³² Begreberne vil i denne korte gennemgang og i resten af afhandlingen blive brugt synonymt med hinanden. Friis Hansen og Valdemar Krenchel beskriver ansvarsgennembrud som en modifikation til den begrænsede hæftelse uden

²⁷ Se artikel i UfR – U.2012B.203

²⁸ Se artikel i UfR- U.2017B.129

²⁹ Ibid.

³⁰ Se artikel i R&R – RR.2008.12.0060

³¹ Se artikel i UfR- U.2017B.129

³² Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 634.

lovhjemmel. Det er altså en kendelse fra domstolene, som beror på en konkret vurdering om, at et selskabs kreditorer kan rette et krav mod kapitalejerne, som oprindeligt var rettet mod selskabet.³³

Krüger Andersen nævner i sin bog "Studier i dansk koncernret", at hæftelsesgennembrud er en konsekvens af identifikationen, men at identifikationen kan række videre.³⁴ Han påpeger, at der i både identifikations- og gennembrudsøjemed er tale om, at et andet retssubjekt hæfter, men at identifikationen er en sanktion for ikke at respektere selskabernes selvstændighed, hvor hæftelsesgennembrud er et indgreb i selve kapitalselskabsformen.³⁵

Erik Werlauff beskriver i sin artikel i UfR, at hæftelsesgennembrud sker under ganske særlige omstændigheder og at konsekvensen heraf blandet andet er, at en majoritetsejer kan komme til at hæfte for selskabets forpligtelser over for sine kreditorer.³⁶ Vurderingen sker på et objektivt grundlag, når en række betingelser for grundlaget er til stede. Betingelserne består henholdsvis af formuesammenblanding, risikoforskydning mellem selskaberne, relativ underkapitalisering og at kravet kommer fra en tvangskreditor (eksempelvis SKAT).³⁷ Werlauff pointerer da også, at hæftelsesgennembrud hovedsageligt er tiltænkt de tilfælde, hvor et solvent selskab kommer til at hæfte for et insolvent selskab.³⁸

Fælles for forfatterne er, at de alle pointerer at det kun er i meget få tilfælde der kan statueres hæftelsesgennembrud. Enkelte forfattere mener sågar, at der i Danmark ikke er mulighed for at statuere et sådan gennembrud.

³³ Se Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1, 2010, s. 140.*

³⁴ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret, 1997, s. 636.*

³⁵ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret, 2017, s. 533.*

³⁶ Se artikel i UfR – U.2012B.203

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Se artikel i Tfs - 1997, 822

5.1.6 Identifikation

Identifikation er den sidste modifikation til selskabslovens §1 stk. 2, som optræder i denne afhandling. Det er ligeledes den modifikation som resten af denne afhandling tager udgangspunkt i.

Selve ideen bag identifikation er, at man identificerer to selskaber i en bestemt henseende således, at der i den henseende er tale om en enkelt enhed. Dette kommer blandt andet til udtryk, idet Friis Hansen og Valdemar Krenchel beskriver identifikation som to selvstændige retssubjekter, der i en bestemt retslig situation, bliver betragtet som var det en enkelt enhed.³⁹ Samme beskrivelse af identifikation påpeges af Godsk Pedersen.⁴⁰ Han påpeger samtidig, at selv om der i én retslig henseende forekommer identifikation, er det ikke ensbetydende med, at der i en anden retslig sammenhæng kan konstateres det samme.⁴¹ Man kan altså ikke sige, at hele koncernen overordnet set antages som én enkelt enhed, blot fordi der i en specifik henseende er statueret identifikation. Det pointeres yderligere, at praksis om identifikationsbegrebet benyttes til at skære igennem den formelle selskabskonstruktion, idet den ikke svarer til virkeligheden.⁴²

I selskabsretslig henseende er praksis omkring identifikation ofte genstand for en form for kreditor beskyttelse.⁴³ Det vil sige, at i tilfælde hvor en af selskabets kreditorer ikke kan se sig tilstrækkeligt fyldestgjort, eksempelvis på baggrund af en begunstigelse af en anden kreditor, kan det være nødvendigt for domstolene at statuere identifikation. Sker dette, må koncernen anses som om denne var en enkelt juridisk enhed, og kreditorerne kan nu blive fyldestgjort i den samlede masse.⁴⁴

Dog er det altovervejende hovedreglen i SL § 1. stk. 2. som skal overholdes. Der skal altså noget ud over det sædvanlige til, før der kan statueres identifikation mellem selskaber. Dette ses blandt andet ved dommen UfR U.1997.179H om Telia A/S.

³⁹ Se Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1*, 2010, s. 132.

⁴⁰ Se artikel i UfR – U.1985B.352

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Se artikel i UfR – U.1985B.352 og Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2017, s. 533.

⁴³ Se artikel i UfR – U.1985B.352

⁴⁴ Se Werlauff: *Selskabsmasken*, 1991, s. 58.

Telia A/S var blevet tiltalt for at overtræde markedsføringsloven i forbindelse med en ulovlig tilgift vedrørende en julekalender. Det kom herefter frem under sagen, at det var datterselskabet, Telia Telecom A/S, som havde lavet og distribueret julekalenderen uden indflydelse fra moderselskabet. Sø- og Handelsretten idømte moderselskabet Telia A/S en bøde. I Højesteret havde moderselskabet anket dommen og lagde herefter vægt på, at de ikke var rette tiltalte, da det var datterselskabet, som havde distribueret julekalenderen. Anklageren lagde vægt på, at det var en "koncernkalender" og at moderselskabet var at identificere med datterselskabet. Højesteret fandt, at der ikke var grundlag for at identificere de to selskaber og fandt ligeledes, at moderselskabet ikke kunne tillægges et ansvar for medvirken i datterselskabets distribution af kalenderen.⁴⁵

Overstående giver et klart billede af, at der ikke bare kan ske identifikation mellem selskaber, blot fordi de har en koncernkonstellation. I kommende afsnit vil der blive analyseret på nogle af de momenter, som i en koncern kan give anledning til at statuere identifikation.

6. Identifikation i forbindelse med Insolvens

I dette kapitel vil der blive gennemgået en række domme, som har til formål at illustrere nogle af de momenter, hvorpå der i dansk retspraksis kan statures identifikation. Dommene har det fællestræk, at et eller flere af selskaberne er insolvente eller under konkurs. Ligeledes er der i nogle af dommene tale om, at der indskydes et nyt selskab i koncernstrukturen. I dommene forekommer blandt andet momenterne formuesammenblanding, proforma, underkapitalisering og personsammenfald på ledelsesplan.

⁴⁵ Uddrag fra dommen UfR - U.1997.179H

6.1 Identifikation i relation til omstødelse af pant og vareleveringer

6.1.1 UfR U.1977.526H – Commander Marine A/S dommen

I dommen statueredes der identifikation mellem Tibodan Typehuse A/S (A) og Commander Marine A/S (B).

A erhvervede aktiekapitalen i et tomt aktieselskab B, som skulle benyttes til at købe og sælge motorbåde. Der blev i B købt to både, hvoraf midlerne hertil delvist kom fra A. Den ene båd blev efterfølgende solgt, mens den anden blev håndpantset til to af A's kreditorer. B havde hverken selvstændige lokaler eller tilhørende personale. Der blev heller ikke indskudt midler i B, og de udgifter der var i forhold til etableringen heraf blev alle afholdt af A. Aktionærerne der købte B sad ligeledes i bestyrelsen og udgjorde direktionen heri.⁴⁶

Dommens momenter omfatter i høj grad personsammenfald, formuesammenblanding og kreditorbegunstigelse.

Som det fremgår af dommen, lagde både Commander Marine A/S og dommerne i Højesteret vægt på, at der kunne ske omstødelse af den håndpantsette båd efter den daværende KL §21. Denne regel er imidlertid blevet erstattet med den nuværende KL §70.⁴⁷ Omstødsesreglen i KL §70 omfatter blandt andet ”panteret eller anden sikkerhedsret, som ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse”.⁴⁸ Det vil her sige, at der kan søges omstødelse, såfremt pantet ikke er sikret ved gældens stiftelse. Det fremgår i sagen, at der er tale om pant for tidligere stiftet gæld. Pant, som er stillet af tredjemand for skyldnerens gæld omfattes ikke af KL §70. Dette er relevant at medtage da de to kreditorer, såfremt der ikke forelå identifikation mellem A og B, var at anse som uden for kontraktforhold i relation til B. Men i og med at selskaberne identificeredes, var der tale om pant for egen gæld. Var der derimod ikke blevet statueret identifikation, var der en reel mulighed for, at kreditorerne havde fået medhold, og

⁴⁶ Uddrag fra dommen UfR - U.1977.526H

⁴⁷ Se Ørgaard: Konkursretten, 2011, s. 120 og 135.

⁴⁸ Ibid s. 120.

dermed ville pantet ikke kunne omstødes. Dette ville dog kræve, at kreditorerne havde været i god tro i forhold til selskabernes betalingsevne. Dog var kreditorerne bekendte med selskabets manglende betalingsevne, og KL §70 vil ifølge Anders Ørgaard kunne anvendes, såfremt skyldner og pantsætter er koncernforbundne selskaber, som ikke er tilstrækkeligt adskilt.⁴⁹ Højesteret lagde hertil vægt på, at kreditorerne måtte have en klar viden om selskabernes nære sammenhæng, og på den baggrund var den daværende KL §21, nu §70, gældende.

Nævneværdigt er det desuden også, at Landsretten lagde vægt på, at der var tale om en kreditorbegunstigelse på andre kreditors bekostning. Denne påstand lagde B's likvidationsbo da også til grund for omstødelse efter daværende KL §24 nu §74.⁵⁰ Højesteret valgte ikke at medtage denne påstand i deres afgørelse. Dette faktum kan skyldes en ændring i KL §24. Den daværende KL §24 var kun begrænset til at omfatte kreditorbegunstigelser, hvor den nuværende KL §74 omfatter både kreditorbegunstigelser og forringende dispositioner.⁵¹ Det må på baggrund af dette lægges til grund, at Højesteret ikke anså sagen som en kreditorbegunstigelse, men i stedet en forringende disposition, hvorved der forstås at *"skyldnerens ejendele unddrages fra at tjene til fordringshaverens fyldestgørelse, eller hans gæld forøges til skade for disse."*⁵² Havde sagen fundet sted i dag, kunne en afgørelse, stadig til Commander Marine A/S' fordel, på baggrund af KL §74 tiltænkes at være afsagt, og der ville på baggrund af kreditorernes viden om selskabets insolvens kunne fordres omstødelse af pantsætningen.

Det er dog ikke omstødelsen der begrunder identifikationen, nærmere omvendt. Omstødelsen bliver først en mulighed, såfremt der statueres identifikation mellem A og B. I denne dom begrundede Højesteret identifikationen med, at der ikke var nogen adskillelse mellem ledelserne og økonomierne i de to selskabers. I sagen var forholdet ligeledes, at aktionærene i A, ikke nødvendigvis selskabet A, havde erhvervet aktiekapitalen i B, således der var tale om søsterselskaber. Det må derfor antages, at selvom der ikke retsmæssigt efter

⁴⁹ *Ibid* s. 121.

⁵⁰ *Ibid* s. 135.

⁵¹ *Ibid* s. 135.

⁵² Se Ørgaard: *Konkursretten*, 2011, s. 147.

SL § 6 består et koncernforhold, så vil der i dette tilfælde være belæg for at statuere identifikation i det tilfælde, at der sker sammenfald i ledelserne og i det tilfælde, at der er en økonomisk og regnskabsmæssig sammenblanding.⁵³ Disse momenter synes ifølge Godsk Pedersen også at være stærke indikationer på identifikation.⁵⁴

Nedenstående dom omhandler omstødelse af en varelevering.

6.1.2 UfR U.1994.621H - Dagrofa dommen

Super-Gros A/S (A), som drev engros handel i en koncern havde leveret vare på kredit til Langeskov Storkøb ApS (B). Da B kom i betalingsvanskeligheder, blev parterne enige om, at et større parti varer skulle leveres tilbage til A, hvorefter B's kredit til hele koncernen blev genåbnet. Kort efter blev B erklæret konkurs, og konkursboet påstod herefter, at A skulle betale 160.000 kr. efter konkurslovens regler om omstødelse. Koncernen blev til spørgsmålet om omstødelse anset som en enhed, hvorfor betingelserne for omstødelse ikke var eksisterende.⁵⁵

Landsretten lagde i sagen vægt på, at tilbageleveringen af varer var sket med usædvanlige midler jf. KL § 67, og at A herigennem var blevet beriget. Landsrettens dom giver derfor ikke anledning til at statuere identifikation mellem A og koncernen, da omstødelse var en realitet. Højesteret afviste Landsrettens dom, idet koncernen blev anset som en helhed. Begrundelsen herfor skal findes i den måde, hvorpå Dagrofa koncernens arbejdsgang var i forbindelse med ordreafgivelsen, leveringen og genoptagelse af levering efter leveringsstandsning. Det hang sammen på en sådan måde, at B ikke selv bestemte af hvilken leverandør han fik leveret sine varer, da koncernen selv valgte leverandør ud fra typen af de bestilte varer. Ligeledes havde det enkelte koncernselskab muligheden for at standse alle leveringer fra koncernen til B, hvis der var misligholdelse af betaling. Yderligere kunne der ikke optages ny kredit hos koncernselskaberne, før der var sket en kontoudligning hos A.⁵⁶

⁵³ Se artikel i UfR – U.1985B.352

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Uddrag fra dommen UfR - U.1994.621H

⁵⁶ Nævnte grunde fremgår af dommen U.1994.621H

Gomard tolker imidlertid dommen, som at der i forbindelse med forretningsgangen og identifikationen af selskaberne ikke kunne være tale om betaling med usædvanlige midler jf. KL§ 67.⁵⁷ Dette kommer på baggrund af at tilbageleveringen, set i lyset af omstændighederne, måtte være en regulær omlevering.⁵⁸ Argumentet kan dog have en vis rigtighed, og man kan ligeledes argumentere for, at det i branchen kan være skik mellem grossist og detaillist, at gæld afvikles gennem vareleverancer.⁵⁹ I så fald er der ikke noget usædvanligt ved betalingen. Ligeledes kan det, efter KL§ 67, spille en rolle om parterne tidligere har udvekslet varer i stedet for penge.⁶⁰ Det fremgår af dommen, at det var B selv, som foreslog løsningen, fordi løsningsmodellen var blevet benyttet i et af B ejet supermarked i Odense med samme kreditor.⁶¹ Dog er der ikke noget der antyder, at de to supermarkeder udgjorde én enkelt enhed, og da begge selskaber var et ApS må formodningen være, at de er selvstændige enheder, hvorfor man kan argumentere imod, at de to specifikke parter A og B tidligere har udvekslet varer for penge eller gæld.

Anders Ørgaard ligger dog den af Højesteret og konkursboets indgåede partsvedtagelse til grund for identifikationen mellem selskaberne.⁶² Som det fremgår i dommen, erklærede konkursboet sig enige i, at såfremt koncernen var én enhed, ville der ikke være grundlag for omstødelse i forbindelse med varereturneringen.⁶³ B har i sine anbringender ikke gjort gældende, at vareleveringen var til skade for dennes øvrige kreditorer. Højesteret må derfor formodes, på baggrund af partsvedtagelsen, at forholde sig til koncernens selskaber. Da disse blev anset som en helhed, var der derfor ikke tale om en berigelse af et enkelt selskab, og grundlaget for omstødelsen var derfor ikke tilstede. Var der ikke blevet statueret identifikation, ville man kunne argumentere for, at tilbageleveringen ville være til skade for koncernens øvrige selskaber, idet konkursboet havde fortaget sig en forringende disposition, og at A ville have været blevet begunstiget. Ørgaard tillægger dog dommen begrænset eller usikker præjudikatsværdi og tvivler på, hvor lang identifikationen reelt rækker, da Højesteret

⁵⁷ Se Gomard & Schaumburg-Müller: *Kapitalselskaber*, 2011, s 124.

⁵⁸ *Ibid*, s 124.

⁵⁹ Se Ørgaard: *Konkursretten*, 2011, s. 112.

⁶⁰ *Ibid*, s 112.

⁶¹ Se dommen U.1994.621H

⁶² Se Ørgaard: *Konkursretten*, 2011, s. 113.

⁶³ Se dommen U.1994.621H

muligvis var åben overfor en omstødelse, såfremt B's øvrige kreditorer havde været med i bedømmelsen.⁶⁴

6.2 Identifikation i relation til selskabsopsplitning

6.2.1 UfR U.1968.766H – A/S Flying Enterprise dommen

I denne dom blev der også statueret identifikation mellem et selskabs og dets datterselskab i forhold til omstødelse af nogle betalinger kommende fra datterselskabet.

Flyveselskabet A/S Flying Enterprise (A) var kommet i økonomiske vanskeligheder og stiftede i forbindelse med en rekonstruktion datterselskaberne A/S Flying Enterprise Sales Ltd (B1) og A/S Conair (B2). B1 havde derefter til formål at håndtere alle flyveindtægterne, ligesom det var B1 der indgik kontrakter med alle rejsebureauerne. B1 skulle i forbindelse med generalplanen tilbageholde 5% af indtægterne, som skulle bruges til afdrag på lån hos tre kreditorer, som var ydet til moderselskabet A. Yderligere i de 5% indgik betaling af leje til B2 af flyvemateriel og et beløb for slid på flyvemaskiner. Som led i rekonstruktionen var B2s opgave at udleje flyvemateriel til B1 samt at tilføre A kredit, ligesom en af de tre kreditorer i A ligeledes førte selskabet yderligere lån. Efter A's konkurs og B1's likvidation har boerne gjort gældende, at betalinger til A's kreditorer og et beløb udstedt til B2 burde omstødes på identifikationsbetragtninger, idet de reelt kom fra A og ikke B1.⁶⁵

Østre Landsret fandt, at B1 var gyldigt stiftet, og at mangler vedrørende indbetaling af aktiekapitalen ikke havde nogen betydning i forhold til identifikationsbetragtningen. Selskabet var stiftet for at sikre tilstedeværelse af fornødne midler, hvilket var opfyldt. Derfor var der ikke grund til at tro, at der var tale om en ekstraordinær kreditorbegunstigelse. Af denne grund var omstødelse ikke en mulighed.

Højesteret lagde vægt på, at B1 ikke havde nogen reel indbetalt aktiekapital eller nogen kapital til rådighed i øvrigt. Ligeledes havde selskaberne samme direktion. Højesteret mente, at

⁶⁴ Se Ørgaard: Konkursretten, 2011, s. 113.

⁶⁵ Uddrag fra dommen UfR – U.1968.766H

kreditorerne burde have vidst, at udbetalingerne reelt kom fra A og kunne derfor ikke støtte ret på eksistensen af B1. I sammenhæng hermed var der tale om en begunstigelse af de kreditorer, som indgik i den i dommen omtalte 150 kr. ordning. De to selskaber blev derfor identificeret, og en omstødelse af betalingerne gjorde sig gældende.

Ovenstående afgørelse slår, ligesom UfR U.1977.526H Commander Marine sagen, på momenterne om kreditorbegunstigelse og det faktum, at det indskudte selskab ikke var tilstrækkeligt adskilt fra moderselskabet. Der kan i dommen være tale om et såkaldt finansieringsselskab, da det indskudte selskab B1, i realiteten var oprettet med det formål at oppebære koncernens hovedindkomst som aktiver, og have lån fra fremmede finansieringsselskaber som passiver.⁶⁶ Højesteret anerkendte også denne konstellation, idet denne netop ikke lagde vægt på oprettelsen af selskabet, men derimod det faktum, at der blandt andet var sammenfald i ledelserne. Selskabet ansås for at være gyldigt stiftet, men var på grænsen til hvad der ansås for værende acceptabelt.⁶⁷ Dette skyldes, at moderselskabet efter kapitalindskydelsen på 10.000 kr. samme dag tilbageførte indskuddet "forklædt" som et forskud på kontor leje. Der blev da også af retten lagt til grund for identifikation, at datterselskabet ingen reel aktiekapital havde.

Der kan ligeledes være tale om, at finansieringsselskabets drift blev underkendt på en betragtning om proforma. Datterselskabets egenskab af selvstændig juridisk enhed kan således fraviges, såfremt det ikke har haft noget selvstændigt formål eller funktion.⁶⁸ Som det fremgår i dommen kan det være svært at se, at selskabet har udøvet nogen reel virksomhed, som uafhængigt ville kunne opretholdes. Dette kommer af, at selskabet udelukkende har haft til formål at betale de tre kreditorer samt at overføre resterende indtægter til moderselskabet. Datterselskabet har, som Højesteret også vægter, haft samme direktion som moderselskabet, ligesom der ingen ansatte og ingen lokaler var. Der kan dog ikke nødvendigvis stilles krav om, at et finansieringsselskab skal have selvstændige bestyrelser, ledelse eller ansatte.⁶⁹ De

⁶⁶ Se artikel i UfR - U.1982B.425

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Se Gomard og Schaumburg-Müller: *Kapitalselskaber*, 2011, s. 123.

⁶⁹ Se artikel i UfR - U.1982B.425

pågældende forhold kan dog, sammen med andre faktorer, have betydning når retten skal bedømme realiteten i koncerndannelsen.⁷⁰

Betydning fik det imidlertid også i omtalte dom. Dette hænger givetvis sammen med, at selskabsopsplitningen skete på et tidspunkt, hvor moderselskabet havde et betydeligt underskud. Koncerndannelsen gik, som det fremgår i dommen, i sin enkelthed ud på, at der ved indskydelsen af det nye selskab var tale om en finansiering af ældre kreditorer. I sådanne tilfælde kan der være grund til at tro, at en kreditorbegunstigelse finder sted, idet de kreditorer som forbliver i moderselskabet, bliver negligeret. I dommen var der dog også tale om tilførsel af ny kapital, hvortil der i kommentarer til dommen blev nævnt *”Hertil er at sige for det første, at der i det foreliggende tilfælde var tale om en ordning, som begunstigede ikke blot nytilført kapital men dernæst at den, der - selv i den bedste hensigt - vil indskyde ny kapital i et selskab, men ønsker en fortrinsstilling, efter gældende ret kun kan opnå dette ved iagttagelse af de almindelige regler om sikkerhedsstillelse, eller ved et samtykke fra bestemte kreditorer til, at de træder tilbage”*.⁷¹ Dette forstås på den måde, at såfremt kreditorerne ønskede en fortrinsret til deres tilgodehavende, skulle de have foretaget de fornødne sikkerhedsstillinger i form af denunciation eller i kraft af en tilbagetrædelseserklæring.

Der var dog i dommen tale om usikret gæld, hvorfor det kan være nærliggende at antage en omstødelsesmulighed. Specielt når moderselskabet er insolvent, men alligevel kan holde en ellers økonomisk ustabil koncern kørende, kan der være grund til at tvivle på arrangementet.⁷² Det er dog ikke umuligt at holde et levedygtigt, men forgældet selskab kørende.⁷³ Dette kan ske såfremt den avance, som førtes tilbage til moderselskabet, blev brugt til ligeligt at fyldestgøre dets kreditorer, samt at datterselskabet kun afbetaler på nystiftet gæld hos disse kreditorer.⁷⁴ Er disse betingelser ikke opfyldt, vil der kunne ske omstødelse, som var det tilfældet i nævnte dom.

Paralleller fra den omtalte sag kan drages til sagen omkring Inka Print.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid*

⁷² *Se artikel i UfR – U.1985B.352*

⁷³ *Se Gomard og Schaumburg-Müller: Kapitalselskaber, 2011, s. 126-127*

⁷⁴ *Ibid, s. 126-127*

6.2.2 UfR U.1978.880H – A/S Inka-Print dommen

Dommen handler om Inka Print A/S (A), der i 1968/69 kommer i betalingsvanskeligheder og herefter indgår en moratorieordning med selskabets større kreditorer herunder finansieringsselskabet Balfour, Williamson & Co Ltd. (B). I samarbejde om en stadig finansiering fra B til A oprettes Inka Print International A/S (C). Samarbejdet selskaberne imellem skulle efterfølgende foregå på den måde, at C stod for indkøb af råvarer som de herefter overgav til forarbejdelse hos A, hvorefter C igen skulle sælge færdigvaren til kunderne. Som vederlag fik A et beløb svarende til indkøbspris minus salgspris plus yderligere 1% af salgsprisen. Efter A og C's indtræden i likvidation handler sagen herefter om C's påstand om separatiststilling til varelageret.⁷⁵

Sø- og Handelsretten udtalte, at C styredes efter B's direktiver og havde derfor intet selvstændigt virke haft. Retten lagde også vægt på identisk personale og faciliteter samt en særstilling af B. Højesteret lagde endvidere vægt på, at C's drift var drevet på A's regning og risiko og, at C ikke havde udøvet nogen virksomhed i forbindelse med køb og salg.

Paralleller fra sagen om Inka Print kan drages til de to tidligere omtalte sager⁷⁶, idet denne sag ligeledes tager udgangspunkt i momenterne om et proforma selskab og en begunstigelse af en eller flere kreditorer. I Inka-Print sagen er der dog tale om et såkaldt indskudt varelagerselskab, som kendetegnedes ved, at varelageret hos A blev overført til C, som herefter finansieredes af B.⁷⁷ Det må formodes, at en sådan selskabskonstellation kan opretholdes, såfremt debitorrisikoen forbliver i det selskab, her C, som står med ansvaret for salget, samt at administration og økonomierne er adskilt tilstrækkeligt.⁷⁸ Yderligere forudsættes det, at oprettelsen af datterselskabet i sig selv ikke er nok til at sikre separatiststilling til varer, der på tidspunktet for moderselskabets insolvens, befinder sig i dette.⁷⁹

⁷⁵ Uddrag fra dommen UfR - U.1978.880H

⁷⁶ U.1977.526H og U.1968.766H

⁷⁷ Se artikel i R&R – RR.1990.12.0018

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

Ser vi på Inka-Print dommen fremgår det af Højesterets udtalelser, at C's virksomhed var drevet på A's regning og risiko. Ligeledes fremgår det, at varelageret eller salgsprovenuet heraf som C havde påstået separatiststilling for, på tidspunktet for insolvensens indtræden befandt sig hos A. Disse betragtninger strider imod hvad Werlauff i en artikel i RR⁸⁰ opstiller som værende krav for opretholdelse af en sådan selskabskonstruktion. Der var altså ikke sket en rådighedsberøvelse af varelageret, og C kunne derfor ikke anses som separatist til dette.

Dette stemmer godt overens med Kiilerich-Hansens betragtninger.⁸¹ Det fremgår her, at sikringsakten i forhold til varelagerselskabet separatiststilling foretages ved, at der sker en overdragelse af varerne. Den lagerplads, hvor salgsselskabets varer opbevares, må være adskilt fra hovedvirksomheden og udelukkende undergivet salgsselskabets rådighed.⁸² Der kan altså i dommen siges at være tale om, at C var et proforma selskab i forhold til A, idet der ikke var udøvet virksomhed i køb- og salgøjemed. Højesteret lagde dog ikke vægt på, at der overhovedet ingen virksomhed havde været, kun i den henseende som aftalen selskaberne imellem beskrev. Det må derfor antages, at man ikke kan påstå separatiststilling og opnå rettigheder, under henvisning til en virksomhedsdrift man reelt set ikke har haft.⁸³ Domstolene har altså underkendt C's drift, idet der ikke har været en virksomhed i overensstemmelse med oprettelsen heraf.⁸⁴

Men hensyn til momentet kreditorbegunstigelse lagde Højesteret vægt på, at hele konstellationen alene havde ét formål, nemlig at sikre B's tilgodehavende. Yderligere, at overførslen af en brandsikringssum var et usædvanligt led i selskabernes mellemværender og denne kunne således omstødes efter nuværende KL §74, med den begrundelse, at selskabet burde have kendskab til insolvensen, og at summen ikke blev anvendt til reetablering, hvorfor det måtte være en forringelse af A's aktiver. Den manglende fasthed i arrangementet gjorde altså, at selskab A og C måtte identificeres i forbindelse med varelageret og brandsikringssummen.

⁸⁰ Se artikel i R&R – RR.1990.12.0018

⁸¹ Se artikel i UfR - U.1982B.425

⁸² Ibid.

⁸³ Se artikel i UfR - U.1987B.82

⁸⁴ Ibid.

Neden for vil dommen om J.P Chokolade blive omtalt. Her statueredes der *ikke* identifikation selv om lignende situationer fremgår.

6.2.3 UfR U.1986.697V – J.P Chokolade dommen

J.P Chokolade (A) kom i likviditetsvanskeligheder og kunne af denne grund ikke få udvidet sin kassekredit hos Sparekassen Sydjylland (S). A stiftede, i overensstemmelse med S, efterfølgende Handelsselskabet (B), hvis anparter ejedes af A. Der blev i samme forbindelse udstedt en tilbagetrædelseserklæring, hvor A oplyste, at de til hver en tid ville stå tilbage med deres krav i henhold til B til fordel for kravet fra S. Forretningsgangen mellem selskaberne var efterfølgende således, at A købte varer hos fabrikanter til videresalg. Når der efterfølgende blev optaget en ordre, blev der af A udstedt en faktura til kunden i B's navn samtidig med, at der blev udstedt en faktura til B med 5% rabat på varens salgspris til dækning af eventuelle tab på ordre. Efter A's konkurs lagde man sag an mod S og påstod, at udbetalinger sket fra B til S var omstødelige ud fra identifikationsbetragtninger.⁸⁵

Vestre Landsret fandt i forbindelse med dommen, at selskabernes økonomi havde været tilstrækkeligt adskilt, ligesom selskaberne havde selvstændig regnskab. Der fandtes ikke grundlag for at anfægte oprettelsen af B og der statueredes derfor ikke identifikation.

Ovenstående dom giver, modsat kapitlets andre domme, ikke anledning til at statuere identifikation mellem moderselskabet og dets datterselskab, selvom samme momenter fremgår. Retten fandt ikke tilstrækkelig grund til at fravige datterselskabets konstruktion eller tilstedeværelse. Ser man først og fremmest på forholdene angående etableringen og driften af de oprettede selskaber, er betalingsvanskeligheder i moderselskaberne et tilbagevendende moment. Selvom det er anerkendt, at en kreditor som grundlag for yderligere tilførsel af kredit eller kapital kræver en form for sikkerhed, må de oprettede selskabers realitet tages i betragtning.⁸⁶ Sammenlignes omtalte dom med dommene U.1978.880H, U.1968.766H og

⁸⁵ Uddrag fra dommen UfR – U.1986.697V

⁸⁶ Se artikel i UfR - U.1987B.82

U.1977.526H, hvor der var tale om proforma-datterselskaber eller formuesammenblanding, må sagen om J.P chokolade siges at være den eneste dom, hvor det indskudte datterselskab havde en reel virksomhed. Er datterselskabsarrangementet af en sådan ordning, at den tilstræbte sikkerhed næppe ville kunne opnås mellem uafhængige parter, kan domstolene være tilbageholdende med at anerkende, at der er opnået sikkerhed i forbindelse med nærtstående retssubjekter.⁸⁷ Dette kommer blandt andet til udtryk idet J.P Chokolade, som det fremgår af dommen, var det eneste moderselskab der afgav tilbagetrædelseserklæring til fordel for kreditorerne. Ligeledes var omtalte dom den eneste, hvor retten fandt, at der ikke var tale om sikkerhed for gammel gæld.

Med hensyn til momentet formuesammenblanding må det yderligere kunne konkluderes, at der har været en så strikt adskillelse selskaberne imellem, at der ikke har været grundlag for identifikation. Dette kommer til udtryk, idet selskaberne havde særskilte kreditfaciliteter hos S, selvstændige bogholderier og regnskab. Der blev ligeledes løbende foretaget fakturering af varer. Modsat dommen U.1978.880H, hvor der også var tale om et indskudt salgsselskab, må J.P chokolade siges at have overholdt nogle af de kriterier, som gør sig gældende for etableringen af et såkaldt salgsselskab. Dette vedrører blandt andet, at risikoen forbliver hos datterselskabet og at administration og økonomien holdes adskilt.⁸⁸ Med hensyn til risiko fremgår det af dommen at de 5%, som tilflød datterselskabet i J.P chokolade dommen, var nok til at dække eventuelle tab på debitorer. Dette kan ikke siges at gøre sig gældende i dommen U.1978.880H, hvor der kun blev overladt 1% til datterselskabet og hvor det desuden fremgik af kontrakten selskaberne imellem, at moderselskabet indestod for eventuelle tab. Ligeledes heller ikke i dommen U.1968,766, hvor selskabet kun blev overladt 150 kr.

Momentet vedrørende kreditor begunstigelse synes heller ikke af retten at være tilstrækkeligt tilstede til, at man på baggrund af identifikationsbetragtninger kunne omstøde betalinger fra datterselskabet til finansieren. S afviste, at KL §74 var anvendelig, idet denne var i god tro og ikke var blevet utilbørligt begunstiget. Dette hænger givetvis sammen med, at der i tiden under oprettelsen af datterselskabet var midler nok til at holde begge selskaber solvente.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Se artikel i R&R – RR.1990.12.0018*

Begge selskaber var dog også, som det fremlægges i sagen, solvente i tiden efter oprettelsen og det må på den baggrund være begrundelse for, at kreditor var i god tro med hensyn til moderselskabets betalingsevne.

Specielt sikkerhed for gammel gæld og i den forbindelse en kreditorbegunstigelse har været et gennemgående moment i de øvrige domme. Der synes ikke generelt at være grundlag for, at fravige et arrangement af karakteren finans- eller varelagerselskaber såfremt konstruktionen ikke i sig selv medfører kreditorbegunstigelser.⁸⁹ Ligeledes heller ikke mere enkeltstående begunstigelser ligesom i dommene U.1977.526H og U.1968.766H.⁹⁰ Men idet der i de tre tilfælde har været tale om en sådan begunstigelse i form af sikkerhed for tidligere stiftet gæld, sammenholdt med, at datterselskaberne ingen reel drift har haft, har dansk retspraksis valgt at skære igennem den formelle selskabsopdeling. Dette har dog ikke været tilfældet i J.P. Chokolade dommen, og det kan givetvis begrundes med, at kreditor har taget de fornødne foranstaltninger i forhold til sikkerhedsstillelsen, i og med J.P. Chokolade udfærdigede en tilbagetrædelseserklæring.

6.2.4 UfR U.1980.806V – Frigor dommen

Frigor køleanlæg A/S (A) stiftede i 1975 det helejede datterselskab Køleproduktion A/S (D), hvori hele produktionen og størstedelen af produktionsmedarbejdere fra A blev overført. Hele aktiekapitalen i D blev efter oprettelsen lånt ud til A. Produktionen i D blev aftaget af A, som modsvarede med et beløb svarende til D's lønudgifter. Efter A's konkurs og D's efterfølgende likvidation omhandler sagen, hvorvidt D's medarbejdere kan anmelde deres privilegerede lønkrav i A's konkursbo.⁹¹

Byretten lagde vægt på, at D var oprettet proforma – altså uden reelt indhold, hvorfor den selskabsretslige konstellation måtte fraviges til fordel for lønkravet.⁹² Landsretten stadfæstede dommen, men lagde yderligere vægt på, at aktiekapitalen i D var blevet udlånt til A, samt at bestyrelsen i D ingen selvstændig beslutningsmyndighed havde. Af sidstnævnte

⁸⁹ Se artikel i UfR – U.1985B.352

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Uddrag fra dommen UfR - U.1980.806V

⁹² Se dommen U.1980.806V

grund har selskaberne haft samme ledelse, ligesom at selskaberne ikke var selvstændigt momsregistreret og var sambeskattet.⁹³

I dommen bliver der ikke ordret statueret identitet, men lagt vægt på at der var et *sådant sammenfald mellem selskaberne*, således at der kunne rettes et lønkrav mod A's konkursbo. Frigor dommen bliver da også i litteraturen kategoriseret forskelligt, idet nogle mener, at dommen er et udtryk for hæftelsesgennembrud, hvor andre mener, at dommen er et udtryk for identifikation.

Krüger Andersen er en af de forfattere, der kategoriserer dommen som værende hæftelsesgennembrud. Hertil lægger han det moment, at aktiekapitalen i D umiddelbart efter oprettelsen blev udlånt til A, hvilket der i sig selv ikke er noget ulovligt i.⁹⁴ Yderligere forholder han sig til det faktum, at D blev oprettet uden reelt egenkapital, hvorfor den "sikkerhed" som kreditorerne (de ansatte) kunne støtte sig på, ikke var eksisterende.⁹⁵ Den underkapitalisering som der tilsyneladende var i D, mener Krüger Andersen ikke alene kunne begrunde resultatet. Dette fordi D var gyldigt og lovligt stiftet, og kapitalforholdene var i orden i forbindelse hermed jf. selskabslovens regler.⁹⁶

Overstående synspunkt deler Godsk Pedersen også, idet han kategoriserer dommen som værende ansvarsgennembrud.⁹⁷ I overensstemmelse med Krüger Andersens synspunkter mener Godsk Pedersen heller ikke, at momentet underkapitalisering alene kan ligges til grund for ansvarsgennembrud. Momentet underkapitalisering kan dog sammen med andre momenter have betydning for identifikation eller ansvarsgennembrud.⁹⁸ I dommen indgår også momentet proforma, som Landsretten også lagde vægt på med udtalelsen *"datterselskabet, der har overtaget så godt som hele moderselskabets medarbejderstab på produktionssiden, har alene fungeret som mellemed ved udbetaling af lønninger til de ansatte."*⁹⁹ Det må ud fra dommens bemærkninger antages, at datterselskabet ikke har haft

⁹³ Se dommen U.1980.806V

⁹⁴ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 652.

⁹⁵ *Ibid* s. 652.

⁹⁶ *Ibid* s. 653.

⁹⁷ Her anvendt synonymt med hæftelsesgennembrud Jf. afsnit 5.1.5

⁹⁸ Se artikel i UfR - U.1985B.352

⁹⁹ Se dommen U.1980.806V

nogen reel virksomhed. Dette sammenholdt med at D ingen selvstændig beslutningsmyndighed havde, ligger Krüger Andersen også til grund for gennembruddet.¹⁰⁰

Friis Hansen og Valdemar Krenchel har i øvrigt også dommen listet under kategorien ansvarsgennembrud, men er mere tilbageholdende med at stemple dommen som rent gennembrud. Forfatterne forholder sig mere eller mindre passiv i forhold til at kategorisere dommen, men siger, at dansk retspraksis ved dommen har haft mulighed for at tage stilling til problemet.¹⁰¹ Ligeledes nævner de, at dommen primært er båret af hensynet til kreditorerne, hvorfor dommen ikke kan anvendes som bevis for en generel anvendelse af ansvarsgennembrud i dansk ret.¹⁰²

Der kan imidlertid drages paralleller fra Frigor dommen og dommen om Inkaprint, hvis man anskuer momentet om proforma selskaber. I inkaprint dommen var der tale om identifikation på baggrund af en kreditor begunstigeelse samtidig med, at det oprettede datterselskab ikke udøvede nogen reel virksomhed. I Frigor dommen kan man argumentere for, at der er tale om en negligering af de ansatte (kreditorerne) såfremt selskabet skulle gå fallit, idet selskabet ingen egenkapital havde. Yderligere var datterselskabet oprettet proforma uden selvstændig beslutningsmyndighed og med en meget begrænset funktion. Der kan på baggrund af disse argumenter tales for, at der statueredes identifikation. Gomard taler ligeledes for, at der i visse tilfælde under hensyn til proforma selskaber og omgåelse kan statueres identifikation, således at der ses bort fra en selvstændig juridisk enhed.¹⁰³ Der kan derfor være tale om identifikation i den henseende, at D's funktion ikke var tilstrækkelig; ligeledes på den baggrund at selskabet var oprettet for at undgå medarbejderrepræsentanter i moderselskabets bestyrelse¹⁰⁴, som i øvrigt er stridende imod SL§ 140-141.

Erik Werlauff kategoriserer ligeledes dommen som værende et bevis på identifikation efter konkurs og på baggrund af proforma.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 667.

¹⁰¹ Se Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1*, 2010, s. 141.

¹⁰² *Ibid.* s. 42.

¹⁰³ Se Gomard & Schaumburg-Müller: *Kapitalselskaber*, 2011, s. 123.

¹⁰⁴ Se dommen U.1980.806V

¹⁰⁵ Se artikel Tfs 1997, 882 og Tfs 1998, 178

Hvorvidt der i dommen er tale om et hæftelses/ansvarsgennembrud eller identifikation, kan på baggrund af overstående diskuteres. Der forekommer imidlertid nogle af de kriterier som kan danne baggrund for hæftelsesgennembrud, blandt andet underkapitalisering og formuesammenblanding – her i forbindelse med at selskaberne var momsregistreret under ét, og at det eneste nøgletal i D's årsregnskab var en lønudgift samt honorering heraf fra moderselskabet.¹⁰⁶ Samme momenter taler for identifikation, og det er dog mere sandsynligt, at der er blevet statueret identifikation i forbindelse med konkurs, hvis man anerkender Werlauffs påstand om, at en betingelse for hæftelsesgennembrud er at lade en solvent selskabsdeltager hæfte for et insolvent datterselskab.¹⁰⁷

6.3 Delkonklusion

Ud fra ovenstående kapitel og analyse kan det konkluderes, at der i dansk retspraksis kan statueres identifikation når momenterne formuesammenblanding, underkapitalisering, personsammenfald på ledelsesplan og proforma-datterselskab er tilstede. Det er flere gange set, at der ved finansierings- og varelagerselskaber statueres identifikation. Typisk hænger det sammen med, at moderselskabet er i betalingsvanskeligheder og en kredit eller finansiering søges forlænget ved oprettelsen af et datterselskab. Problemet med denne model er, at chancerne for en kreditorbegunstigelse forøges, såfremt de nødvendige sikkerhedsstillelser ikke foretages. Dette var blandt andet tilfældene i dommene U.1968.766H og U.1978.880H, hvor datterselskabets drift eller virksomhed ikke havde den fornødne fasthed. Arrangementerne fik derfor karakter af proforma med henblik på kreditor begunstigelse, hvorfor domstolene måtte underkende dem. Proforma er dog ikke udelukkende baggrund for identifikation i forbindelse med finansierings – og varelagerselskaber. I dommen U.1980.806V var der tale om, at et selskab var oprettet for at undgå medarbejderrepræsentation i moderselskabets bestyrelse, hvorfor medarbejdernes lønkrav kunne rettes mod dette.

Dansk retspraksis har vist sig at være villig til at fravige datterselskabets selvstændighed i en specielt retslig sammenhæng, såfremt moder- og datterselskabets økonomi og regnskaber ikke holdes tilstrækkeligt adskilt. Ligeledes kan personsammenfald i ledelsen, direktionen og i

¹⁰⁶ Se dommen U.1980.806V

¹⁰⁷ Se artikel TFS 1997, 882

personalet være med til begrunde identifikationen. Dette kunne ses i dommen U.1977.526H, hvor selskabernes økonomier ikke var tilstrækkeligt adskilte, og hvor der var sammenfald i personkredsen, hvilket førte til omstødelse af en håndpantssat båd. Retspraksis valgte derimod ikke at statuere identifikation i dommen U.1986.697V med den begrundelse, at der var en strikt adskilt økonomi selskaberne imellem.

Der er i dommene ofte tale om omstødelse af en eller flere dispositioner. Det er dog ikke omstødelse der definerer identifikation, men identifikationen der gør en disposition omstødelig. Dog medførte identifikationen af et selskab og dets koncern i dommen U.1994.621H, at der ikke kunne ske omstødelse af en tilbagelevering af varer. Dette var dog på baggrund af en partsaftale, hvorfor dommen måske ikke siger noget generelt om identifikation.

7. Identifikation i forbindelse med culpa

Dette kapitel vil tage udgangspunkt i en række domme, hvori der statueres identifikation mellem to selskaber der er koncernforbundet, eller mellem hoved- eller eneaktionær og dennes selskab på baggrund af en culpabedømmelse. Der vil dog i dette afsnit blive taget stilling til, hvorvidt der reelt er tale om identifikation, eller om fravigelsen af den begrænsede hæftelse bygger på andre faktorer.

7.1 UfR U.1998.166Ø og UfR U.1999.326Ø – Byggeaktieselskabet og Microsoft krænkelsen

7.1.1 Byggeaktieselskabet

Et byggeaktieselskab solgte et hus med væsentlige mangler, hvorefter huset gik tilbage til selskabet, som erklærede sig bekendt med manglerne. Huset blev herefter igen solgt til en ny køber, uden at huset var blevet forbedret. Aktieselskabet blev i byretten dømt til at betale 438.000 kr. Sagsøger ankede dommen med påstand om, at direktøren og eneaktionæren for selskabet skulle dømmes til at betale 300.000 kr. til køberen.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Uddrag fra dommen UfR - U.1998.166Ø

Dommen er imidlertid et eksempel på, at der statueredes identifikation mellem hovedaktionæren og dennes selskab. Hvorvidt fravigelsen af den begrænsede hæftelse i denne dom skal ses som et egentligt udtryk for identifikation eller et spørgsmål om medvirken, kan dog diskuteres. Ser vi først og fremmest på forholdene i den konkrete sag fremgår det, at direktøren for byggeselskabet var bekendt med, og endda anerkendte manglerne vedrørende huset, men solgte det alligevel. Det fremgår da også af Landsrettens resultat, at der ved salget af ejendommen til sagsøger, i form af en fortielse vedrørende husets stand, var forhold som tangerede svig. Landsretten udtaler efterfølgende ” *Der er derfor ikke tvivl om, at der foreligger et ansvarsgrundlag...* ”¹⁰⁹ Denne udtalelse går godt i spænd med SL §362, som er en regel der siger, at en kapitalejer skal erstatte tab, som den pågældende forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, kapitalejere eller tredjemand. Dette leder tankerne over på modifikationen til den begrænsede hæftelse, som hedder medvirken. I dette tilfælde var eneaktionæren og direktøren medvirkende til, at huset solgtes med adskillige mangler og derfor kan han i dette tilfælde gøres ansvarlig.¹¹⁰ Til støtte for denne påstand nævner Jakob Gellert og Thomas Klausen ligeledes, at selskabsdeltageren klart kan pålægges et ansvar i overensstemmelse med SL § 362, såfremt denne gennem aktiv deltagelse i selskabet har påført et tab for selskabet.¹¹¹ Den aktive deltagelse som hovedaktionæren havde i selskabet, kan ligeledes påvises idet det fremgår, at denne ligeledes var direktør i selskabet og medlem af bestyrelsen, og måtte på den baggrund have råderet over selskabets gøren og laden.

Set ud fra et identitetssynspunkt kan det faktum, at der var sammenfald mellem ledelsen, direktionen og moderselskabet (her eneaktionæren) være grund til at anse dommen ud fra en identitetsbetragtning. Landsretten påpeger da også, at eneaktionæren måtte identificeres med selskabet. Jakob Gellert og Thomas Klausen siger i forhold til identifikation, at en selskabsdeltager kan komme til at hæfte for selskabet såfremt deres formuer ikke er tilstrækkeligt adskilt. Når selskabskonstruktionen ikke modsvares af en reel driftsmæssig adskillelse, kan reglen om den selvstændige juridiske enhed fraviges.¹¹² Sætter vi dommens fakta overfor denne påstand, er der ikke tale om ”reel” identifikation. Det fremgår nemlig af

¹⁰⁹ Se dommen U.1998.166Ø

¹¹⁰ Se artikel i R&R - RR.2008.12.0060

¹¹¹ Se artikel i R&R - RR.2011.04.0064

¹¹² *Ibid.*

dommen, at aktionærens økonomi på intet tidspunkt havde været sammenblandet med selskabets økonomi, ligesom selskabets udeståender var blevet afviklet i forbindelse med selskabets ophør. Til støtte for denne påstand lægger Krüger Andersen blandt andet også formuesammenblanding til grund for identifikation.¹¹³

Det kan på baggrund af overstående analyse af dommen U.1998.166Ø virke en anelse misvisende, at der blev statueret identitet mellem hovedaktionæren og selskabet, idet der ikke reelt var identifikation, som det forstås i denne afhandling. Dommen må derimod siges at bero på en culpabaseret handling i form af medvirken, i og med at Landsretten tydeligt lægger vægt på et ansvar hos aktionæren. Dette sammenholdt med det faktum, at selskabet var blevet afviklet inden retssagen, er det nærgående at retsforfølge den person som pådrog selskabet skade.

7.1.2 Microsoft krænkelsen

Samme omstændigheder gør sig gældende i dommen U.1999.326Ø.

En eneanpartshaver, som også var direktør, solgte falske edb-programmer som krænkede ophavsretsloven. Dommen lægger, som overstående dom, ligeledes vægt på, at der i forbindelse med driften af det, på tidspunktet for retssagen, konkursramte selskab var et så stort engagement i henhold til eneanpartshaveren og selskabet, at disse måtte hæfte på lige fod med hinanden. Eneanpartshaveren og direktøren blev idømt at betale 1.000.000 kroner til det krænkede selskab. Landsretten lagde vægt på, at eneanpartshaveren i kraft af dennes branchekendskab burde have vidst, at de solgte edb-programmer var uægte. Yderligere burde den sagsøgte have undersøgt, hvorfra edb-programmerne som han videresolgte, kom fra.¹¹⁴

Der er, ligesom i dommen om byggeaktieselskabet, tale om et erstatningsansvar i form af medvirken til den culpøse handling. Man kan derfor spørge, hvorfor både Krüger Andersen samt Friis Hansen og Valdemar Krenchel omtaler dommene som værende identifikation.¹¹⁵

¹¹³ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 506.

¹¹⁴ Uddrag fra dommen UfR - U.1999.326Ø

¹¹⁵ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 506 og Se Friis Hansen og Valdemar Krenchel: *Dansk selskabsret 1*, 2010, s. 132.

Dette kan der imidlertid være en forklaring på. Det er inden for erstatningsretten anerkendt, at der tales om aktiv identifikation, når en person bliver ansvarlig for en anden persons skadegørende handlinger.¹¹⁶ Denne type identifikation må dog ikke forveksles med den type identifikation, som forsøges analyseret i denne afhandling. Da den erstatningsretslige identifikation beror på en culpabaseret handling, her i form af medvirken, er det alligevel interessant viden at kunne inddrage i diskussionen. Krüger Andersen nævner i øvrigt, at identifikation specielt er aktuelt mellem koncernforhold, hvor det i hovedaktionærselskaber er mest nærliggende at anvende ledelsesansvar som grundlag for et personlig ansvar.¹¹⁷

Der kan altså i litteraturen, i forhold til overstående tilfælde, være tale om identifikation mellem hovedaktionær og selskab, men denne type for identifikation er baseret på medvirken til en ansvarspådragende handling, hvilket adskiller sig fra den type identifikation som denne afhandling tager udgangspunkt i. Den type identifikation som der forsøges fundet og analyseret beror i højere grad på, at der blandt andet ingen teknisk og formel adskillelse er mellem aktionær og selskab eller mellem moderselskab og datterselskab. Ligeledes, at koncernen i en eller flere henseender forsøger at omgå visse forpligtelser. Det synes desuden relevant at nævne, at såfremt der er mulighed for at statuere et ansvar, vil det ikke være nødvendigt at tale om identifikation.¹¹⁸ Identifikation, eller for den sags skyld et spørgsmål om hæftelsesgennembrud, må ikke tage over for almindelige erstatningsretlige regler.¹¹⁹ Anser man derimod den erstatningsretslige identifikation på lige fod med den selskabsretslige, kan dommen U.2000.2267H, omhandlende et erstatningskrav mod en bank på baggrund af en urigtig depoterklæring, nævnes.

7.2 UfR U.2000.2267H – LMB A/S dommen

Et ApS selskab (A), som var ledet af en svensk statsborger gennemførte i 1992 en aftale med LMB A/S (B) om, at købe aktiemajoriteten heri. Købsaftalen var betinget af, at B købte værdipapirer ejet af A for en værdi af 50 mio. kr. som også var den værdi som A skulle købe aktier i B for og som gav A en

¹¹⁶ Se Eyben og Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 2007, s. 374.

¹¹⁷ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 507.

¹¹⁸ Se Werlauff: *Selskabsmasken*, 1991, s. 276.

¹¹⁹ *Ibid*, s. 276.

aktiemajoritet på 95 %. Banken som blev anvendt i aftalen gav erklæring om, at værdipapirerne lå i depot og var blevet overført til B. Erklæringen var dog afgivet på baggrund af en depoterklæring fra et belgisk børsmæglerselskab, som var i ledtog med A. Det viste sig, at værdipapirerne ikke eksisterede og A derfor svigagtigt havde købt aktiemajoriteten i B for B's egne midler.¹²⁰

Dommen er et udtryk for, at der blev statueret identifikation mellem anpartshaveren i A og det af ham overtagne selskab B. Sagen er dog mellem B og banken, idet B mener, at der pålægger banken et erstatningskrav for det tab selskabet led vedrørende den urigtige depoterklæring. Landsretten lægger i dommen vægt på, at anpartshaveren var klar over, at depoterklæringerne var falske – og B måtte på den baggrund identificeres med anpartshaveren i A. Der kunne ligeledes ikke gøres et ansvar gældende for banken, idet Landsretten mente, at banken havde handlet i tillid til det belgiske selskabs depotbekræftelse.

Højesteret stadfæstede dommen, dog med den begrundelse, at banken havde udvist ansvarspådragende adfærd, men med det forbehold, at de ikke kunne danne grundlag for erstatning. Dette skyldes, at hovedaktionæren i B (anpartshaveren i A) blev identificeret med selskabet, og såfremt B skulle få godtgjort sit erstatningskrav, ville største delen af erstatningen tilflyde hovedaktionæren og dermed ville denne blive urigtigt beriget.

Selskabets erstatningskrav mod banken bortfaldt i dette tilfælde på grund af hovedaktionærens medvirken til det bedrag, som lå bag erstatningskravet. Man kan i så fald spørge om identifikation i dette, og i overstående tilfælde, kan bygge på et erstatningsansvar eller medvirken. Tester man eksempelvis Krüger Andersens påstand om, at identifikation er en sanktion for ikke at respektere selskabernes selvstændighed, samt at identifikation værner om selskabsformen¹²¹ mod de overstående domme¹²², kan man måske argumentere for, at identifikation i form af medvirken er en mulighed. Der kan i så fald argumenteres for, at misbruget af den begrænsede hæftelse gøres gældende på den baggrund, at hovedaktionærerne/anpartshaverne i de tre domme har "gemt" sig bag ved selskabet,

¹²⁰ Uddrag fra dommen UfR - U.2000.2267H

¹²¹ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 506.

¹²² U.1998.166Ø, U.1999.326Ø og U.2000.2267H

velvidende at de pågældende handlinger var i strid med lovgivningen. Også Werlauffs argument om at identifikation kan statuere, når koncernen som helhed eller i bestemte tilfælde forsøger at omgå visse forpligtelser,¹²³ kan tilskrives omtalte domme på samme måde som Krüger Andersens argument.

Modsat kan der dog argumenteres for, at der i denne dom blev statueret identifikation netop fordi de erstatningsretslige regler, i situationen, ikke var tilstrækkelige. Denne dom fraviger derfor en anelse fra dommene U.1998.166Ø og U.1999.326Ø i forhold til typen af identifikation. Har man Werlauffs argument om, at identifikation ikke må vige for et almindeligt ansvar¹²⁴ in mente, kan man argumentere for, at erstatningsreglerne i dette tilfælde ikke var anvendelige, idet hovedaktionæren i B ville blive beriget. Højesteret havde derfor ikke andet valg end at identificere de to parter, hvorfor identifikationen i dette tilfælde, modsat de førnævnte, ikke fører til et erstatningsansvar, men gør et erstatningsansvar ugyldigt.

Endnu et eksempel på en ansvarspådragende handling for en hovedaktionær kommer til udtryk i nedenstående dom. Dommen udtrykker yderligere, og måske mere interessant, at der ikke kunne statuere identifikation mellem hovedaktionærens to selskaber.

7.3 UfR U.1985.664V – Cado-Royal A/S dommen

En arkitekt havde givet aktieselskabet Cado Royal eneret til produktion og salg af nogle stole, hvorefter han skulle modtage en licensafgift pr. solgt stol. Aktieselskabet kom i betalingsvanskeligheder og oprettede derfor salgsselskabet Cadoform A/S, som overtog hele varelageret inklusive de licenspligtige stole uden der skete underretning og betaling til arkitekten. Direktøren og indehaver af Cado Royal og Cadoform fandtes erstatningspligtig idet de to selskaber ikke kunne identificeres.¹²⁵

Sagen er interessant, idet der foreligger to elementer i den. Først og fremmest er der i dommen spørgsmålet om ansvaret for direktøren og eneindehaveren af selskaberne, der

¹²³ Se Werlauff: *Selskabsret*, 2010, s. 585.

¹²⁴ Se Werlauff: *Selskabsmasken*, 1991, s. 276.

¹²⁵ Uddrag fra dommen UfR - U.1985.664V

bliver dømt for ansvarspådragende handlinger. Sekundært i dommen, men primært for denne afhandling, er der spørgsmålet om identifikation mellem de to selskaber. De to elementer i dommen kan siges at have en sammenhæng, idet der højst sandsynligt ikke ville have været et ansvar for indehaveren, såfremt der kunne statuere identifikation mellem selskaberne. Denne påstand kommer af, at i tilfældet af identifikation ville hele overdragelsen af varelageret, og selve den formelle opdeling af selskaberne, have været underkendt. På den måde ville overdragelsen af varelageret, eller salget heraf, ikke udløse licensafgiften, idet selskaberne anses som værende én juridisk enhed. Først når Cadoform havde solgt stolene til tredjemand, ville det udløse en betaling til arkitekten. Dette var imidlertid ikke tilfældet i dommen, hvorfor det er relevant at se på de forhold, der gjorde sig gældende for netop ikke at statuere identifikation; men et ansvar i stedet.

Det oplyses i dommen, at der i forbindelse med oprettelsen af Cadoform blev ydet et banklån fra samme bank, som havde rådet og henstillet Cado-Royal til at reorganisere sig. I denne forbindelse ville banken have sikkerhed i varelageret, som yderligere blev overført til Cadoform. Sammenligner man disse omstændigheder med dommen U.1978.880H om Inka-print er forskellen her, at de fornødne sikkerhedsstillelser i form af rådighedsberøvelse finder sted. Dette fremgår endda af rettens udtalelser, ” *Til støtte for dette resultat kan anføres, at stolene ved afhændelsen er bragt udenfor Cado-Royals rådighedssfære og overført til et selskab, som sagsøgeren ikke har nogen aftale med...* ”¹²⁶ Ligeledes må det antages, at der er tale om sikkerhed for nystiftet gæld og ikke sikkerhed for gammel gæld, idet lånet blev ydet i takt med sikkerhedsstillelsen for varelageret. Disse to elementer går igen, og var, blandt andre elementer, med til at begrunde identifikation mellem selskaber i foregående kapitel.

Det må ud fra de informationer der er oplyst i dommen antages, at der ikke forelå nogle forhold som kunne anfægtes og pege i retningen af, at der skulle være identifikation mellem de to selskaber. Modsat peger forholdene på, at Cadoform blev gyldigt stiftet og vurderet formelt adskilt. Overdragelsen og salget af varelageret ansås lige så godt at kunne have været foretaget mellem Cado-Royal og et selskab uden for koncernen, hvorfor det udløste licensafgift til arkitekten. Direktøren og eneindehaveren måtte derfor tåle at blive stillet til

¹²⁶ Se dommen U.1985.664V

ansvar for arkitektens krav, idet han havde udeladt at fortælle om salget og udeladt at betale arkitekten herfor.

I den nedenstående dom bliver spørgsmålet vedrørende et ansvar mod selskabets anpartshaver samt identifikation mellem dennes selskaber også taget op. Der er i forbindelse med dommen nogen diskussion i litteraturen om, hvorvidt der er tale om identifikation eller et hæftelsesgennembrud.

7.4 UfR U.1997.1642H – Midtfyns-festival dommen

Et anpartsselskab, herefter festivalselskabet, havde i en længere årrække afholdt festival på Midtfyn. I denne anledning havde festivalselskabet bortforpagtet retten til servering og lignende til et andet anpartsselskab, restaurationsselskabet. Begge selskaber blev kontrolleret og ledet af samme person (P), som også havde bestemmende indflydelse i begge selskaber. I 1990 bliver festivalselskabet insolvent, hvorefter hovedanpartshaveren dør og efterlader sin kone (N) som hovedanpartshaver. Told- og skattestyrelsen, som havde et krav mod festivalselskabet på 3 mio. kroner gør i sagen gældende, at restaurationsselskabet og den efterladte kone, på identifikationsbetragtninger eller mod påstand om ansvar, bør hæfte for gælden.¹²⁷

Anser vi først og fremmest dommen i forbindelse med påstanden om at gøre et ansvar gældende, bliver både restaurationsselskabet og N frifundet. Det gør de på den baggrund, at Landsretten mente, at P på tidspunktet for planlægningen af festivalen i 1990 kalkulerede med et overskud. P havde derfor været i god tro med hensyn til indtjeningen, og man mente derfor ikke, at P havde udnyttet sin bestemmende indflydelse på en sådan måde, at han kunne idømmes et erstatningsansvar. Da festivalen var afholdt og et underskud var en realitet, mente Landsretten heller ikke, at man med sikkerhed kunne påpege lige præcis hvornår denne viden tilkom P. Han kunne af denne grund ikke holdes ansvarlig for handlinger foretaget indtil festivalselskabet gik i betalingsstandsning samme år. Højesteret lagde til grund, at en aflysning af festivalen efter mange af udgifterne allerede var afholdt, ville have haft uoverskuelige

¹²⁷ Uddrag fra dommen UfR - U.1997.1642H

økonomiske konsekvenser, og P kunne derfor ikke holdes ansvarlig. I kommentarerne til dommen anvendes udtrykket i denne forbindelse, at bevæge sig fra *”aske til ilden.”*¹²⁸ Det må på denne baggrund antages, at Højesteret har anset beslutningen om at gennemføre festivalen som en form for *”damage control”*, hvorfor et ansvar ikke kunne gøres gældende. Der kan altså i dommen ikke siges at have været tale om identifikation på baggrund af et ledelsesansvar, ligesom det var tilfældet i dommen om byggeaktieselskabet og Microsoft krænkelsen. Den begrænsede hæftelse må på den baggrund siges at være blevet fraveget på andre forudsætninger end en culpanorm.

Landsretten ligger i dommen formuesammenblanding til grund for identifikationen mellem de to selskaber. De anfægter dog ikke det faktum, at selskaberne var så tæt knyttet til anpartshaveren og heller ikke aktivitetsopdelingen selskaberne imellem, idet en sådan opdeling kunne have foregået mellem festivalselskabet og tredjemand.¹²⁹ Det Landsretten lagde vægt på i bedømmelsen var, at såfremt selskaberne skulle kunne identificeres, skulle der forelægge en væsentlig økonomisk sammenblanding af aktiviteterne; specielt under det hensyn, at restaurationselskabet optrådte som bank for festivalselskabet. Det fremgår hertil klart og tydeligt af dommen, at den daglige administration var blevet foretaget samlet og i et sådant omfang, at det for omverdenen ikke har været mulig at konstatere, hvilket selskab som stod for de forskellige aktiviteter.¹³⁰ Der var ligeledes opstået problemer med hensyn til bogføringen, hvor der var flere tilfælde af bogføring i det forkerte selskab. I den sammenhæng opstod der en kassedifference på 80.000 kroner, som uden videre blev fordelt ligeligt på de to selskaber. Afslutningsvis i Landsrettens udtalelser lægger denne til grund for identifikationen selskaberne imellem, at det var restaurationselskabet, der uden vederlag betalte de kreditorer, som egentligt tilfaldt festivalselskabet. Det er tydeligt, at Landsretten i sin begrundelse for identifikationen lægger vægt på den manglende klarhed, som befinder sig i opdelingen af selskabernes aktiviteter samtidig med, at der forekommer en sammenblanding af økonomierne. Den realitet, at der ved indgåelse af aftaler, uanset hvilket selskab der var tale om, udelukkende var indgået en aftale med Midt fyns festivalen som helhed, har været

¹²⁸ Se artikel i UfR – U.2000B.399

¹²⁹ Se dommen U.1997.1642H

¹³⁰ Ibid.

stærkt medvirkende til, at der ikke har været kendskab til hvem der foretog sig hvad i forbindelse med afholdelsen af festivalen. Restaurationsselskabet fandtes på denne baggrund at måtte hæfte for festivalselskabets gæld til SKAT.

Højesteret stadfæstede dommen, men lagde yderligere vægt på momenterne underkapitalisering og risikoforskydning. De udtaler i den forbindelse, at restaurationsselskabet hvert år opsamlede størstedelen af overskuddet samtidig med, at festivalselskabet bar de økonomiske risici i forhold til dennes relative spinkle egenkapital. Dette fremgår i kommentaren til dommen, hvor det ligeledes fremgår at der i året 1990 var en egenkapital i festivalselskabet på ca. 550.000 kroner samtidig med, at der var et musikbudget på 10 mio. kroner.¹³¹ I et sådant tilfælde skal ikke det store underskud i resultatet til, før det går ud over egenkapitalen. Det var da også tilfældet få år før, hvor der efter festivalen var en negativ egenkapital på 600.000 kr. Selskabernes risikoforskydning er altså tydelige, idet restaurationsselskabets forretningsområde var mere "sikkert" da man kunne levere de produkter, som ikke solgtes tilbage.¹³²

Som tidligere nævnt er der i høj grad uenighed om, hvorvidt der "blot" er tale om identifikation mellem de to selskaber, eller om der er tale om et hæftelsesgennembrud på et objektivt grundlag. Fortalerne for hæftelsesgennembrud er i høj grad Erik Werlauff¹³³ samt to af Højesteretsdommerne under sagen, Børge Dahl og Jørgen Nørgaard, som i kommentarerne til dommen kalder det "den første danske Højesteretsdom om gennembrudshæftelse".¹³⁴ Mere afvisende over for hæftelsesgennembrud i dansk retspraksis stiller Krüger Andersen, Jakob Gellert og Thomas Klausen sig.¹³⁵ Werlauff er ikke afholdende med at fremstille dommen som et hæftelsesgennembrud og stiller til sin støtte herfor op, at identifikationen selskaberne imellem ikke bundede i et erstatningsansvar, hverken culpøst eller objektivt.¹³⁶ Ligeledes bundede identifikationsbetragtningerne heller ikke i omstødelse eller pant, som kan henvises til tidligere afsnit, og må på den baggrund være en objektiv hæftelse. Til spørgsmålet om

¹³¹ Se artikel i UfR – U.2000B.399

¹³² Se artikel i UfR – U.2000B.399

¹³³ Se artikel i Tfs – 1997, 822

¹³⁴ Se artikel i UfR – U.2000B.399

¹³⁵ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 506 og artikel i RR – RR.2011.04.0064

¹³⁶ Se Søggaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 151.

hvorvidt misbrug kan danne baggrund for at statuere hæftelsesgennembrud siger Werlauff, at der som udgangspunkt ikke kræves påvisning, men der kræves en farefuld form for drift af selskabet; hvor profit og risici isoleres i hvert sit selskab, og hvor kreditorerne bliver bærere af tabet såfremt selskabet der bærer risikoen bliver insolvent.¹³⁷ En sådan selskabskonstruktion er ikke i sig selv culpøs, da P i dette tilfælde ville være at dømmes. Samme moment gør Børge Dahl og Jørgen Nørgaard gældende, idet de lægger vægt på, at dommen kan betegnes som klassisk efter den juridiske litteratur vedrørende hæftelsesgennembrud, hvortil de nævner risikoforskydning og underkapitalisering som de afgørende momenter.¹³⁸

Krüger Andersen er dog ikke helt enig i, at der er tale om et hæftelsesgennembrud. Han mener i den forbindelse, at dommen blot er et udtryk for identifikation, såfremt man ved hæftelsesgennembrud forstår, at selskabets anpartshaver/aktionær kommer til at hæfte personligt.¹³⁹ Forstår man derimod blot ved hæftelsesgennembrud, at andre end det pågældende selskab kommer til at hæfte, kan man kalde dommen om Midtfyns festivalen for hæftelsesgennembrud.¹⁴⁰ Denne påstand bakker Jakob Gellert og Thomas Klausen op, da de lige som Krüger Andersen mener, at dommen blot er et udtryk for identifikation. De siger ligeledes, meget lig Krüger Andersen, at der i teorien er meget uenighed omkring hvor restriktiv en definition man benytter omkring begrebet hæftelsesgennembrud. Der bliver altså diskuteret om, hvorvidt et ulovhjemlet fænomen i dansk ret er muligt, uden at være enige om definitionen heraf.¹⁴¹ Werlauffs definition af hæftelsesgennembrud forstås som når en hæftelse, der normalt ville være begrænset af jf. SL § 1 stk. 2, rammer selskabsdeltagere, der må formodes selv at ville have ejet virksomheden, hvis ikke den tilhørte selskabet, som om de ejede og drev selskabet personligt.¹⁴² Børge Dahl og Jørgen Nørgaards definition af hæftelsesgennembrud er ikke oplyst.

Hvorvidt der i denne dom er tale om identifikation eller hæftelsesgennembrud via identifikation, kommer an på, hvordan man definerer hæftelsesgennembruddet. Krüger

¹³⁷ Se artikel i R&R - RR.2008.12.0060

¹³⁸ Se artikel i UfR – U.2000B.399

¹³⁹ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2017, s. 506.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Se artikel i R&R - RR.2011.04.0064

¹⁴² Se Werlauff: *Selskabsmasken*, 1991, s. 39.

Andersen er dog heller ikke helt afvisende overfor hæftelsesgennembrud generelt, men mener ikke, at denne dom er et udtryk herfor. Dommen går imidlertid også udover hvad Werlauff definerer som hæftelsesgennembrud, idet det ikke er anpartshaveren der kommer til at hæfte, men søsterselskabet. Werlauff mener hertil, at P rammes indirekte af hæftelsesgennembrud idet hans formue i søsterselskabet formindskes da dette ved afgørelsen stadig var solvent.¹⁴³ Hvad enten man mener at dommen er udtryk for hæftelsesgennembrud eller ej, er det uomtvisteligt at der i dommen statueres identifikation mellem selskaberne. Grundlaget for identifikationen er derimod vigtig at forholde sig til, og det må konkluderes ud fra dommens indhold, at dette blev skabt af SKATs krav mod det insolvente selskab, som måtte tåle at blive identificeret med sit søsterselskab på baggrund af formuesammenblanding, risikoforskydning og underkapitalisering.

7.5 UfR U.1996.12/2 – A.B montage dommen

I denne dom bliver et byggeselskab identificeret med to tidligere selskaber med samme direktør og tegningsberettiget i forbindelse med overtrædelse af arbejdsmiljøloven. Selskabet A.B.C & Co. A/S blev i byretten tildelt en bøde på 10.000 kr. for overtrædelse af arbejdsmiljøloven. De fandt imidlertid ikke, at der var grundlag for at tillægge straffen gentagelsesvirkning. Landsretten fandt derimod, at selskaberne burde identificeres og bøden blev forhøjet.¹⁴⁴

Dommen er i sig selv sparsom med informationer vedrørende de forhold som gør sig gældende, hvorfor det må formodes, at selskabet A.B.C & Co A/S er en efterfølger af to tidligere selskaber - forstået på den måde, at de to andre selskaber er afviklet og ude af verden. Byretten lagde i sin afgørelse vægt på det faktum, at der havde været personsammenfald i alle tre selskaber. Dog ikke i en sådan grad, at selskaberne burde identificeres.

Landsretten lagde derimod sit fokus på det faktum, at aktiviteterne i de forskellige selskaber var ens, samtidig med at der var personsammenfald. Der var altså identitet mellem selskaberne i den forbindelse, at direktøren havde udøvet nøjagtigt samme type arbejde og

¹⁴³ Se artikel i R&R – RR.2008.12.0060

¹⁴⁴ Uddrag fra dommen UfR - U.1996.12/2

havde overtrådt lignende regler i sine tidligere selskaber, hvorfor gentagelsesvirkning var en mulighed.

7.6 Delkonklusion

Overstående kapitel har forsøgt analyseret, hvorledes identifikation kan statueres i forbindelse med culpa. Det kan ud fra denne analyse konkluderes, at der i hovedaktionærselskaber og hovedanpartsselskaber som i dommene U.1998.166Ø, U.1999.326Ø og U.2000.2267H er statueret identifikation på baggrund af medvirken til en ansvars- eller erstatningsretslig handling. Denne type identifikation synes dog ikke at være forenelig med den selskabsretslige identifikation, og må siges at være baseret på et ledelsesansvar, jf. SL § 362, samt den erstatningsretslige culpanorm. Yderligere kan det konkluderes, at der i dommen U.1985.664V ligeledes var tale om at gøre et ansvar gældende, men for to selskabers hovedaktionær, idet der ikke forelå identitet mellem selskaberne. Selskaberne var imidlertid adskilt korrekt og tilstrækkeligt, selvom der til en vis grad, fra ledelsens side, forsøgte at omgå en licensbetaling. Det må da også konkluderes, at det ikke er nødvendigt at statuere identifikation, såfremt der kan statueres et ansvar.

Dommen om Midtfyns-festivalen var imidlertid et eksempel på, at der blev statueret identifikation mellem to søsterselskaber med samme dominerende anpartshaver, i relation til et krav fra SKAT. Retten fandt ikke, at der kunne være tale om et ansvar fra anpartshaverens side, men identificerede selskaberne på den baggrund, at der forelå økonomisk sammenblanding, underkapitalisering og risikoforskydning selskaberne imellem. Det er dog diskuteret, hvorvidt der i dommen er tale om en objektiv hæftelse i form af hæftelsesgennembrud.

Afslutningsvis kan det konkluderes, at der i forbindelse med videreførelse af samme type erhverv i nye selskaber kan ske identifikation, såfremt der foreligger en lovovertrædelse af samme type i de enkelte selskaber. Dette ses i U.1996.12/2, hvor en direktør gentagne gange overtrådte arbejdsmiljøloven, men i forskellige selskaber, hvilket på baggrund af identifikation, fik økonomiske konsekvenser.

8. Identifikation i forbindelse med økonomisk enhed

I dette afsnit vil begrebet økonomisk enhed blive analyseret med henblik på, hvordan en koncern der udgør en sådan økonomisk enhed, kan blive ramt af identifikation. For at få en større forståelse for begrebet, vil der i dette afsnit blive redegjort og analyseret for EU-rettens konkurrenceregler. Senere i afsnittet vil begrebet økonomisk enhed blive sammenlignet med danske domme, hvor en række sager om tilbagebetaling af den EU-stridige ambi gør sig gældende.

8.1 EU-rettens konkurrenceregler

Der er i EU-retten, ligesom i dansk retspraksis, ikke en entydig regulering eller et regelsæt der definerer, hvordan man skal forholde sig til problemstillinger angående koncerner. Hvorvidt der i EU-rettens tilgang til koncerner anvendes virksomhedstilgangen¹⁴⁵ eller selskabstilgangen¹⁴⁶ afhænger af, i hvilket retsområde problemstillingen opstår.¹⁴⁷ Et af de områder hvori EU-retten har vist sig at anvende virksomhedstilgangen, er inden for konkurrenceretten. Det er blandt andet igennem sager vedrørende konkurrenceretten, at EU-domstolen har udviklet begrebet økonomisk enhed mellem koncernforbundne selskaber.¹⁴⁸ Konsekvensen heraf er, at der i disse situationer sker identifikation mellem koncernselskaberne.¹⁴⁹

Nedenstående domme skal være med til at skabe en indsigt i begrebet økonomisk enhed og via analyse af dommene skabe en forståelse for, hvad der ligger til grund for identifikationen. Samtidig bekræfter dommene, at der i EU-retten er grundlag for at statuere identifikation.

¹⁴⁵ *Hvor hele koncernen anses som én enkelt virksomhed.*

¹⁴⁶ *Hvor de enkelte selskaber respekteres som en juridisk enhed.*

¹⁴⁷ *Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 76.*

¹⁴⁸ *Se Søgaard og Werlauff: Koncernretten, 2015, s. 143.*

¹⁴⁹ *Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 77.*

8.1.1 C-97/08 P - Akzo Nobel Dommen

I 1999 indledte EU-kommissionen en undersøgelse af hele cholinchloridindustrien og fandt derved, at Akzo Nobel-koncernen var indblandet i en kartelsag på europæisk og globalt niveau. Akzo Nobel-koncernen havde deltaget i en række aftaler angående prisfastsættelse, opdeling af markeder og aftalte foranstaltninger mod konkurrenter i branchen. Koncernen bestod af fem selskaber, hvor moderselskabet Akzo Nobel direkte eller indirekte ejede 100% af kapitalen i de underliggende selskaber. Selskaberne blev idømt til solidarisk at betale 21 mio. EUR.¹⁵⁰

Som det fremgår af dommen, var det en eller flere af Akzo Nobels datterselskaber, som deltog aktivt i den lovovertrædende kartelsag. Men som følge af at datterselskaberne var ejet 100% af Akzo Nobel, mente kommissionen, at der forelå en økonomisk enhed med de andre juridiske personer i koncernen. Karteldannelse er i strid med EUF-traktatens artikel 101 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, og artikel 102 om misbrug af dominerende stilling.¹⁵¹ Konkurrenceretten vedrører virksomheders aktiviteter, og begrebet virksomhed, som indgår i artikel 101 og 102, omfatter enhver enhed der udøver økonomisk virksomhed; uanset dennes retslige status. Begrebet virksomhed skal ligeledes forstås som en økonomisk enhed, også når denne enhed juridisk udgøres af flere fysiske eller juridiske personer.¹⁵² Altså foreligger der i EU-konkurrenceretslig forstand en økonomisk enhed, når der er en situation, hvor et koncernselskab har kontrol over et andet.¹⁵³

Kapitalandelen på 100% var ligeledes kommissionens grundlag for at konkludere, at Akzo Nobel havde været i stand til at udøve afgørende indflydelse på datterselskabernes handelspolitik.¹⁵⁴

Netop afgørende indflydelse eller kontrol over datterselskaberne tillægger Karsten Engsig Sørensen¹⁵⁵ stor betydning i EU-rettens sager vedrørende konkurrenceret. Han siger herom,

¹⁵⁰ Uddrag fra dommen C-97/08 P

¹⁵¹ Jf. www.eu.dk – (Link under litteraturliste)

¹⁵² Se dommen C-97/08 P

¹⁵³ Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 78.

¹⁵⁴ Se dommen C-97/08 P

¹⁵⁵ Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 78

at det ikke nødvendigvis er nok at der kan udøves kontrol, men at der også skal konstateres en faktisk udøvelse af kontrol.¹⁵⁶ Domstolen har dog fastslået, at såfremt der er tale om helejede datterselskaber, så foreligger der en formodning for, at der udøves kontrol.¹⁵⁷ Argumentet angående kontrol kommer da også til udtryk i dommens præmis 60, hvor det netop fremgår, at der foreligger en afkræftelig formodning for, at moderselskabet kontrollerer datterselskabets adfærd, såfremt det er 100% ejet.¹⁵⁸ Efterfølgende fremgår det af præmis 61 i dommen, at såfremt overstående er en realitet, vil moderselskabet være solidarisk ansvarligt for betaling af bøden. Det er altså op til moderselskabet at bevise, at datterselskaberne selv bestemmer deres adfærd på markedet, såfremt moderselskabet ikke skal gøres personligt ansvarligt for de øvrige selskabers overtrædelser. Netop det personlige ansvar som konsekvens, er i denne sammenhæng et usædvanligt element for denne afhandling, når der er tale om kapital-selskaber, som Akzo Nobel og dennes datterselskaber i øvrigt er. Det har hidtil i afhandlingen, i hvert fald i dansk lovgivning, været et faktum, at selskaber som hovedregel hæfter begrænset. Forklaringen herpå må være at finde i EUF-traktaten. Her benyttes begrebet virksomheder og netop ikke selskaber, hvorfor det må formodes, at den begrænsede hæftelse ikke længere gælder, når der er tale om overtrædelse af den EU-retslige konkurrenceret.

Ved vurderingen om datterselskaberne er en selvstændig økonomisk enhed, skal der tages hensyn til de relevante faktorer så som økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem virksomhederne.¹⁵⁹ Det fremgår i dommen, at Akzo Nobel havde fremlagt en række beviser for, at koncernen ikke burde anses som en enkelt økonomisk enhed. Domstolen havde imidlertid fundet, at beviserne ikke var nok til afkræfte formodningen om kontrol over datterselskabets adfærd. Akzo Nobel lagde ligeledes vægt på, at der måtte være tale om et objektivt ansvar, idet moderselskabet ikke havde deltaget direkte i karteldannelsen. Domstolen afviste påstanden med begrundelsen i præmis 77 om, at moderselskabets formodede kontrol over datterselskabets markedsadfærd, gjorde at der ikke var tale om et objektivt ansvar. Domstolen lagde altså vægt på en passiv form for medvirken, som

¹⁵⁶ Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 78.

¹⁵⁷ *Ibid*, s. 79.

¹⁵⁸ Se dommen C-97/08 P

¹⁵⁹ Se Karsten Engsig Sørensen NTS 2015:1 s. 79.

begrundelse for, at der ikke kunne statueres objektivt ansvar.¹⁶⁰ Det er altså ikke på forhånd givet, at moderselskabet er ansvarligt for datterselskabet.

I nedenstående dom går EU-retten skridtet videre og statuerer et personlig ansvar for to moderselskaber til et joint venture.

8.1.2 C-179/12 P – Dow Chemical dommen

I april 1996 købte Dow Chemical (Dow) 50% af aktierne i et selskab, som var i gummi industrien. De anskaffede aktier gjorde selskabet til et joint venture (JV), hvor aktierne var ligeligt fordelt mellem Dow og JV'ets tidligere ejer. EU kommissionen fandt herefter, at JV'et havde været indblandet i nogle kartelsager angående samordnet praksis i forbindelse med prisstigninger, mindste priser og indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler i strid med artikel 101 EUF. Dow og det andet moderselskab blev pålagt en bøde på 44 mio. EUR som de blev solidarisk ansvarlige for.¹⁶¹

Dommen er spændende i den forstand, at domstolen anser begge moderselskaber som del af den økonomiske enhed, idet det i Danmark jo kun er muligt at have et direkte moderselskab jf. SL. Dow lagde da også i dommen vægt på, at der ikke kunne være tale om en økonomisk enhed, set i lyset af at de to moderselskaber ikke havde nogen afgørende indflydelse på JV'et, men udelukkende en negativ indflydelse til at afvise strategiske beslutninger.¹⁶² Ligeledes lagde Dow vægt på, at JV'et var oprettet som en selvstændig enhed i overensstemmelse med fusionskontrolforordningen. Domstolen tilsidesatte disse anbringender med begrundelserne om, at den negative indflydelse i sig selv kunne være nok til at konstatere, at moderselskaberne udøvede kontrol.¹⁶³ Ligeledes, at selvom JV'et var oprettet som selvstændig jf. kontrolfusionsforordningen artikel 3,4, betyder det ikke nødvendigvis, at JV'et agerer uden indflydelse på de strategiske beslutninger fra moderselskaberne.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Se Sjøgaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 144.

¹⁶¹ Uddrag fra dommen C-179/12 P

¹⁶² Se dommen C-179/12 P, punkt 39.

¹⁶³ Se Engsig Sørensen: *Selskabsstrukturer*, 2015, s. 180.

¹⁶⁴ Se dommen C-179/12 P, punkt 65.

Det er ifølge Engsig Sørensen nødvendigt, såfremt der er tale om et JV, at der ikke kun hersker en formodning om kontrol, men derimod skal det bevises at en faktisk kontrol udøves.¹⁶⁵ Denne kontrol blev ifølge domstolen bevist af retten i og med, at vurderingen angående kontrol ikke udelukkende blev baseret på en formodning, men derimod blev alle økonomiske, organisatoriske og juridiske aspekter taget med i vurderingen.¹⁶⁶ Den negative indflydelse kan altså siges at være nok til at betragte to moderselskaber og et JV som en økonomisk enhed, dog kræver det beviser for, at en faktisk indflydelse finder sted.

Hidtil i dette afsnit har der være fokuseret på domme, hvor domstolen har statueret identifikation på baggrund af en økonomisk enhed. Derfor vil næste dom være et resultat af, at koncernen netop ikke har været anset som værende en økonomisk enhed.

8.1.3 T-185/06 – L’Air Liquide dommen

L’Air Liquide ejede 100% af kapitalen i Chemoxal, som markedsførte hydrogenperoxid. Datterselskabet havde, i strid med artikel 101 EUF, deltaget i en kartelsag angående begrænsning og styring af produktion, markeds- og kundedeling samt udveksling af fortrolige oplysninger. Kommissionen anså koncernen som værende en økonomisk enhed og moderselskabet skulle i den forbindelse hæfte for datterselskabets bøder. Retten fandt dog, at der ikke forelå én økonomisk enhed.¹⁶⁷

I dommen gengives det faktum, at et moderselskab der ejer alle kapitalandele i sit datterselskab, må formodes at påvirke datterselskabets adfærd på markedet. Dette må der ikke anses at være noget nyt i, set i lyset af de tidligere domme. Dommen er dog imidlertid et udtryk for, at der ikke forelå en enkelt økonomisk enhed. Hvorvidt dette resultat stammer fra de af moderselskabets fremlagte beviser, eller fra kommissionen lidt laissez fair tilgang til disse beviser, kan dog diskuteres. Svaret herpå må være, at det er en kombination af de to.

¹⁶⁵ Se Engsig Sørensen: *Selskabsstrukturer*, 2015, s. 180. Samme argument støttes op af Søgaard og Werlauff. Se Søgaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 145.

¹⁶⁶ Se dommen C-179/12 P, punkt 60.

¹⁶⁷ Uddrag fra dommen T-185/06

I dommen har moderselskabet fremlagt følgende beviser for, at datterselskabet var en selvstændig økonomisk enhed.

- Datterselskabet havde selvstændig ledelse
- Datterselskabets direktør havde ubegrænsede beføjelser
- Datterselskabet havde selvstændige afdelinger, som gjorde de muligt at handle selvstændigt
- Datterselskabets erhverv lå langt fra moderselskabets
- Datterselskabets bestyrelse bestemte selv prispolitik
- Budgetter blev udarbejdet af datterselskabet selv
- Datterselskabets brug af dele af moderselskabets navn, L'Air Liquide, havde foregået i legitime henseender for at drage fordel af moderselskabets omdømme.
- Forretningsdokumenter var udført i datterselskabets navn.¹⁶⁸

Beviserne fremlagt af moderselskabet vedrører koncernens økonomiske, juridiske og organisatoriske forbindelser, hvorfor de er relevante for kommissionen at tage i betragtning. Kommissionen havde dog kun lagt vægt på, at moderselskabet havde beføjelserne til at udnævne bestyrelsesmedlemmerne i datterselskabet, ligesom den anførte, at datterselskabet ansås af tredjemand som værende samme virksomhed som moderselskabet i henhold til navnet L'Air Liquide.¹⁶⁹ Kommissionen mente ikke, at beviserne var relevante i forhold til at afkræfte formodningen om kontrol, og havde derfor ikke medtaget disse i overvejelserne. Retten frifandt derfor moderselskabet i forbindelse med kartelsagen.

Hvorvidt retten ville frifinde moderselskabet, såfremt beviserne var taget i betragtning, kan dog ikke udvindes af dommen. Man kan dog give et bud herpå. Set over de tidligere domme giver retten og domstolen ikke meget snor i forhold til at statuere personligt ansvar for moderselskabet. Og med moderselskabets beføjelse til at udnævne bestyrelse, kunne man forestille sig, at retten eller domstolen ville have anerkendt kommissionens beslutning om, at koncernen måtte være en enkelt økonomisk enhed. Yderligere hertil kommer, at sanktionsbeføjelserne, jf. rådets forordning nr. 1/2003, var forældede, så der var i og for sig

¹⁶⁸ Overstående punkter er uddrag fra dommen T-185/06

¹⁶⁹ Se dommen T-185/06

kun tale om en formalitet i forhold til at dømme moderselskabet. Bøden var sat til 0 EUR, men omdømmemæssigt ville det muligvis have konsekvenser for koncernen såfremt kommissionen fik medhold. Det må altså konkluderes, at beviserne fremført af moderselskabet ikke fuldt ud må godtages som genstand for frifindelse, og at kommissionens arbejde må tillægges betydning for sagens udfald.

I de hidtil analyserede domme om EU konkurrenceret har de økonomiske enheder alle været til skade for koncernen. Det forekommer dog ikke altid sådan. I sagen om Parker er den økonomiske enhed genstand for en fordel for koncernen.

8.1.4 C-73/95 P – Parker dommen

Parker Pen Ltd, et engelsk selskab, producerer skriveredskaber og lignende varer som selskabet sælger i store dele af Europa gennem dets datterselskaber. Datterselskaberne var blevet pålagt af moderselskabet udelukkende at sælge produkterne i deres respektive områder. Selskabet Viho klagede på baggrund af denne praksis til kommissionen efter et forgæves forsøg på købe produkter af et Parker selskab i Tyskland. Viho blev henvist til Parkers afdeling i Holland, hvorfor en klage om markedsopdeling, i strid med artikel 101 EUF blev indgivet.¹⁷⁰

Parker koncernen blev af domstolen anset som værende en økonomisk enhed, idet datterselskaberne ikke havde noget selvstændigt virke. Dette kommer klart og tydeligt til udtryk da datterselskaberne var helejet, samt at den markedspolitiske linje blev styret af en områdegruppe som moderselskabet udvalgte. Denne gruppe styrede salgsmål, bruttofortjeneste, salgsmkostninger, cash flow og varelager. Ligeledes bestemte områdegruppen produktudvalg, reklamer og priser.¹⁷¹ Disse forhold lagde Parker koncernen ikke skjul på, og fastlagt ud fra kapitlets tidligere analyserede domme, giver dette en solid baggrund for domstolen til at anse koncernen som en samlet økonomisk enhed. Man kan derfor spørge hvorfor Parker, modsat de andre konkurrenceretslige domme, er villige til at lade sig identificere med resten af koncernen. Werlauff pointerer, at når datterselskaber er

¹⁷⁰ Uddrag fra dommen C-73/95 P

¹⁷¹ Se dommen C-73/95 P

helt ensrettet med moderselskabet i deres handlemåde opfylder de ikke artikel 101 EUFs kriterier omkring konkurrenceforvridende adfærd mellem virksomhederne.¹⁷² Kriteriet for dette er naturligvis, at der er tale om én økonomisk enhed og kriteriet om ens handlemåde synes også opfyldt, idet både moder- og datterselskab producerede, handlede og markedsførte skriveredskaber under instrukser fra moderselskabet.

Set i lyset af de andre domme i dette kapitel er den store forskel her, at Parker "kartellet" er sket internt i koncernen, hvorimod det i de øvrige domme har været datterselskabets aftaler med tredjemand, som har udløst et ansvar for hele koncernen. Det må derfor antages, at såfremt et af Parkers datterselskaber havde deltaget i aftaler omkring markedsopdeling med et tredjemandsselskab, ville den enkelte økonomiske enhed have medført, at moderselskabet ville have være solidarisk ansvarlig for en eventuel bøde. Den økonomiske enhed kan derfor ikke udelukkende siges at være en ulempe for koncernerne, idet Parker dommen har fastslået, at fordele herved kan forekomme.

8.1.5 Analyse og sammenfatning af EU-rettens konkurrenceregler

Ud fra de analyserede domme kan det udledes, at der i EU-rettens syn på koncerner, i hvert fald i forbindelse med konkurrenceretten, synes at være tale om en virksomhedstilgang. Retspraksis i den henseende har vist sig, at anse flere juridiske enheder som værende én; hovedsageligt når der er tale om helejet datterselskaber. Der ligger i den forbindelse en afkræftelig formodning for, at datterselskabet er under moderselskabets indflydelse på dennes markedsadfærd. Der synes også bred enighed herom blandt forfatterne inden for selskabsretten.¹⁷³ Konkurrenceretten synes at være mere fokuseret på markedsadfærd end på adskillelsen af de juridiske enheder, som indgår i en koncern.¹⁷⁴ Konkurrenceretten bruger netop begrebet virksomhed og ikke selskab for at understrege, at de selskabsretlige regler ikke er afgørende, og siger ligeledes, at forholdene mellem virksomhederne skal vurderes på baggrund af de økonomiske, organisatoriske og juridiske forhold.¹⁷⁵ Der er derfor, i henhold til en økonomiske enhed, lagt op til en bred koncerndefinition, som går videre end hvad IAS

¹⁷² Se Werlauff: *Selskabsret*, 2010, s. 587.

¹⁷³ Se Engsig Sørensen: *Selskabsstrukturer*, 2015, s. 218, samme forfatter i *NTS 2015:1 - Søgaard og Werlauff: Konkurrenceretten*, 2015, s. 144 – Jakob Gellert og Thomas Clausen: *RR.2011.04.0064*

¹⁷⁴ Se Engsig Sørensen i *NTS 2015:1* s. 80.

¹⁷⁵ *Ibid* s. 79-80

27, som det danske koncernbegreb er i overensstemmelse med, definerer som en koncern. Dette kan blandt ses i dommen om Dow Chemical, hvor et datterselskabs to moderselskaber var solidarisk ansvarlige for bøden i forbindelse med overtrædelse af kartelreglerne.

Til EU's konkurrenceregler kan der også tilføjes, at det ved første øjekast ligner en retspraksis, der antager et objektivt ansvar for moderselskaberne i kartelsagerne. Jovist faststår domstolen, blandt andet i Akzo Nobel dommen, at den passive medvirken ikke udløser et objektivt ansvar, men på den anden side virker det urimeligt svært at påvise datterselskabets uafhængighed. I de analyserede domme er det udelukkende L'Air Liquide, som der på baggrund af kommissionens fejl, er blevet frifundet for at være ansvarlige for datterselskabets overtrædelser. Dommen giver dog nogle retningslinjer i forhold til typen af beviser, som kommissionen skal forholde sig til, idet de omhandler nogle økonomiske, organisatoriske og juridiske elementer. Hvorvidt beviserne ville være tilstrækkelige til at frifinde moderselskabet, siger dommen ikke noget om. Der kan modsat også argumenteres for, at i og med det i første omgang er kommissionens pligt at påvise moderselskabets medvirken, passiv eller ej, kan der ikke være tale om et objektivt ansvar, men en ubegrænset hæftelse i stedet.

Jakob Gellert og Thomas Clausen omtaler den konkurrenceretlige identifikation som værende et hæftelsesgennembrud, alene med den begrundelse, at moderselskabet hæfter for datterselskabets bøde i forbindelse med kartelsagerne.¹⁷⁶ Det synes dog mere forsvarligt, at kalde det for identifikation i forbindelse med en økonomisk enhed. Dette begrundes med, at der i dommene ikke fremgår nogle af de betingelser, som skal ligge bag et hæftelsesgennembrud.¹⁷⁷ Dog kan man sige, at moderselskabet bliver identificeret med et eller flere datterselskaber i konkurrencemæssig forstand. Werlauff og Søggaard understreger da også, at der ikke kan være tale om et hæftelsesgennembrud, idet der i realiteten er tale om et personligt ansvar for moderselskabet, jf. Akzo Nobel dommen.¹⁷⁸ Werlauff og Søggaard understreger ligeledes, at såfremt der gøres et personligt ansvar gældende for den

¹⁷⁶ Se artikel i R&R - RR.2011.04.0064

¹⁷⁷ Jf. afsnit 5.1.5

¹⁷⁸ Se Søggaard og Werlauff: *Koncernretten*, 2015, s. 144.

økonomiske enhed, må der være tale om et fællesskab af interessentskabslignende karakter, hvor moderselskabet hæfter personligt og ubegrænset for datterselskabet.¹⁷⁹

Netop begrebet én økonomisk enhed og argumentet om, at et sådant fællesskab må have interessentskabslignende karakter, som det i konkurrenceretten har det, er vigtigt at hæfte sig ved. Dette fordi det har vist sig at have en betydning i forbindelse med de danske ambi sager, som vil blive analyseret herunder.

8.2 Økonomisk enhed i dansk retspraksis

Det er som nævnt ikke udelukkende i EU-retslig henseende, at begrebet økonomisk enhed eller fælles virksomhed er blevet anvendt. Begrebet er da også anerkendt i dansk retspraksis, specielt i forbindelse med sagerne om den EU-stridige ambi afgift. Ambien blev indført i 1988 som en afgift tilpligtet erhvervsvirksomheder. Afgiften blev dog allerede i 1992 kendt ulovlig og i strid med fællesskabsretten.¹⁸⁰ Herefter blev det vedtaget, at de virksomheder som kunne godtgøre, at ambien ikke kunne væltes over på næste afsætningsled, kunne kræve afgiften tilbagebetalt.¹⁸¹ Det blev herefter en erstatningsretslig synsvinkel, som virksomhederne skulle kræve deres penge tilbage efter.¹⁸² Princippet om *compensatio lucri cum damno* (modregning af det tjente i det tabte) er afgørende for hvilken vinding, som kunne bringes til modregning.¹⁸³ Det skal hertil siges, at indførslen af ambi afgiften erstattede andre arbejdsgiverafgifter. Nedenstående domme skal være med til at illustrere, at der i dansk retspraksis kan ske identifikation mellem selskaber når de udgør én økonomisk enhed eller driver fælles virksomhed.

¹⁷⁹ *Ibid* s.144.

¹⁸⁰ www.skat.dk (Link under litteraturliste)

¹⁸¹ www.skat.dk (Link under litteraturliste)

¹⁸² Se artikel TFS 1998,178

¹⁸³ *Ibid*.

8.2.1 Tfs 2001, 233H – Kartoffelavlerv dommen

Poul Hansen, som var kartoffelavler, leverede kartofler til produktion af stivelse til to andelsselskaber, hvori han selv var andelshaver. Poul Hansen havde i perioden for ambien haft et tab på denne på ca. 50.000 kr. som han nu ville have erstatning for hos Told og skattestyrelsen (SKAT). SKAT mente dog ikke, at Poul Hansen var berettiget, idet andelsselskaberne havde haft en vinding på afgiftsomlægningen og Poul Hansen derfor ikke havde lidt et tab. Højesteret frifandt SKAT med begrundelsen om, at andelsselskabernes vinding oversteg Poul Hansens tab på ambien.¹⁸⁴

Sagen går i sin enkelthed ud på, om Poul Hansen kan identificeres med de andelsselskaber som han ligeledes er andelshaver i. Såfremt der sker identifikation, eller såfremt Højesteret anser de to for at indgå i et driftfællesskab, kan ambien ikke kræves erstattet, da der ifølge princippet om modregning skal tages hensyn til andelsselskabernes vinding. Sker der ikke identifikation, må A og B, henholdsvis Poul Hansen og andelsselskabernes tab og vinding ses hver for sig.

I dommen nævner Landsretten, at Poul Hansen og andelsselskaberne er to separate juridiske enheder, som ikke kan identificeres. Dog nævnes det yderligere, at dette ikke udelukker retten i at medtage andelsselskaberne ved vurderingen af et eventuelt tab.¹⁸⁵ Dette er imidlertid en interessant udmelding. Ifølge Werlauff bliver betragtningen om identifikation taget på baggrund af, om A og B driver fælles virksomhed.¹⁸⁶ Begrebet fælles virksomhed skal i denne sammenhæng vurderes på, om drifterne i selskaberne er integreret på en sådan måde, at den ene eller anden ikke kan undværes.¹⁸⁷ Ud fra denne betragtning må der siges at være identifikation, idet andelsselskaberne ikke ville kunne lave stivelse uden kartoffelleverancen, samt at kartoffelavleren ikke ville kunne afsætte sine kartofler til stivelse uden andelsselskaberne. Werlauff selv pointerer, at der sker en konkret identifikation mellem andelshaveren og andelsselskaberne.¹⁸⁸ Højesteret nævner i dommen ikke noget om

¹⁸⁴ Uddrag fra dommen Tfs 2001, 233H

¹⁸⁵ Se dommen Tfs 2001, 233H

¹⁸⁶ Se artikel i R&R - RR.2008.12.0060

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Se Werlauff: Selskabsret, 2010, s. 584.

identifikation, men påpeger, at andelsselskabernes vinding på ambien kom andelshaveren til gode, hvorfor der skulle ske modregning.

Dette resultat kan tolkes indirekte som om, at Højesteret identificerer Poul Hansen og andelsselskaberne. Man kan på sin vis godt argumentere for Landsrettens syn, at der ikke er identifikation, hvis man anser identifikationsbegrebet isoleret uden begrebet økonomisk enhed in mente. Ligesom ved kartelsagerne, hvor man, hvis man ser på tidligere dele af denne afhandling, ikke ville anse sammenhængene selskaberne imellem, som værende en begrundelse for identifikation. Identifikationen i nærværende sammenhæng skal altså, som Werlauff også pointerer, findes i den fælles drift eller den økonomiske enhed, som er parterne imellem.

8.2.2 Tfs 1998, 153Ø - Udlejnings dommen

To personer drev i personligt regi virksomhed med udlejning af maskiner og fast ejendom. Udlejningen skete især til et A/S som de begge var eneaktionærer i. Det personlige selskab havde haft et tab på ambien, hvorimod aktieselskabet havde haft en gevinst på afgiftsomlægningen. Landsretten fandt, at den personlige virksomhed og aktieselskabet måtte identificeres, hvorfor der måtte ske modregning og et tab var derfor ikke tilstede.¹⁸⁹

Samme omstændigheder som dommen om kartoffelavleren gør sig her gældende. Aktionærerne mente ikke at have overvæltet ambien på aktieselskabet, idet udlejningspriserne var de samme som før ambiens indførelse. Landsretten fandt derimod, at de sparede afgifter gjorde, at ambien alligevel kunne overvæltet uden det nødvendigvis gav en prisstigning.¹⁹⁰ Dommen tydeliggør ligeledes pointen fra dommen før om, at det ikke er en selskabsretlig identifikation der er tale om. Dette skal forstås på den måde, at det ikke er den juridiske opdeling der danner baggrund for identifikation, men derimod er det de økonomiske realiteter, som skal vurderes. Landsretten siger herom, at der skal foretages en konkret helhedsvurdering for hele ambi-perioden under ét og om eventuelle besparelser er så

¹⁸⁹ Uddrag fra dommen Tfs 1998, 153Ø

¹⁹⁰ Se dommen Tfs 1998, 153Ø

fjerntliggende, at de ikke skal tages i betragtning.¹⁹¹ Der blev imidlertid fundet, at der var en så integreret drift selskaberne imellem, at det var et til identitet grænsende fællesskab.

Flere domme som viser samme udfald kan nævnes, herunder blandt andet Tfs 2002, 435 Ø, om en udlejer, som havde et tab på ambien, men lejeren, et selskab ejet af ham selv, havde vinding på samme. Også her blev der statueret et til identitet grænsende fællesskab.¹⁹²

8.2.3 Modregning i den økonomiske enhed

Overstående domme om tilbagebetaling af ambi viser, at der i dansk retspraksis kan foretages modregning, når der sker identifikation mellem to parter. Der blev dog stillet spørgsmålstejn ved den automatik, som retspraksis har vist sig at udføre i sine fradrag af besparelserne. Werlauff forholder sig kritisk til det faktum, at de besparelser som de afgående afgifter gav, automatisk skulle fratrækkes i tabet på ambiens indførsel.¹⁹³ Der påpeges herom, at en lovlig afgifts ophævelse ikke i sig selv kan udgøre en uberettiget berigelse.¹⁹⁴ Dette viste sig at være sandt, idet spørgsmålet blev forelagt EU domstolen med det resultat, at den besparelse som dansk retspraksis antog skulle fratrækkes ambi-kravet, viste sig at være ulovlig.¹⁹⁵ Det må derfor antages, at en stor del af afgørelserne vedrørende tilbagebetaling af ambi er blevet opgjort forkert. Eksempelvis i dommen Tfs 2001, 233H, hvor det blev godtgjort at ambien ikke var overvæltet på andelsselskabet. Kartoffelavlere ville derfor have haft et tab, idet andelsselskabets vinding ikke skulle modregnes. Det får dog ikke betydning for de omhandlende domme, idet kravene på tilbagebetaling vil være forældede.¹⁹⁶

Hvad angår spørgsmålet om grundlaget for at statuere identifikation mellem de juridiske enheder, må svaret være at finde i det daværende cirkulære af 10/7 1996 om tilbagebetaling af ambi. Heri hedder det, at for virksomheder sammensat af flere forskellige juridiske enheder, vil sparede afgifter som udgangspunkt ikke kunne overføres, medmindre der er tale om 100 % ejede koncernenheder, eller at der handles indbyrdes sammen.¹⁹⁷ Dette kan sammenlignes

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Se dommen Tfs 2002, 435Ø*

¹⁹³ *Se artikel Tfs 1998, 178*

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Se Sjøgaard og Werlauff: Koncernretten, 2015, s. 143.*

¹⁹⁶ *Ibid, s. 143.*

¹⁹⁷ *Se artikel i Tfs 1998, 178*

med reglerne i konkurrenceretten, hvor begrebet virksomhed også spillede en rolle i hvordan man anså koncernerne. Det er dog vigtigt at understrege, at det udelukkende er i specifikke tilfælde, at denne virksomhedstilgang gør sig gældende. Der er ikke noget der taler for, at der normalvis kan ske modregning mellem koncernenheder, der ikke indgår i en økonomisk enhed eller et drift fællesskab, idet skadevolderen da må anse enhedernes tabsopgørelser særskilt.¹⁹⁸ Den økonomiske enhed, som den anvendes i dansk retspraksis, adskiller sig da også en anelse fra den økonomiske enhed, som benyttes i EU-retten. I Konkurrenceretten var der en formodning for, at moderselskabet, såfremt dette ejede 100 % af datterselskabet, var passivt medvirkende til overtrædelserne heraf, hvorfor denne måtte hæfte. Dette gjaldt uanset om der efter selskabsretlige regler forelå flere juridiske enheder. I dansk retspraksis læner den økonomiske enhed sig mere op ad en fælles virksomhed, hvor der netop ville kunne argumenteres for, at selskaberne hæfter ubegrænset og solidarisk. Nok er den økonomiske enhed forskelligt anvendt på de to omtalte områder, men hæftelsesgrundlaget må umiddelbart siges at være det samme. I begge tilfælde er der tale om, at der sker identifikation med den konsekvens, at et andet selskab hæfter for noget. I EU-retten var det typisk moderselskabet som hæftede for en bøde, og i ambi sagerne var selskaberne nødsaget til at måtte tåle modregning, som på sin vis kan sidestilles med en hæftelse; idet et tab på ambien egentligt blev dækket af det selskab som indgik i den økonomiske enhed, og som havde vinding på samme. Af denne grund giver Werlauff og Søgaaards betragtning om en selskabskonstellation af interessentskabslignende karakter god mening, idet der hæftes personligt herved.

8.3 Delkonklusion

Det kan på baggrund af nærværende kapitel konkluderes, at der i EU-retten, specifikt konkurrenceretten, er grundlag for at statuere identifikation mellem koncernselskaber. Konkurrenceretten har vist sig at antage en virksomhedstilgang rettet mod koncerner, hvori moderselskabet ejer alle kapitalandele i datterselskabet. Der opstår således en formodning for, at datterselskabet er under moderselskabets indflydelse på markedsadfærden. Da der i praksis er tale om et personligt ansvar for moderselskabet, sammenholdt med at det i første omgang er kommissionens opgave at bevise moderselskabets formodet medvirken, kan der

¹⁹⁸ *Ibid.*

ikke være tale om et objektivt ansvar. Der er i stedet tale om, at moderselskabet og dennes datterselskaber indgår i en økonomisk enhed som har interessentskabslignende karakter, hvorfor koncernenhederne hæfter solidarisk. Dette kan blandt andet ses i dommen om Akzo Nobel.

Yderligere kan det konkluderes, at der i forbindelse med én økonomisk enhed kan forekomme flere moderselskaber som hæfter. Dette ses i dommen om Dow Chemical. Der kan i så fald være tale om, at konkurrencerettens opfattelse af koncerner går ud over hvad dansk ret og IAS 27 antager, idet der ifølge disse kun kan være en direkte moder.

Afslutningsvis må det konkluderes, at begrebet økonomisk enhed også i dansk ret er velkendt. Dette kunne ses i dommene om den EU-stridige afgift, ambi. Her blev der statueret identifikation mellem separate juridiske enheder, der indgik i en økonomisk enhed på baggrund af det driftfællesskab der var enhederne i mellem. Dette ses blandt andet i dommen TfS 2001, 233H om kartoffelavlern, der leverede kartofler til produktion af kartoffelstivelse til et andelsselskab, hvori han selv var andelshaver. Konsekvensen af identifikationen var, at SKAT kunne modregne den fordel som afgiftsbesparelserne havde givet andelsskabet i det tab som kartoffelavlern havde på afgiften. Erstatningsopgørelsesmetoden blev imidlertid underkendt af EU, men synet på den økonomiske enhed blev ikke anfægtet, hvorfor det må antages, at en sådan identifikation også i dag ville kunne finde sted under specifikke forhold. Det er dog også vigtigt at understrege, at begrebet, den økonomiske enhed, ikke nødvendigvis er det samme i EU-retten som det er i dansk retspraksis. Dette kan blandt andet ses ved, at præmisserne for den økonomiske enhed i EU-retten beror på en passiv form for medvirken til en overtrædelse af konkurrenceretten, hvor det i dansk retspraksis beror på en vurdering af, om der er tale om en så tæt sammenslutning af virksomheder, at der må siges at foreligge en fælles virksomhed. Begge situationer medfører dog, at selskaberne hæfter solidarisk.

9. Analyse af momenter

Tidligere i denne afhandling har der været stor fokus på specifikke domme med henblik på at analysere, hvilke momenter der kan føre til en identifikation mellem selskaber. Der vil i dette afsnit laves en særskilt analyse af disse momenter, i et forsøg på at finde ud af hvor stærke eller svage momenterne er. Det vil ligeledes være i sammenfatningen af dette kapitel, at der forsøges fundet en grundsætning om identifikation, hvorpå man kan vurdere om et selskab eller hovedaktionær risikerer at blive identificeret med et andet selskab, eller modsat, nogle retningslinjer for, hvordan man opnår identifikation.

9.1 Formuesammenblanding

Det er igennem behandlingen af dommene gentagne gange set, at formuesammenblanding optræder som et moment i forbindelse med identifikation. Det har dog endnu ikke været tilfældet, at momentet har stået alene. Af denne grund er det relevant at se på, hvor stærkt et moment formuesammenblanding i forhold til identifikation er, og hvor meget værdi man kan tillægge momentet.

Der er i blandt forfattere og jurister enighed om, at en formuemæssig sammenblanding bør tillægges nogen betydning, når der skal vurderes om der kan statueres identifikation mellem selskaber. Krüger Andersen nævner blandt andet, at en næsten selvfølgelig forudsætning for, at selskaber kan anses for selvstændige er, at formuerne også er adskilt.¹⁹⁹ Er formuerne derimod sammenblandet således det ikke er muligt at se hvad der tilhører det enkelte selskab, må konsekvensen være, at selskaberne behandles som en helhed.²⁰⁰

Typisk har det været i forbindelse med konkurs, at formuesammenblanding eller mangel på økonomisk adskillelse har været relevant. Dette hænger i høj grad sammen med opgørelsen af konkursboet, hvor nogle kreditorer er blevet negligeret eller begunstiget. Det kunne ses i dommen UfR. 1977.526H hvor Højesteret blandt andet lagde vægt på, at der regnskabsmæssigt og økonomisk set ikke var nogen adskillelse mellem to selskaber. Det ene selskab havde betalt etableringsomkostningerne hos det andet selskab, samtidig med at disse

¹⁹⁹ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 535.

²⁰⁰ *Ibid* s. 535.

posterings blev bogført under samme konto. Det var altså ikke lykkedes at oprette en selvstændig konto til selskaberne. Dette bevirkede, at selskaberne ansås som en enhed.

For at underbygge styrken i momentet, påpeger Gellert og Klausen samt Godsk Pedersen²⁰¹ også, at såfremt der ikke er nogen adskillelse mellem aktiver og passiver selskaberne imellem, kan det føre til identifikation; netop fordi den formelle selskabskonstellation ikke modsvarer at en driftsmæssig adskillelse.²⁰²

Formuesammenblanding var, blandt andet, også et af de afgørende momenter i dommen U.1968.766H, hvor et flyselskab i betalingsvanskeligheder oprettede et datterselskab. Problemet ved denne specifikke konstellation var, at de beløb som datterselskabet betalte nogle bestemte kreditorer med, kom fra moderselskabet – hvorfor der i virkeligheden var sket en sammenblanding af aktiver. Lignende tilfælde gør sig gældende i Frigor dommen U.1980.806V. I dommen var datterselskabets eneste postering i regnskabet en lønudgift, som blev modsvaret af en indtægt fra moderselskabet, samtidig med at datterselskabet ikke var selvstændigt momsregistreret. Der har altså ikke været nogen reel økonomisk adskillelse mellem selskaberne i de to domme, og dette lagde retten til grund for identifikation.

Tydeligst kommer momentet formuesammenblanding til udtryk i dommen U.1997.1642H. Her lagde både Landsret og Højesteret vægt på den økonomiske sammenblanding. Sammenblandingen var sket i sådan et omfang, at det har været umuligt at redegøre for hvilke aktiver og passiver der tilhørte de to selskaber. Der er da også bred enighed om, at det i første omgang var manglen på økonomisk adskillelse som førte til identifikationen af selskaberne. Dog pointerer Werlauff, at sagen ikke udelukkende handler om formuesammenblanding, men at det udgør en helt central rolle i dommen.²⁰³

Det er altså tydeligt, at formuesammenblanding må tillægges stor værdi, når der skal vurderes om der foreligger identifikation. Selvom der i dommene har været andre momenter som har peget på identifikation, synes mangel på økonomisk adskillelse at være kritisk. Typisk medfører en sådan sammenblanding, at der opstår uenigheder om, hvilke aktiver der tilhører

²⁰¹ Se artikel i R&R - RR.2011.04.0064 og UfR U.1985B.352

²⁰² Se artikel i R&R - RR.2011.04.0064 og UfR U.1985B.352

²⁰³ Se artikel i UfR - U.2012B.203

de forskellige selskaber, og dette ender ofte ud i en urimelig formuefordeling til kreditorerne. Det er da også af denne grund, at selskaberne og deres formuer, i situationer hvor formuesammenblanding gør sig gældende, må ses som en helhed, så alle kreditorernes krav bliver fyldestgjort ligeligt.

Dommen U.1986.697V er da også bevis på, at domstolen tillægger momentet værdi. Her kunne der ikke statuere identifikation mellem to selskaber af den simple årsag, at økonomierne var opdelt nøje og præcist, idet selskaberne havde forskellige lånefaciliteter og regnskaber. At konstellationen selskaberne imellem var af tvivlsom karakter, var ikke nok til at identificere dem.

9.2 Personsammenfald på ledelsesplan

Ligesom med momentet formuesammenblanding, går personsammenfald på ledelsesplan også igen i mange af dommene. Hvorvidt dette moment selvstændigt er lige så stærkt som førstnævnte, er tvivlsomt. Utvivlsomt er det dog, at momentet sammen med andre, har indgået i den samlede vurdering om, hvorvidt der i et specifikt tilfælde har været identifikation. Dette ses blandt andet i dommen U.1977.526H, hvor Højesteret lagde vægt på, at aktionærkreds, ledelse og personale var ens i begge selskaber. Højesteret giver dog ikke til kende, hvor meget vægt der skal lægges på netop dette moment, i forhold til momentet om økonomisk sammenblanding, som også indgik i sagen.

I den selskabsretslige litteratur tegner der sig et billede af, at netop momentet om personsammenfald ikke skal tillægges den helt store selvstændige værdi. Godsk Pedersen kalder det for et moment, der ikke skal overbetones.²⁰⁴ At et selskab ikke har selvstændig ledelse, eller at det ene selskab er altdominerende, kan ikke selvstændigt føre til identifikation. I så fald ville man i rigtig mange tilfælde kunne identificere to selskaber, hvoraf det ene har bestemmende indflydelse.²⁰⁵ Personsammenfald i ledelsen er da også i praksis

²⁰⁴ Se artikel i *UfR* - U.1985B.352

²⁰⁵ *Ibid.*

udbredt, og kan anvendes som middel til at gennemføre koncernens strategi.²⁰⁶ Krüger Andersen mener derfor, at momentet bør anses som en neutral faktor.²⁰⁷

At personsammenfald på ledelsesplan ikke nødvendigvis skal tillægges så stor en værdi, kan ses i dommen U.1997.1642H. Her var den samme person anpartshaver med bestemmende indflydelse samt direktør i to selskaber. Hverken Landsretten eller Højesteret lagde vægt på dette sammenfald, men derimod andre momenter.

I dommen U.1968.766H er der i mellem to selskaber også sammenfald i direktionen. Dette moment nævnes kort af Højesteret, hvorefter de andre momenter; økonomisk sammenblanding og proforma uddybes. Det må derfor antages, at det er et moment, der udelukkende kan indikere identifikation – og ikke selvstændigt bruges som et bærende moment. Werlauff fremhæver ligeledes personsammenfald på en tjekliste for at undgå identifikation, hvori han siger, at selskaberne ikke bør lade moderselskabet overtage direktionen eller bestyrelsen i datterselskabet, da dette kan indikere, at selskabet ikke selvstændigt kan tage beslutninger.²⁰⁸

Der hvor personsammenfald kan blive et problem, er i tilfælde hvor der er tale om, at sammenfaldet indirekte kan medføre et ansvar.²⁰⁹ Dette kan ses i dommene U.1998.166Ø og U.1999.326Ø, hvor ejerne af selskaberne ligeledes var direktører; og skyld i at selskaberne overtrådte loven. Dette medførte, at ejerne måtte anses som værende ansvarlige for overtrædelsen, og blev på den måde identificeret med deres selskaber. Det skal da hertil siges, at der var tale om en erstatningsretslig identifikation og ikke en selskabsretslig identifikation.

²⁰⁶ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 673.

²⁰⁷ *Ibid*, s. 673.

²⁰⁸ Se artikel i *TfS* 1997, 822

²⁰⁹ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 674.

9.3 Proforma

Det har i nogle af de analyserede domme været tilfældet, at et selskab, af forskellige grunde, har oprettet et nyt selskab og overført visse aktiviteter til dette nyoprettede selskab. Det forholder sig dog blot således, at såfremt datterselskabet, hvori aktiviteterne er flyttet til, ikke har noget reelt selvstændigt formål eller funktion, kan konsekvensen være identifikation.²¹⁰ Proforma dækker altså over en situation, hvor de selskabsretslige formaliteter mellem selskaberne ikke har noget reelt indhold.²¹¹ Ligeledes er det i retspraksis set, at såfremt man ved at oprette et selskab forsøger at omgå visse forpligtelser, eksempelvis kreditorkrav, kan den formelle opdeling af selskaber fraviges og identifikation kan blive en realitet. Dette fandt blandt andet sted i dommen U.1978.880H, hvor et selskab i forbindelse med rekonstruktion havde oprettet et datterselskab, der skulle levere materialer til forarbejdning hos moderselskabet for derefter at få dem retur til salg. Der blev i dommen lagt vægt på, at der reelt set ikke havde været nogen virksomhed tilknyttet til datterselskabet, idet oprettelsen af selskabet havde til formål at sikre en hovedkreditors investering. Der var altså i sagen både tale om et proforma selskab, samt en omgåelse af kreditorkrav. Ligeledes i dommen U.1980.806V, hvor størstedelen af produktionen blev flyttet til et nyt datterselskab, der viste sig ikke at have noget indhold, i et forsøg på at undgå medarbejderrepræsentation i moderselskabets bestyrelse.

Krüger Andersen nævner da også, at der specielt i rekonstruktionstilfælde er grund til at være på vagt over for tilsidesættelsen af kreditorhensyn.²¹² Selvom dattervarelager og datterfinansselskaber er en velkendt konstruktion til at opnå ny kredit eller finansiering, stilles der i dansk ret strenge krav til den driftsmæssige og indholdsmæssige adskillelse.²¹³ Der kan igen henvises til dommen U.1986.697V om J.P. Chokolade, hvor datterselskabet indholdsmæssigt var reelt, og finansieringen var struktureret på en sådan måde, at der udelukkende blev givet kredit ved fremvisning af en faktura, hvorfor der heller ikke kunne være tale om sikring af gammel gæld.

²¹⁰ Se Gomard & Schaumburg-Müller: *Kapitalselskaber*, 2011, s. 124.

²¹¹ Se artikel i *UfR* - U.1982B.425

²¹² Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 668.

²¹³ *Ibid.* s. 668.

Det er i dommene vedrørende momentet proforma ofte set, at domstolene lægger vægt på risiko. Dette skal forstås på den måde, at datterselskaberne selv skal have midlerne til at betale såfremt der opstår tab eller krav mod disse. I dommen U.1978.880H blev der givet 1 % af salgsprisen til datterselskabet til dækning af tab, og til at indestå for betalinger fra kunder; resten gik til moderselskabet. Domstolen fandt altså, at 1 % ikke var nok og vurderede, at virksomheden blev drevet på moderselskabets regning og risiko. Samme omstændigheder viser sig i dommen U.1968.766H, hvor datterselskabet skulle tilbageholde 150 kr. til afdrag på lån, hvoraf resten af indtægten gik til moderselskabet. Det må derfor antages, at risiko og indhold har et sammenspil, når der skal vurderes om et selskab udgør en selvstændig virksomhed. Risikoforskydning er da også et moment, som går igen i litteraturen når der tales om identifikation og hæftelsesgennembrud.²¹⁴ Specielt i dommen U.1997.1642H er risikoforskydningen en faktor, og bliver, blandt andre momenter, brugt som grundlag for identifikation. Her blev de risikobetonede aktiviteter placeret i det ene af to selskaber, hvor de økonomisk-fordelagtige aktiviteter blev placeret i det andet.

Det må ud fra overstående og ud fra de analyserede domme altså antages, at proforma er et moment som domstolene lægger meget vægt på, når der skal vurderes om der er identifikation mellem selskaber. Man kan dog argumentere for, at momenterne proforma og formuesammenblanding går hånd i hånd. Kravet om at et datterselskab har reelt indhold forudsætter nemlig, at den økonomiske del af selskaberne er adskilt.²¹⁵ Af denne grund var der i nogle af dommene både tale om formuesammenblanding og proforma. Er formuerne derimod adskilt, men findes selskabet alligevel ikke at have noget driftsmæssigt indhold, må konsekvensen stadig være identifikation. Dette kan være tilfældet, hvor et datterselskab er blevet oprettet uden andet mål for øje end at begunstige enkelte kreditorer, som tilfældet var i U.1978.880H og U.1968.766H.

²¹⁴ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 648 og Artikel U.2012B.203.

²¹⁵ Se artikel i *UfR* - U.1982B.425

9.4 Underkapitalisering

At et selskab er underkapitaliseret kan have den konsekvens, at selskabets egenkapital er for lille i forhold til den aktivitet, der udøves. Man kan derfor godt sige, at underkapitalisering og risikoforskydning, som blev omtalt i foregående afsnit, har en sammenhæng. Hvorvidt et underkapitaliseret datterselskab direkte kan føre til identifikation med et andet selskab i koncernen, må derfor undersøges.

Mogens Munch er af den holdning, at en underkapitalisering af et eventuelt datterselskab ikke i sig selv er egnet til at være eneste moment som baggrund for identifikation.²¹⁶ Det ville være en utaknemmelig opgave for domstolene, og i høj grad også for lovgivningsmagten, at skulle fastslå, hvor stort et kapitalgrundlag forskellige selskaber i forskellige brancher bør have for at kunne drive virksomheden.²¹⁷ Werlauff nævner også underkapitalisering som et moment, i hvert fald når der tales om hæftelsesgennembrud. Han forholder sig da også skeptisk om hvorvidt momentet kan stå alene, idet flere momenter skal være til stede.²¹⁸

Blandt de analyserede domme fremgår underkapitalisering blandt andet i U.1980.806V, U.1968.766H, U.1978,880H og U.1997.1642H.

I U.1980.806V var der tale om, at et moderselskab oprettede et datterselskab, hvortil produktionen skulle overgå. Datterselskabet blev oprettet med en aktiekapital på 100.000 kr. som straks herefter udlåntes til moderselskabet. Der var altså efter selskabets konkurs tale om, at der ikke i selskabet var midler nok til at dække de lønkrav, som opstod fra medarbejderne. Der bliver i Højesterets dom ikke lagt specielt meget vægt på det faktum, at selskabet ikke havde nogen aktiekapital. Højesteret nævner blot momentet, og lægger derefter mere vægt på, at selskabet ikke havde nogen reel beslutningsmyndighed samt at der var sammenfald mellem selskaberne.

I U.1968.766H blev der ligeledes oprettet et datterselskab med en aktiekapital, som blev tilbageført straks efter oprettelsen. Her godkendte Landsretten datterselskabets gyldighed og nævnte, at manglen på aktiekapital var uden betydning i henhold til spørgsmålet om

²¹⁶ Se artikel i UfR - U.1983B.149

²¹⁷ Se artikel i UfR - U.1983B.149

²¹⁸ Se artikel i UfR - U.2012B.203

identifikation. Højesteret nævner også kun kort, at der ikke var nogen reel aktiekapital og lægger dernæst vægt på, at selskabet var proforma i forhold til nogle kreditorer.

Det må altså antages, at såfremt et selskab er gyldigt stiftet efter gældende regler, som tilfældet var i disse domme, må spørgsmålet om underkapitalisering have meget ringe selvstændig værdi i forhold til spørgsmålet om identifikation. Godsk Pedersen nævner dog, at momentet i sammenspil med andre får betydning.²¹⁹ At et moment, som selvstændigt har ringe eller ingen værdi får betydning blandt andre momenter, kunne blandt andet også ses med momentet om sammenfald på ledelsesplan. Momentet underkapitalisering får da også værdi i dommen U.1997.1642H, da det indgår blandt en række andre. Momenterne i omtalte dom, er alle momenter fra Werlauffs kriterier for hæftelsesgennembrud. Hvorvidt der i realiteten er tale om hæftelsesgennembrud eller identifikation, er omtalt i afsnit 7.4.

Det kan som sagt være svært at vurdere, hvornår et selskab er underkapitaliseret. Man kan på den ene side sige, at selskaberne skal være rustet til selv at klare de udfordringer, der måtte komme. På den anden side kan kapitalens størrelse være knap så vigtig, såfremt banken er villig til at støtte selskabet finansielt.²²⁰ Det må derfor være en vurderingssag om et selskab er underkapitaliseret, og momentet får størst betydning når der ligeledes antages at være en høj risiko ved selskabets aktiviteter.

9.5 Omstødelse

Det er i forbindelse med dommene om insolvens og konkurs ofte set, at domstolene dømmer en disposition mellem to koncernselskaber til at skulle omstødes. Dette kommer af, at omstødelse er et grundprincip i konkursretten, der skal sikre kreditorer ligelig fyldestgørelse i den insolventes aktiver.²²¹ Der er, jf. KL § 2, en forlænget adgang til omstødelse af dispositioner foretaget mellem nærtstående, hvilket her blandt andet gælder for koncernselskaber og hovedaktionærer og deres selskaber.²²² Det er i retspraksis ofte set, at dispositioner der omstødes bærer præg af kreditorbegunstigelse; hvad enten der er tale om sikkerhed for gammel gæld, pant for tredjemands gæld eller andre dispositioner. Typisk er det

²¹⁹ Se artikel i UfR - U.1985B.352

²²⁰ Se artikel i UfR - U.1983B.149

²²¹ Se Gomard & Schaumburg-Müller: *Kapitalselskaber*, 2011, s 124.

²²² *Ibid*, s. 124.

sådan i de analyserede domme, at det spørgsmål, eller problem, der opstår i sagerne ikke bærer præg af en selskabsretlig problemstilling. Der er ofte tale om konkursretlige, arbejdsretlige, eller sågar konkurrenceretlige problemstillinger. Konsekvensen af den disposition, som skal foretages for at løse stridigheden, ender dog ofte ud i en selskabsretlig problemstilling om identifikation eller omgåelse af den begrænsede hæftelse. Anderledes er det ikke med spørgsmålet om omstødelse, som i sig selv er et konkurs eller insolvensretligt spørgsmål. Man kan derfor ikke sige, at omstødelse er et moment som sådan, men der kan være tale om identifikation ad omstødelse, hvorfor det er relevant at inddrage. Omstødemulighederne er nemlig forskellige alt afhængig om der kan statures identifikation mellem to selskaber eller mellem hovedaktionær og selskab.

Overstående illustreredes blandt andet i dommen 1977.526H, hvor der ikke var blevet stillet pant for tredjemands gæld, i og med de to selskaber måtte tåle identifikation. Pantet, som var stillet af B, for A's gæld ville normalvis ikke være omfattet af omstødelsesreglerne, men identifikationen gjorde, at der kunne ske omstødelse efter KL § 70.

Der var ligeledes tale om identifikation ad omstødelse i forbindelse med kreditorbegunstigelsesordninger i dommene U.1968.766H og U.1978.880H. Såfremt der foreligger en begunstigelse af en eller flere kreditorer til fordel for andre, vil disse dispositioner kunne omstødes efter KL § 74. I U.1978.880H blev en datterselskabskonstruktion anset for at have til formål at sikre en kreditors tilgodehavende, hvorfor betalinger til denne måtte omstødes. Det er dog muligt, at en sådan omstødelse ville kunne være foretaget udenom identifikationen; men i og med der blev stueret identifikation, gik betalingen ikke blot tilbage til datterselskabet, men helt tilbage til moderselskabets konkursbo for at sikre ligelig fordeling af aktiverne til alle kreditorer.

Det var også et spørgsmål om omstødelse i dommen U.1994.621H, hvor en koncern blev anset som værende identiske i forbindelse med forretningsgangene. Af denne grund var der ikke tale om en begunstigelse, og der kunne derfor ikke ske omstødelse af en tilbagelevering af varer. Det må altså konkluderes, at det ikke er omstødelse der ligger til grund for identifikation – men omstødelse kan være en konsekvens af identifikation.

9.6 Andre konsekvenser af identifikation

Som nævnt er det ikke udelukkende insolvens, konkurs og spørgsmål om omstødelse, der kan føre til spørgsmål om identifikation. Det er i retspraksis set, at andre forhold kan føre hertil.

I dommen U.1985.664V blev der godt nok ikke statueret identifikation, men spørgsmålet herom bar dommen. Der var mellem et selskab og en arkitekt indgået en licensaftale om salg af stole. Selskabet solgte i rekonstruktion sit varelager til et nyoprettet datterselskab uden at underrette arkitekten, som reelt set var berettiget til betaling af salget, idet de to selskaber var selvstændige juridiske enheder. Der fandtes af domstolen ikke at være identifikation ad licensaftalen mellem selskaberne. Interessant er det også at pointere, at selskaberne havde foretaget de sikkerhedsstillelser i form af rådighedsberøvelse som var nødvendige, samt at banken fik sikkerhed i varelageret i takt med yderligere kredit. Disse forhold har i retspraksis vist sig, at kunne tale for proforma og kreditorbegunstigelse, såfremt de ikke har været overholdt.

I dommen U.1996.12/2 blev et selskab identificeret med to andre selskaber, som alle havde samme direktør og tegningsberettiget. Det var et spørgsmål om overtrædelse af arbejdsmiljøloven, der førte til identifikationen. Direktøren og tegningsberettiget havde videreført de aktiviteter, som blev udøvet i tidligere selskaber til et nyt. I samtlige selskaber var der begået overtrædelse af arbejdsmiljøloven, hvorfor retten tillagde bøden gentagelsesvirkning. Der blev altså statueret identifikation på den baggrund, at de nye selskaber var stort set identiske i forhold til aktiviteter, direktør og tegningsberettiget.

Ligeledes kan nævnes U.1997.179H, hvor to selskaber ikke var identiske, i et spørgsmål om overtrædelse af markedsføringsloven. Der var ingen forhold som talte for identifikation, idet selskaberne selvstændigt stod for deres markedsføring.

Det er altså i retspraksis ikke kun konkursretslige sager, som kan føre til identifikation, selv om det synes at være en stor del af sagerne; i hvert fald i denne afhandling, som tager udgangspunkt i netop dette retsområde. Fælles for sagerne er dog, at uanset hvilket retsområde sagerne bunder i, bliver spørgsmålet om identifikation et selskabsretsligt spørgsmål.

9.7 Økonomisk Enhed

En økonomisk enhed er i nærværende sammenhæng udtryk for, at to selskaber i en koncern indgår i en fælles virksomhed. Det er gennem analysen af dommene fastslået, at EU-retten på nogle punkter, specielt i forbindelse med konkurrenceretten, er villige til at identificere to selskaber. I EU-konkurrenceretten var den fælles virksomhed et udtryk for, at der for 100% ejet datterselskaber var en formodning for, at moderselskabet var medvirkende til en lovovertrædelse, hvorfor der i denne sammenhæng opstod en hæftelse. I dansk ret har vi dog ikke samme regler, i hvert fald ikke i forbindelse med overtrædelse af konkurrencereglerne. Der er altså ikke noget grundlag for, at vi i dansk retspraksis lader to koncernforbundne selskaber identificere på baggrund af en overtrædelse af konkurrencereglerne.²²³ Selvom EU's regler sammenlignet med de danske har en stor lighed, er der ikke belæg i den danske straffelov for at pålægge et moderselskab solidarisk hæftelse med datterselskabet.²²⁴ Dette forudsat, at moderselskabet ikke har haft noget med overtrædelsen at gøre jf. straffelovens § 24.²²⁵

I dansk retspraksis, særligt i forbindelse med den tidligere ambi afgift, har domstolene vist sig at identificere selskaber der har indgået i et sådant fællesskab, at der måtte siges at være en økonomisk enhed. Forståelsen af den økonomiske enhed kommer, som nævnt, fra EU-rettens kartelsager. Der bliver i denne sammenhæng ikke lagt vægt på den juridiske struktur, eller de selskabsretslige regler, men derimod de økonomiske realiteter.²²⁶ Samme forståelse må gøre sig gældende for den økonomiske enhed i ambi sagerne. I dommen Tfs 2001,233H tilkendegav retten, at der var tale om to selvstændige juridiske enheder. Alligevel måtte der ske identifikation. At der var personsammenfald, var ikke nok til at begrunde identifikationen. Der var ligeledes heller ikke formuesammenblanding eller andre momenter til stede, som ellers ville tale for en selskabsretslig identifikation. Det var altså den økonomiske realitet, eller det økonomiske driftfællesskab, der begrundede identifikationen. Begge selskabers drift var

²²³ Se artikel i R&R – RR.2011.04.0064

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Se artikel NTS 2015:1

integreret i en sådan grad, at den ene ikke kunne undvære den anden, hvorfor der måtte ske modregning i forhold til tilbagebetalingen.²²⁷

Det må derfor i dansk retspraksis siges at være et afgørende moment, i forhold til identifikation, om to selskaber indgår i et driftfællesskab af en sådan grad, at der opstår en interessentskabslignende hæftelse. Identifikation i forbindelse med en økonomisk enhed går ligeledes ud over de juridiske realiteter selskaberne imellem, og binder i stedet i de økonomiske realiteter.

9.8 Sammenfatning af momenter

Der er ovenfor givet en analyse af styrken af de enkelte momenter, som har optrådt i denne afhandling. Det er derfor formålet med dette afsnit, at samle op på resultatet af dette. Ligeledes vil der ud fra overstående analyse blive forsøgt at belyse, hvilke situationer der kan føre til en identifikation.

Det kan være svært at fremstille en grundsætning for, hvornår der præcist kan statueres identifikation mellem to selskaber, da der er mange forhold som spiller ind i vurderingen. Det er dog ikke på forhånd udelukket, at en identifikation kan blive en realitet, selv om der i dansk ret ikke findes lovbestemmelser herom.²²⁸ Det er altså i retspraksis hjemlen skal findes, og det må her siges at bunde i en helt konkret vurderingssag med henblik på de pågældende omstændigheder. Et moment der taler stærkt for identifikation, er formuesammenblanding. Retspraksis har vist, at såfremt aktiverne og passiverne i to koncernforbundne selskaber er sammenblandet i en sådan grad, at der ikke kan redegøres for til hvilket selskab de tilhører, er identifikation en meget stor sandsynlighed. Lige så stærkt står momentet proforma. Her har retspraksis ligeledes vist sig at være konsekvente med at statuere identifikation. Det binder typisk i, at et datterselskab ikke har nogen reel selvstændig drift. Der kan dog være tilfælde, hvor datterselskabet har en velbegrundet drift, men hvor datterselskabet er oprettet med det formål at omgå visse forpligtelser. Dette kunne eksempelvis være kreditorkrav eller

²²⁷ Se artikel i R&R - RR.2008.12.0060

²²⁸ Se Werlauff: Selskabsret, 2010, s. 585.

omgåelse af medarbejderrepræsentation i bestyrelsen. Der tales derfor i litteraturen om, at identifikation er en sanktion for ikke at respektere selskabernes selvstændighed.²²⁹

Det er dog ikke udelukkende formuesammenblanding og proforma-selskaber, der kan begrunde en identifikation. Retspraksis har ligeledes vist sig, at tillægge momenterne personsammenfald og underkapitalisering nogen værdi. Det skal dog her nævnes, at den selvstændige værdi i disse momenter ikke i sig selv kan føre til en identifikation, men sammen med andre momenter have en vis værdi. Sammenfald på ledelsesplan kan i sig selv være svært at undgå, da det ofte forekommer i forbindelse med at sikre koncernstrategiens udførelse i datterselskaberne. Der er intet der taler for, at personsammenfald, såfremt det er struktureret på en respektabel måde, kan føre til en identifikation. Momentet kan dog forekomme som indicier, hvis der ligeledes er andre momenter, der taler for en identifikation.

Underkapitalisering kan i sig selv være en svær størrelse at kategorisere. Der findes nemlig i dansk lovgivning et minimumsbeløb for selskabskapital. Hvorvidt denne kapital er stor nok til den risiko, som den pågældende branche løber, må være relativt. Der kan ligeledes være andre omstændigheder, der kan underminere en relativt lille kapital; eksempelvis en bank eller investors kreditvillighed. Af denne grund står momentet isoleret set ikke stærkt, men må skulle vurderes sammen med den risiko, der er i en specifik branche.

Afslutningsvis er momentet, eller måske rettere "tilstanden", økonomisk enhed et moment, som retspraksis også har vist sig at være konsekvente med i forhold til identifikation. Det er her ikke den juridiske struktur, men den økonomiske realitet selskaberne imellem, der danner baggrund for en eventuel identifikation. Det er spørgsmålet, om der er en så integreret drift, at selskaberne må siges at have en interessentskabslignende karakter. Hvis de økonomiske forhold må antages at være afhængige af hinanden, således at det ene selskab ikke kan undvære det andet, er identifikation konsekvensen. Man kan også sige, at hvis selskaberne driver fælles virksomhed, må hæftelsesgrundlaget blive det samme, som hvis der drives personlig virksomhed, ubegrænset og solidarisk.

²²⁹ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 506.

10. Fordele og ulemper ved identifikation

Det er i løbet af denne afhandling blevet analyseret, hvordan man som selskab eller hovedaktionær kan blive identificeret med et selskab i samme koncern. Hvorvidt identifikationen er en fordel eller en ulempe, afhænger af hvilken sammenhæng det statueres i.

I forhold til begrebet økonomisk enhed ses det blandt andet, at identifikation ofte er en ulempe. Eksempelvis i EU's konkurrenceret, hvor flere moderselskaber måtte hæfte for en bøde sammen med deres datterselskaber. Det kan sjældent tolkes som en fordel, at man på baggrund af sit datterselskabs lovovertrædelse skal betale en bøde. Ligeledes må det også antages, at moderselskabets eller koncernens omdømme tager skade i sådanne kartelsager. I dansk praksis synes den økonomiske enhed også at være genstand for en ulempe, idet identifikationen har afskåret mange selskaber eller aktionærer fra at få tilbagebetalt den såkaldte ambi afgift.

Yderligere kan identifikation i forbindelse med insolvens og konkurs siges at have ulemper forbundet med fravigelsen af den begrænsede hæftelse. Eksempelvis i dommene U.1968.766H og U.1978.880H, hvor ulempen ved identifikation ramte de oprettede finansierings- og varelagerselskaber og de hertil begunstigede kreditorer. Ulempen begrundes i, at selve den opsplittning der var sket fra moderselskabet ikke blev anerkendt af domstolene, hvorfor betalinger til nogle specifikke kreditorer måtte gå tilbage til moderselskabet. Ligeledes i dommen U.1997.1642H, hvor et søster selskab måtte hæfte for et andet selskabs gæld til skat. Det må i disse situationer ikke være en ønsket situation, at skulle hæfte for krav man i realiteten ikke skulle have hæftet for, idet det må formodes at være en ekstra belastning for de pågældende selskaber.

Vender man situationen om og anser identifikationen ud fra kreditorernes synspunkt, kan nogle af de situationer, som har været forbundet med ulemper, tolkes som fordele. Eksempelvis er det typisk en fordel for de kreditorer, som i selskabsopsplitningssagerne bliver negligeret, at de foretagne dispositioner bliver underkendt. Ellers ville der opstå en situation, hvor disse kreditorer ikke ville blive fyldestgjort.

Der er yderligere også omstændigheder, hvor identifikationen kan medføre en fordel for selskaberne. I dommen U.1985.664V ville identifikation mellem selskaber have medført, at der ikke skulle ske betaling til en arkitekt samt, at hovedaktionæren ikke ville være at idømme et ansvar. Man kan dog argumentere for, at en identifikation ville have været uhensigtsmæssig i andre tilfælde, specielt i forbindelse med sikring af finansieren.

Afslutningsvis var der også fordele forbundet med identifikation i dommen U.1994.621H, hvor identifikationen gjorde, at et selskab ikke skulle levere et parti varer tilbage til et konkursramt selskab.

Identifikation medfører altså ikke udelukkende ulemper og kan sagtens være noget man som koncern forsøger at opnå. Det må desuden også formodes, at der kan ligge en vis omkostningsbesparelse i at have fælles regnskab og bogholderi, samt fælles ledelse og personale. Forsøger man at opnå identifikation alene for at skabe sikkerhed for et eventuelt datterselskab, må almindelig kaution eller støtteerklæringer være at foretrække, idet man ikke herved risikerer at komme til at hæfte uhensigtsmæssigt.

11. Forskel mellem aktionær/anpartshaver – selskab og selskab-selskab

Der er i denne afhandling taget udgangspunkt i, at der også foreligger en koncern mellem aktionær eller anpartshaver og dennes selskab og ikke kun, som selskabsloven foreskriver, mellem et moder-datterselskab. Det er derfor relevant at undersøge, hvorvidt der gælder de samme betingelser for identifikation i forhold til begge konstellationer. Samme antagelse gælder desuden for søsterselskaber, der har samme moderselskab eller aktionær/anpartshaver.

Krüger Andersen nævner, at identifikation specielt er aktuelt når, der er tale om koncernforhold – hvorimod et erstatnings- eller ledelsesansvar er mest nærliggende at bruge i hovedaktionærselskaber.²³⁰ Da det må formodes, at Krüger Andersens koncerndefinition stemmer overens med SL §6, tolkes det omtalte koncernforhold her som værende af konstellationen selskab-selskab.

²³⁰ Se Krüger Andersen: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2010, s. 507.

Det er imidlertid ikke alle, der deler samme holdning. Werlauff argumenterer for, at der må være omtrent samme retsstilling, hvad enten der er tale om den ene eller den anden konstellation.²³¹ Denne argumentation kommer igennem prøvelser af domme i relation til minoritets- og kreditorbeskyttelse, hvor koncernsituationen bliver overvejet i både hovedaktionær/anpartshaver-selskab og selskab-selskab regi.²³² Dommene er imidlertid ikke efterprøvet i forbindelse med identifikation specifikt, men i forbindelse med hæftelsesgennembrud og erstatningsansvar. Hvorvidt denne sammenlignelighed også gør sig gældende i forbindelse med identifikation, må derfor efterprøves ud fra de domme og den viden, som er indsamlet i denne afhandling.

Først og fremmest tages der udgangspunkt i dommene U.1998.166Ø og U.1999.326Ø, hvor omstændighederne ligner hinanden meget. I begge domme blev henholdsvis en hovedaktionær og en anpartshaver idømt erstatningsansvar for deres selskaber, hvori de selv var direktører. Antages det i stedet, at der var tale om et moderselskab i form af et kapitalselskab, ville der stadigvæk være tale om at gøre et ansvar gældende. Dette kommer af at moderselskaber ville blive erstatningsansvarlig efter samme regler, såfremt moderselskabet havde varetaget erhvervet som direktører i datterselskabet, eller medvirket til den ansvarspådragende handling.²³³ Der er altså ikke ud fra disse domme noget der indikerer, at et ansvar oftere gøres gældende i hovedaktionær/anpartsselskaber, idet ansvaret her også ville tilgå moderselskabet. Det vil ligeledes være utænkeligt at tro, at der ville være grundlag for identifikation da ingen af de momenter, der kan føre til identifikation, har været til stede. Spørgsmålet er mere om datterselskabets ledelse frem for moderselskabet ville være ifaldet et erstatningsansvar. Dette ville i så fald afhænge af moderselskabets arrangement i datterselskabet.

Dommene U.1977.526H og U.1997.1642H er begge domme, hvor der er blevet statueret identifikation mellem to søsterselskaber. Begge selskaber i dommene havde samme aktionærer eller anpartshaver. Forstiller man sig i stedet, at aktionæren eller anpartshaveren udgjorde det ene selskab således at der var tale om en vertikal struktur og ikke

²³¹ Se Werlauff: *Selskabsmasken*, 1991, s. 297.

²³² *Ibid*, s. 278-296.

²³³ Se artikel i *UfR* - U.2017B.29

søsterselskaber, ville udfaldet givetvis være det samme. Dette kommer af, at formuerne i selskaberne har været sammenblandet i sådan en grad, at det har været umuligt at gennemskue, hvilke aktiver der har tilhørt de forskellige selskaber. Det synes imidlertid at være underordnet om det ene søsterselskab havde været et kapitalselskab eller en hovedaktionær/anpartshaver, når der tales om hæftelse. Denne påstand underbygges yderligere i dommen U.1997.1642H, hvor domstolene rent faktisk efterprøvede om anpartshaveren kunne identificeres med selskaberne. Der var dog i den henseende ikke grundlag for at pålægge anpartshaveren et ansvar og Højesteret fandt, at der heller ikke var formuesammenblanding mellem denne og selskaberne.²³⁴

Det må altså antages, at der i forbindelse med identifikation ikke skal differentieres mellem konstellationerne hovedaktionær/anpartshaver-selskaber og selskab-selskab. Lidt modsigende sig selv, giver Krüger Andersen da også Werlauff ret i, at det spiller en mindre rolle for løsningen af problemstillingen, når der er tale om identifikation.²³⁵

²³⁴ Se dommen U.1997.1642H

²³⁵ Se Krüger Andersen: *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 67.

12. Konklusion

Denne afhandling har taget sit udgangspunkt i det overordnede emne – Hæftelsesproblemer i koncerner med særlig fokus på identifikation. Med udgangspunkt i det overordnede emne har denne afhandling beskæftiget sig mere konkret med problemformuleringen: *”På hvilket grundlag og i hvilket omfang kan hæftelsesmæssig identifikation opstå i koncerner”*. Af denne grund har det været nødvendigt at isolere begrebet identifikation fra andre modifikationer til den begrænsede hæftelse, som blandt andet definerer et kapitalselskab. I den forbindelse må det konkluderes, at identifikation adskiller sig fra modifikationerne medvirken og illoyalitet. Det gør det på den måde, at disse to modifikationer til den begrænsede hæftelse ofte beror på en ledelsesmæssig handling med et erstatningsansvar til følge, som eksempelvis i dommene U.1998.166Ø og U.1999.326Ø. Der er imidlertid i denne afhandling blevet redegjort for, at det ikke er nødvendigt at statuere identifikation, såfremt der kan statueres et erstatningsansvar. Ligeledes må det konkluderes, at der ikke i lovgivningen er hjemmel til at statuere identifikation, modsat hjemlen til at statuere et ledelsesansvar i forbindelse med medvirken. Hjemlen skal derfor findes i den dommerskabte praksis, som er at udlede i de forskellige domme.

Identifikation bærer dog mange ligheder med en anden modifikation, nemlig hæftelsesgennembrud. De to modifikationer kan sammenlignes på mange punkter, idet de momenter som skal være til stede, ofte er ens. Forskellen er dog, at hæftelsesgennembrud er betinget af at momenterne formuesammenblanding, underkapitalisering og risikoforskydning alle skal være til stede for at lade et solvent moderselskab, eller en kapitalejer, hæfte for datterselskabets gæld eller udestående krav. Der tales i litteraturen om, at hæftelsesgennembrud er en konsekvens af identifikation, men identifikation kan imidlertid række videre og behøver ikke nødvendigvis alle momenternes tilstedeværelse.

På baggrund af de analyserede domme i denne afhandling kan det konkluderes, at der i forbindelse med koncernselskabers insolvens og konkurs, ofte er blevet statueret identifikation. Dette hænger i høj grad sammen med, at der er formuesammenblanding mellem selskaberne. Dette indebærer både en blanding af aktiver samt hvis selskaberne har fælles regnskab og bogføring. Af den grund kan boet ikke gøres korrekt op, og kreditorer bliver

ikke ligeligt fyldestgjort. Det kan også være tilfælde, hvor der ikke kan redegøres for hvilke aktiver, der hører til hvilket selskab – hvorfor begge selskaber bliver behandlet som en enkelt enhed. Dette ses blandt andet i dommene U.1977.526H, 1997.1642H og 1968.766H.

Det kan ligeledes konkluderes, at retspraksis har været villig til at statuere identifikation i tilfælde, hvor moderselskabet, ofte i lyset af økonomiske problemer, har oprettet et datterselskab proforma. Der kan altså ske identifikation mellem koncernforbundne selskaber i de tilfælde, hvor datterselskabets drift ikke har nogen realitet eller driftsmæssigt formål. Ligeledes også hvis konstellationen udelukkende har til formål at omgå visse forpligtelser eller udelukkende tilgodeser visse kreditorer frem for andre. Dette var tilfældet i dommene U.1978.880H, U.1980.806V og 1968.766H.

Fælles for de fleste af dommene er, at tvisten som udgangspunkt ikke er af selskabsretslig karakter. Dommene bliver imidlertid selskabsretslige, når der skal tages stilling til, hvorvidt der kan statures identifikation eller ej. Det er ligeledes heller ikke kun i forbindelse med konkurs og insolvens, at spørgsmålet om identifikation er aktuelt. Det ses blandt andet i dommene U.1996.12/2 og U.1985.664V, hvor der i førstnævnte dom blev stueret identifikation i forbindelse med gentagne overtrædelser af lovgivningen med forskellige selskaber. Sidstnævnte dom afprøver identifikation i forbindelse med en licensaftale. Det er heller ikke udelukkende formuesammenblanding og proforma, der kan tale for identifikation. Det er ligeledes set i adskillige domme, at underkapitalisering og personsammenfald på ledelsesplan har været med i bedømmelsen. Dog må det konkluderes, at momenterne isoleret set ikke står nær så stærkt som henholdsvis proforma og formuesammenblanding. Dette kommer af, at underkapitalisering og personsammenfald i nogle henseender godt kan accepteres. Dog vil de sammen med andre momenter kunne være indicier på, at en identifikation er nært forestående. Overordnet set må identifikation siges at være anvendeligt i de tilfælde, hvor der ikke er nogen økonomisk eller driftsmæssig adskillelse mellem selskaberne, eller hvor det ene selskab eller hele koncernen forsøger at omgå visse forpligtelser. Selskaberne må derfor i en specifik retslig sammenhæng, anses som værende en enkelt enhed.

Det er imidlertid ikke kun dansk retspraksis, der er bekendt med identifikation. I EU's konkurrenceret har man også været villig til at lade selskaber identificere. Det er her typisk i

forbindelse med karteldannelse, hvor et moderselskab kommer til at hæfte solidarisk med datterselskabet for overtrædelse af loven, at identifikationen opstår. Der er dog ikke hjemmel i dansk ret til, at lade selskaber identificere på baggrund af konkurrenceretten. Det der er interessant at tage med fra EU-retten, er begrebet økonomisk enhed. Det må konkluderes, at det også i dansk retspraksis er et kendt begreb. I sagerne omkring den EU stridige ambi afgift, blev der statueret identifikation på baggrund af den økonomiske enhed. Spørgsmålet i disse sager var, om der kunne ske modregning mellem selskaberne. Forskellen fra denne type identifikation, og den som er omtalt ovenfor, er, at det er de økonomiske realiteter og ikke den juridiske opdeling der er gældende. I dommene TfS 2001,233H og TfS 1998,153Ø var der altså hverken formuesammenblanding eller proforma tilstede. Det der udløste identifikationen var det samvirke, som selskaberne havde. Der var udøvet fælles virksomhed i en sådan grad, at det ene selskab ikke kunne undvære det andet, hvorfor hæftelsen opstod. Der kan altså statueres identifikation med modregning som konsekvens, hvis driften i to selskaber er integreret i en sådan grad, at der opstår en automatisk hæftelse.

Afslutningsvis er det blevet undersøgt, om der gælder de samme betingelser for identifikation for de forskellige typer af konstellationer, henholdsvis hovedaktionær/anpartshaver-selskab og selskab-selskab, hvilket det må konkluderes, at der er.

13. Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Paul Krüger: Aktie- og Anpartsselskabsret. 11. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.
- Andersen, Paul Krüger: Aktie- og Anpartsselskabsret. 13. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Andersen, Paul Krüger: Studier i dansk koncernret. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.
- Blume, Peter: Juridisk Metodelære. 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Eyben, Bo Von og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret. 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007.
- Gomard, Bernhard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber. 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.
- Gomard, Bernhard: Selskabsretten. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- Hansen, Søren Friis og Jens Valdemar Krenchel: Dansk Selskabsret 1. 3. udg. Thomson Reuters, 2010.
- Kruse, Anders Vinding: Erstatningsretten. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990.
- Nicolaisen, Nis: Introduktion til juridisk metode. 1. udg. S B Forlag, 2008.
- Søgaard, Gitte og Erik Werlauff: Koncernretten. 1. udg. Werlauff Publishing, 2015.
- Sørensen, Karsten Engsig: Selskabsstrukturer. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015
- Werlauff, Erik: Selskabsmasken. 1. udg. Gads Forlag, 1991.
- Werlauff, Erik: Selskabsret. 8. udg. Thomson Reuters, 2010.
- Werlauff, Erik: Selskabsret. 10. udg. Karnov Group, 2016.
- Ørgaard, Anders: Konkursret. 10. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Artikler

Nordisk Tidsskrift for Selskabsret

- Sørensen, Karsten Engsig: NTS 2015:1 *"EU-Domstolen og koncerner"*

Revision og Regnskabsvæsen

- Gellert, Jakob og Thomas Klausen: RR.2011.04.0064 *"Hæftelsesgennembrud i et konkurrenceretligt perspektiv"*
- Werlauff, Erik: RR.1990.12.0018 *"Rekonstruktion"*
- Werlauff, Erik: RR.2008.12.0060 *"Forureneren bag forureneren skadevolderen bag skadevolderen"*

Tidsskrift for Skatter og Afgifter

- Werlauff, Erik: TfS 1997,882 *"Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld"*
- Werlauff, Erik: TfS 1998,178 *"Koncern-enhed og ambi-krav"*

Ugeskrift for Retsvæsen

- Clausen, Nis Jul: U.1987B.82 *"Identifikation ved finansiering via selskabsopsplitning"*
- Dahl, Børge og Jørgen Nørgaard: U.2000B.399 *"Kommentarer til Højesterets dom af 13. oktober 1997"*
- Kiilerich-Hansen, Klaus: U.1982B.425 *"Finansiering og sikkerhedsstillelse gennem koncerndannelse"*
- Madsen, Henrik Gam og Lars Hedegaard Kristensen: U.2017B.129 *"Forskellen mellem selskabsretlige pligter og obligationsretlige misligholdelsesbeføjelser"*
- Munch, Mogens: U.1983B.149 *"Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis"*
- Pedersen, Hans Viggo Godsk: U.1985B.352 *"Civilretlig identifikation i relation til kreditorer"*
- Sørensen, Karsten Engsig: U.2017B.29 *"Nybrud i koncernretten"*
- Werlauff, Erik: U.2012B.203 *"Medhæftende majoritetsejer"*

Hjemmesider

- www.eu.dk
 - <http://www.eu.dk/da/dokumenter/traktaten-euf/tredje-del/afsnit-vii/kapitel-1/afdeling-1/artikel-101> - EUF artikel 101
 - <http://www.eu.dk/da/dokumenter/traktaten-euf/tredje-del/afsnit-vii/kapitel-1/afdeling-1/artikel-102> - EUF artikel 102
- www.eur-lex.europa.eu
- www.iasplus.com
- www.retsinformation.dk
- www.skat.dk
 - <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?oid=92582&vid=0> – Ambi afgift

Domregister

- Tfs 1998, 153Ø
- Tfs 2001, 233H
- UfR U.1968.766H
- UfR U.1977.526H
- UfR U.1978.880H
- UfR U.1980.806V
- UfR U.1985.664V
- UfR U.1986.697V
- UfR U.1994.621H
- UfR U.1996.12/2
- UfR U.1997.179H
- UfR U.1997.1642H
- UfR U.1998.166Ø
- UfR U.1999.326Ø
- UfR U.2000.2267H
- C-73/95 P
- C-97/08 P
- C-179/12 P
- T-185/06