

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse.....	1
1. Forord	3
2 Indledning	4
3 Afgrænsning	6
4 Hæftelsesgennembrud som begreb	7
4.1 Identifikation.....	7
4.2 Hæftelsesgennembrud.....	9
4.3 Hjemmelovervejelser	11
4.4 Sammenfatning	14
4.5 Hæftelsesbegrænsning og majoritetsprincippet versus ubegrænset hæftelse og konsensusbeslutninger	15
4.6 Kontrolgruppen.....	17
4.7 Selskabsdeltageres loyalitetspligt	18
5 Retspraksis.....	20
5.1 Identifikation til skade for selskaberne afvistes i:	20
5.1.1 U1986.697V, J. P. Chokolade	20
5.1.2 U1997.178H.....	21
5.1.3 Dansk Eternitfabrik A/S	23
5.2 Identifikation til skade for selskaberne statueredes i:.....	23
5.2.1 U1977.526H.....	23
5.2.2 U1983.267S	24
5.2.3 U1968.766H Flying Enterprise A/S	24
5.2.4 U1978.880H Inka Print.....	24
5.2.5 U1980.806V Frigor	25
5.2.6 Midtynfestivaldommen U1997.1642H.....	25
5.2.7 U1998.166Ø Eneaktionær og direktør identificeres med selskab	28
5.2.8 U1999.326Ø Microsoftsagen.....	29
5.3 Identifikation til fordel for selskaberne afvistes i:.....	29
5.3.1 U1985.664V.....	29
5.4 Identifikation til fordel for selskaberne statueredes i:	30
5.4.1 U1994.621H Dagrofa	30
6. Analyse af dommene	31
6.1 Ikke selvstændig ledelse/ personsammenfald i ledelse.....	31
6.2 Underkapitalisering.....	33
6.2.1 Misforhold mellem egenkapital og virksomhedens omfang	35
6.2.2 Forholdet mellem egenkapital og fremmedkapital	36
6.2.3 Forholdet mellem egenkapital og risiko	37
6.2.4 Oprindelig og efterfølgende underkapitalisering.....	38
6.2.5 Underkapitalisering i forhold til de ovennævnte domme	39
6.3 Kapitaltilbageførsel til selskabsdeltagerne	39
6.4 Formuesammenblanding/ Ikke økonomisk adskillelse.....	41

Selskabsretligt hæftelsesgennembrud
Anne Sofie Møller Nielsen
Cand. Merc. Aud. 4. semester

6.4.1 Retspraksis i forhold til formuesammenblanding.....	42
6.5 Proforma opdeling/ Datterselskabet som >>instrument<<.....	43
6.5.1 Retspraksis i forhold til pro forma.....	45
6.6 Sammenfatning af retspraksis.....	46
7 Ægte/ uægte hæftelsesgennembrud	50
7.1 Historisk udvikling frem mod hæftelsesgennembrud.....	50
7.2 Forskellen på hæftelsesgennembrud og erstatningsansvar	50
7.2.1 Grov uagtsomhed.....	53
7.2.2 Fortsæt	54
7.2.2.1 Direkte fortsæt	54
7.2.2.2 Sandsynlighedsfortsæt	54
7.2.2.3 Eventualitetsfortsæt	55
7.2.3 Objektivt ansvar.....	55
7.3 Diskussion af erstatning og objektivt ansvar	56
8. Kreditorer.....	57
8.1 Hensyn til kreditorerne	57
8.2 Retsøkonomisk teori	58
8.2.1 Frivillige og ufrivillige kreditorer.....	59
8.3 Hæftelsesgennembrud er mere relevant for koncerner end for enkeltstående selskaber	62
9 Fremtiden for hæftelsesgennembrud	65
9.1 Friis Hansens bud på kodifikation af selskabsretten.....	65
9.2 God skik regler	67
9.3 Skal datterselskabet hjælpes i vanskelige situationer?	69
10 Tysk ret Haftungsdurchgriff	73
10.1 Tysk aktiekoncernret	74
10.2 Tysk GmbH-koncernret	75
10.3 U1997.179H afgjort efter tysk ret.....	75
10.4 Delkonklusion.....	78
11 Økonomiske konsekvenser ved kodificering af dansk koncernret	80
11.1 Koncerner	80
11.2 Samfundet.....	82
11.3 Sammenfatning	84
12 Opsamlende afsnit	85
13 Konklusion.....	88
14 Summary.....	90
15 Litteraturliste.....	92
15.1 Artikler.....	93
16. Domsfortegnelse	95

1. Forord

Denne kandidatafhandling er udarbejdet som led i revisorkandidatuddannelsens 4. semester på Aalborg Universitet. Afhandlingen omhandler hæftelsesgennembrud i selskabsretlig henseende.

Jeg vil gerne rette en særlig tak til min vejleder Gitte Søgaard, som under afhandlingens tilblivelse har stået til disposition for spørgsmål, gode råd og konstruktiv kritik.

Endvidere vil jeg gerne takke professor Erik Werlauff for at give sig tid til at afholde et interview om hæftelsesgennembrud, og dermed bidrage til denne afhandling med uddybende svar og forklaringer til egne såvel som andres teorier på området.

Aalborg, 1. maj 2006

Anne Sofie Møller Nielsen

2 Indledning

Interessen i at få afklaret, hvorvidt der i dansk ret er mulighed for at statuere hæftelsesgennembrud, har i løbet af de sidste årtier været støt stigende. Dette skyldes ikke mindst en øget erkendelse af, at princippet om aktionærernes begrænsede hæftelse i ASL og APSL § 1, stk. 2 blev vedtaget på et tidspunkt, hvor den erhvervsmæssige struktur var væsentlig anderledes end i dag. Den oprindelige forestilling var, at et firma der anvender kapital-selskabsformen, driver sit selskab indenfor rammerne af et enkelt selskab, der opererer som en selvstændig økonomisk og organisatorisk enhed. Denne forestilling må i lyset af en stigende anvendelse af koncernkonstruktionen modificeres. Udviklingen er gået i retning af, at flere og flere virksomheder er blevet organiseret inden for en flerhed af indbyrdes forbundne aktieselskaber i koncerner. Med de erhvervsstrukturelle realiteter in mente er det interessant at se nærmere på håndhævelsen af princippet om aktionærernes begrænsede hæftelse.

Jeg forsøger i denne afhandling at give en definition af begrebet hæftelsesgennembrud, som der på tværs af juridisk litteratur er uenighed forbundet med. Endvidere redegøres for, hvilken rolle begrebet spiller i retspraksis, og hvad den teoretiske baggrund for hæftelsesgennembruddet er. Hovedvægten i projektet vil være lagt på materiel selskabsret, hvor hæftelsesgennembruddet især spiller en rolle for aktionærer som de eventuelt ansvarlige, og kreditorer som den gruppe, der har interesse i en statuering af hæftelse.

Hæftelsesgennembruddet som begreb blandes ofte sammen med eller sidestilles med erstatning. Jeg vil i denne afhandling også kigge nærmere på erstatning og redegøre for lighederne og forskellene mellem disse begreber. Idet ikke alle forfattere skelner, eller i hvert fald ikke skelner skarpt og konsekvent, vil erstatning også indgå som en del af opgaven.

Det diskuteres ofte hvorvidt der bør ske en kodificering af dansk selskabsret, her er forfattere og teoretikere uenige, og mens nogen anbefaler god- skik regler, mener andre at erstatningsreglerne eller eventuelt en udbyggelse deraf, fortsat bør udgøre den lovmæssige basis, når man taler om kreditorer, der søger godtgørelse af deres udestående.

I debatten om hæftelsesgennembrud herhjemme har udenlandsk ret også spillet en rolle. I landene, der omgiver os, er der forskellige holdninger til hæftelsesgennembrud, og idet en diskussion især drejer sig om, hvorvidt der bør ske en kodificering af selskabsretten, er det interessant at se på udlandets erfaringer efter mulige løsninger. Tyskland er det eneste land i Europa foruden Portugal, som har valgt at kodificere deres selskabsret. Det har specielt drejet sig om koncernretten ud fra en overvejelse om, at det er i koncernforhold, at koncernfremmede interessenter har de dårligste vilkår for fyldestgørelse.

3 Afgrænsning

Jeg vil i denne kandidatafhandling belyse begrebet hæftelsesgennembrud. Udgangspunktet vil være en definition af hæftelsesgennembrud set i forhold til begreber, som er beslægtede hermed, og endvidere en klarlægning af på hvilken baggrund der er hjemmel til at idømme gennembrudshæftelse. Gennem en diskussion af domme, der omhandler identifikation og hæftelsesgennembrud, vil retspraksis på området blive analyseret. Fokus vil ligge på at belyse de forskellige tilgange til hæftelsesgennembrud, hvilket betyder, at jeg vil se nærmere på erstatning og dette begrebs sammenhæng med hæftelsesgennembrud og identifikation.

Jeg vil i denne afhandling koncentrere mig om selskabsretlige forhold og ikke bevæge mig ind på det skatteretlige område. Der er i forhold til opgavens dybde og fokusering taget det valg, at behandlingen af minoritetsaktionærer i forhold til moderdatterselskabsforhold og i forhold til hovedaktionær/selskab ikke er at finde. Det primære fokusområde i projektet er kreditorerne, som er den centrale gruppe, der har interesse i et hæftelsesgennembrud. Jeg vil se nærmere på typer af kreditorer, men også diskutere deres rolle i forhold til retsøkonomisk teori.

Hovedvægten ligger i projektet på danske forhold, og den danske domspraksis på området. Hæftelsesgennembrudsteoriene er i høj grad blevet inspireret fra udlandet, og set i dette lys er den udenlandske vinkel interessant både i forhold til afsmitning på den danske retsteori, men også set i forhold til hæftelsesgennembrudsudviklingen fremover. For at sætte den danske praksis og lovgivning på området i relief har jeg valgt Tyskland ud til sammenligning. Dette udgangspunkt er valgt, idet der i Tyskland er en udvidet beskyttelse af kreditorer i forhold til kontrahering med koncerner. Dette skyldes, at Tyskland har kodificeret deres koncernret. Endvidere er Tyskland interessant, idet det er et land som på mange måder er sammenligneligt med Danmark i forhold til retstradition og retshistorie.

4 Hæftelsesgennembrud som begreb

4.1 Identifikation

Der er mange forskellige bud på, hvad der ligger bag termene identifikation, ansvarsgennembrud og hæftelsesgennembrud. Det er mit udgangspunkt i denne afhandling, at mens identifikation dækker over et noget videre begreb og bruges i mange sammenhænge, så dækker ansvarsgennembrud og hæftelsesgennembrud samme begreb, som ifølge de fleste forfattere på området dækker en lille niche indenfor den store ramme identifikation.

”Hæftelsesgennembrud er en på identifikationsretlige grundsætninger baseret hæftelse for hele den fordring, som også selskabet hæfter for. Hæftelsesgennembrud er ikke baseret på erstatning, og man bliver ikke bare stillet til ansvar for at erstatte et tab. Rammes man af hæftelsesgennembrud stilles man som om selskabets retssubjektivitet er borte, og at man i stedet kontrollerer et konsensusdomineret personselskab med ubegrænset hæftelse. Identifikation indebærer således, at man som selskabsdeltager stilles, som om man var selskabet. Krav der før kun kunne rettes mod selskabet kan nu rettes mod selskabsdeltagerne bag.”¹

Godsk Pedersen definerer identifikation som det at “betragte to formelt selvstændige retssubjekter som ét”, ansvarsgennembrud betegnes endvidere som en undergruppe af identifikationstilfælde ved siden af begunstigelsesordninger og mangel på teknisk adskillelse.²

Jul Clausen opstiller identifikation som modstykke til opretholdelse af en foretagen selskabsopdeling.³

“Hæftelsesgennembrud: den hæftelse for et selskabs gæld, der opstår ved, at selskabsejeren identificeres med selskabet.”⁴

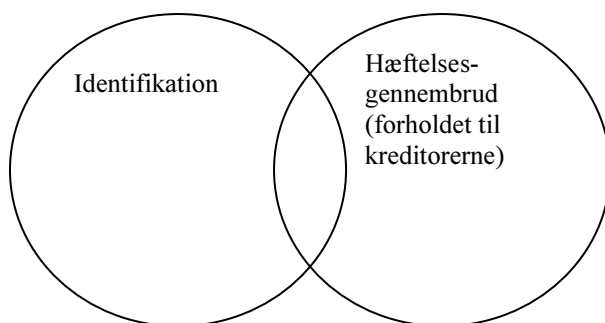
¹ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 58 og 59.

² Pedersen, H. V. Godsk. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer U85B.352, side

³ U87B.82

⁴ Eyben Bo von og Eyben W. E von, Juridisk ordbog, side 130

Identifikationsterminologien dækker ifølge Krüger Andersen over en videre synsvinkel, hvor der er en vis overlappning med problemerne vedrørende hæftelsesgennembrud. Det beskrives i billedsprog ud fra nedenstående figur, hvor hæftelsesgennembrud beskrives som en delmængde af identifikationstilfældene, men også som et større begreb, som rækker ude over dette.⁵



Krüger Andersen definerer identifikationssynspunktet som i og for sig selvstændige retssubjekter i en eller flere (alle) sammenhænge behandles som en enhed. Identifikation kendes fra mange andre områder end selskabsretten, for eksempel fra skatteretten, erstatningsretten, konkursretten og ikke mindst arbejdsretten. En af konsekvenserne af retlig identifikation indenfor det selskabsretlige område er hæftelsesgennembrud, men identifikationssynspunktet kan række videre.⁶

Disse definitioner er meget beskrivende, med henblik på at få et overblik over hvad identifikation selskabsretligt dækker over, nemlig at to selskaber eller en person og et selskab dømmes til at hæfte for hinandens gæld og forpligtelser, enten med hensyn til et enkelt område som for eksempel en enkelt kreditor eller generelt, hvorefter det gælder alle forpligtelser.

Som Godsk Pedersen ovenfor beskriver, er ansvars-gennembrud, eller som jeg vælger at betegne det i denne opgave hæftelsesgennembrud, en undergruppe af identifikationstilfældene, nemlig den del, som ikke bygger på erstatningsretlige principper. Dette er der dog uenighed om blandt jurister og forfattere, hvilket jeg

⁵ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 635

⁶ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 635 og 636.

videre gør rede for i afsnittet nedenfor, hvor jeg også diskuterer hjemmelsovervejelserne i relation til hæftelsesgennembrud.

Der er helt klart, at identifikation som begreb rækker videre end hæftelsesgennembrud. Udgangspunktet i forbindelse med hæftelsesgennembrud må dog være, at der statueres eller i hvert fald indikeres identifikation mellem retssubjekterne. Dermed vil jeg i denne afhandling ikke gøre brug af Krüger Andersens beskrivelse af hæftelsesgennembrud, som et begreb der rækker ud over identifikation. Jeg definerer på linie med de fleste andre ovenfor refererede jurister hæftelsesgennembrud som en delmængde af identifikation og kun en delmængde.

4.2 Hæftelsesgennembrud

Der er ikke fuld enighed blandt forfattere, som har beskæftiget sig med dette område af selskabsretten. Werlauff sonderer mellem ægte og uægte hæftelsesgennembrud. Det **ægte hæftelsesgennembrud** skyldes selskabsdeltagernes forvaltning af selskabet og er ikke afhængigt af påvisning af culpa. Det **uægte hæftelsesgennembrud** hviler på påvisning af culpa og er med andre ord et erstatningsansvar. Det uægte hæftelsesgennembrud kan endvidere være udløst af et løfte overfor en medkontrahent, altså en aftaleretlig vurdering af et løftes indhold.⁷ Endvidere er der sager, der drejer sig om, at selskaber ikke klart over for kreditgivere og øvrige medkontrahenter angiver, hvorvidt det er selskab eller en person eller eventuelt hvilket selskab, der samhandles med. Denne gruppe af domme kan betegnes som uklarhed om medkontrahent, og hører også under uægte hæftelsesgennembrud. Både det ægte og uægte hæftelsesgennembrud er rettet mod aktionærer. Endvidere kan hæftelsesgennembruddet være rettet mod et søsterselskab, hvis begge selskaber er domineret af en fælles aktionær. Det ene selskab skal have kontrol med det andet, eller det andet selskab skal have kontrol med det ene, eller de bliver begge kontrolleret af noget tredje.

Schwarz- Hansen beskriver betingelserne for hæftelsesgennembrud på en lidt anden måde end Werlauff, og udfra et andet begrebsapparat. Forudsætningen herfor er ifølge Schwarz- Hansen opfyldelsen af en uselvstændighedsbetingelse og en

⁷ Werlauff Erik, Selskabsretligt ansvars-gennembrud U.1986B.393, side 2.

illoyalitätsbetingelse. Endvidere beskrives hæftelsesgennembruddet, som kun aktuelt indenfor koncernforhold.⁸ Et datterselskab skal således i relation til dets moderselskab fremstå som uselvstændig i ledelsesmæssig og/eller økonomisk henseende. Datterselskabets uselvstændighed i forhold til moderselskabet skal endvidere have bevirket en sådan forrykkelse af den med ASL § 1, stk. 2 tilsigtede økonomiske risikofordeling⁹ mellem datterselskabets aktionærer og kreditorer, at moderselskabet må anses for på illoyal vis at have draget fordel af det selskabsretlige udgangspunkt om aktionærernes begrænsede hæftelse og dermed forringet kreditorernes adgang til at få indfriet deres tilgodehavender.¹⁰

Ud over selvstændigheds- og illoyalitätsbetingelsen skal yderligere tre betingelser være opfyldt ifølge Schwarz- Hansen:¹¹

- Datterselskabet skal være insolvent
- Datterselskabets kreditorers tab skal være en kausal følge af moderselskabets illoyale styring af datterselskabet
- Datterselskabets kreditorer må ikke inden aftaleindgåelsen have haft mulighed for at vurdere og træffe de fornødne foranstaltninger til at imødegå de økonomiske risici, der måtte være forbundet med datterselskabets uselvstændighed, som følge af moderselskabets strenge koncernledelse.

Selvom Schwarz- Hansen kun beskæftiger sig med hæftelsesgennembrud inden for koncerner, og dermed har en smallere definition som udgangspunkt, er de to beskrivelser af, hvornår der er basis for et hæftelsesgennembrud sammenlignelige. Både Werlauff og Schwarz- Hansen taler om illoyalitet mellem moder/aktionær- og datterselskab som en faktor, og endvidere nævner de begge begreberne økonomisk og/eller ledelsesmæssig uselvstændighed som en yderligere faktor. Werlauff mener, at hæftelsesgennembrud kan foreligge, når bare den ene af faktorerne er opfyldt. Endvidere taler begge om insolvens, idet jeg antager at underkapitalisering og

⁸ Schwarz- Hansen omtaler i sin definition af hæftelsesgennembrud kun gennembrydelse mellem moder og datterselskab, men da han betegner Midtfynsfestivaldommen som et hæftelsesgennembrud må han også erklære sig enig i Werlauffs noget bredere definition, som omfatter gennembrud mellem søsterselskaber, hvor de begge domineres af en fælles aktionær eller selskab.

⁹ Det er Schwarz- Hansens opfattelse at lovgiver med ASL § 1, stk. 2 ønskede at fordele risikoen for tab som følge af et kapitalsselskabs insolvens mellem selskabets aktionærer og kreditorer.

¹⁰ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 436

¹¹ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 437

konsekvent overførsel af datters overskud vil have denne virkning. Werlauff taler om at bruge datter til at omgå forpligtelser, som der ellers ville påhvile moderselskabet. Dette tolker jeg på lige fod med, at man bruger datterselskabet som instrument, altså en form for udlicitering af alle de forpligtelser, som man ikke vil tage risikoen af at have til at ligge i moderselskabet.

Schwarz- Hansen lægger sin hovedvægt på kreditorerne og bygger sit syn på hæftelsesgennembrud op omkring retspraksis og antager en meget anvendelsesorienteret synsvinkel. Werlauff derimod er gået teoretisk til værks og konstrueret sine teorier for årtier siden. Dermed var han den første inden for dansk ret, som grundigt gjorde rede for hæftelsesgennembrud og dermed startede diskussionen. Dette udgangspunkt betyder, at Werlauff har behandlet hæftelsesgennembrud i forhold til både minoritetsaktionærer og kreditorer. Schwarz- Hansen derimod koncentrerer sig om kreditorer, hvilket også er mit udgangspunkt i denne afhandling. Schwarz- Hansen giver også udtryk for, at kreditorernes tab skal være en kausal følge af moderselskabets illoyale styring. Dette må være en klar forudsætning for, at en kreditor kan påberåbe sig hæftelse overfor en koncern eller et enkeltstående selskab. Endvidere antager Schwarz- Hansen at kreditoren ikke inden aftaleindgåelsen må have haft mulighed for at vurdere og træffe de fornødne foranstaltninger til at imødegå de økonomiske risici som kan være en følge af moderselskabets strenge ledelse. Det vil altså sige, at Schwarz- Hansen ikke mener, at aftalekreditorer har mulighed for at søge sig fyldestgjort via hæftelsesgennembrud. Forskellen på kreditorer vil senere blive gennemgået i afhandlingen, men Werlauff medgiver, at det er meget mere vanskeligt for aftalekreditorer at søge sig fyldestgjort gennem hæftelsesgennembrud end for tvangskreditorer.

4.3 Hjemmelovervejelser

Det helt klare udgangspunkt for aktionærer og anpartshavere er, at de ikke hæfter for mere end deres aktiers værdi. Dette følger af ASL og APSL § 1, stk. 2. Når dette er konstateret, er der en række situationer, hvor dette fraviges, idet der selvfølgelig er en række straffemuligheder, hvis man misbruger den begrænsede hæftelse.

Der er ifølge ASL § 142 mulighed for at gøre aktionærer erstatningsansvarlige hvis de forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, tredjemand eller andre aktionærer

skade ved overtrædelse af aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter. Samme paragraf gælder for anpartsselskaber analogt. ASL § 142 er dog afhængig af påvisning af culpa, og kan derfor ikke kaldes en hjemmel for påvisning af ægte hæftelsesgennembrud, men snarere det uægte.¹² Hvis en aktionær tillige er direktør og/eller bestyrelsesmedlem, er erstatningsreglen i ASL § 142, 1 pkt. uaktuel, idet aktionæren i så fald ansvarsmæssigt bedømmes i sin egenskab af ledelsesmedlem, jf. ASL § 140.¹³

Werlauffs egen begrebsdefinition er dog heller ikke altid klar, idet han i sine kommentarer til ASL § 142¹⁴ i overskriften tilføjer ordet hæftelsesgennembrud i parentes, hvilket kan lede læseren til at forstå lovtæksten som om, at det man som aktionær idømmes ifølge ASL § 142 er et hæftelsesgennembrud. Selvom >>Werlauffs kommenterede aktieselskabslov<< er en nyere udgivelse end den føromtalte artikel >>Selskabsretligt ansvarsgennembrud<< lægger jeg mig op ad artiklens argumentation i mit videre arbejde med begrebet hæftelsesgennembrud, idet Werlauff også i sin doktordisputats >>Selskabsmasken<< understreger at hæftelsesgennembrud ikke er et på erstatningsretlige grundsætninger baseret hæftelse for et tab. Der er derimod en på identifikationsretlige grundsætninger baseret hæftelse for hele den fordring, som også selskabet hæfter for.¹⁵

Werlauff beskriver hjemlen til at statuere hæftelsesgennembrud som et normativt retsbegreb, der behøver udfyldning i lighed med de generalklausuler, der regulerer den materielle minoritetsbeskyttelse (ASL §§ 63 og 80). Det er dog ikke kommet dertil endnu i den danske lovgivning. Det vil med andre ord sige, at der ikke er nogen regler i aktie og anpartsselskabsloven, som regulerer det ægte hæftelsesgennembrud. Werlauff påpeger nogle momenter, som han mener, kan pege i retning af et hæftelsesgennembrud:

- Selskabsdrift under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til kreditorerne
- Direkte varetagelse af egen- på bekostning af selskabsinteressen (det selskabsretlige magtfordrejningsbegreb)

¹² Udover aktionærernes ansvar er der ifølge ASL § 140 mulighed for at holde stiftere, bestyrelsesmedlemmer og direktører ansvarlige for skade tilføjet selskabet. I forhold til anpartsselskabsloven gælder aktieselskabsloven analogt. Der er tale om et erstatningsansvar, som er afhængigt af påvisning af culpa hos de ansvarlige, og endvidere ikke kun møttet på aktionærer.

¹³ Munck, Noe og Kristensen, Lars Hedegaard, Selskabsformerne- lærebog i selskabsret, side 234

¹⁴ Werlauff Erik, Werlauff's kommenterede aktieselskabslov, side 571

¹⁵ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 58.

- Misbrug af det begrænsede ansvar

Disse skal ses ud fra en samlet bedømmelse af faktorer som underkapitalisering, tilbageførsel af selskabsmidler, overcentralisering med videre.¹⁶

Gomard mener, at hjemlen til hæftelsesgennembrud skal findes i ASL § 142 og derudover i sammenblanding af privat formue og selskabsformue eller i en reel økonomisk identitet mellem aktionær og selskab.¹⁷ Det vil sige, at Gomard ikke som Werlauff skelner mellem ægte og uægte hæftelsesgennembrud, men derimod ser hæftelsesgennembrud som den situation, at man som aktionær kommer til at hæfte for selskabet, lige meget om identifikationshæftelsen hviler på erstatningsretlige grundsætninger. Endvidere stiller Gomard sig generelt kritisk overfor rimeligheden af, at der statueres hæftelsesgennembrud, i hvert fald så vidtgående omfang som blandt andet Werlauff, idet han ligger vægt på vigtigheden af klarhed i retstilstanden.¹⁸

“Et begrænset ansvar har kun mening, hvis det fastholdes, når der er udsigt til, at begrænsningen kan blive aktuel!”

Schans Christensen mener heller ikke, at Werlauff har ret i sin opfattelse af, at der eksisterer en ulovhjemlet adgang for domstolene til at tilsidesætte den begrænsede hæftelse. Dog tilføjer han, at der uden for de almindelige erstatningsregler efter omstændighederne vil kunne påhvile aktionærer og anpartshavere et ansvar eller en hæftelse. Schans Christensen mener, at dispositioner som har karakter af misbrug af selskabskonstruktionen eller omgåelse af lovgivningen, vil kunne tilsidesættes eller føre til, at selskabsdeltageren må tåle at blive identificeret med selskabet og dermed blive ansvarlig eller hæfte for dets forpligtelser.¹⁹

Munck og Hedegaard Kristensen har den opfattelse, at det ikke er interessant at diskutere hæftelsesgennembrud så længe det er muligt at pålægge erstatningsansvar.²⁰ I dette standpunkt tager de udgangspunkt i deres uenighed med Werlauff omkring udmåling af beløbstørrelsen af en kreditortvist ved søgsmål kørende på henholdsvis erstatning og gennembrudshæftelse. Denne kritik af Werlauffs skelnen mellem

¹⁶ Werlauff Erik, Selskabsretligt ansvars-gennembrud U.1986B.393, side 5

¹⁷ Gomard Bernhard, aktieselskaber og anpartselskaber, side 443

¹⁸ Gomard, Bernhard. Aktieselskaber og anpartselskaber, side 83

¹⁹ Christensen Jan Schans, Kapitalselskaber aktie- og anpartsselskabsret, side 130

²⁰ Munck Noe og Kristensen Lars Hedegaard, Selskabsformerne- lærebog i selskabsret, side 235

beløbsstørrelserne ved henholdsvis statuering af erstatning og hæftelsesgennembrud tiltrædes endvidere af Dahl og Nørgaard i U.1992B.68, hvor der fremhæves, at der i nogle sager kan være forskel i beløbsudmålingen. At kategorisere i negativ og positiv kontraktsinteresse som stående overfor hinanden kan ifølge disse ikke retfærdiggøres, og kan heller ikke bakkes op af retspraksis.²¹

Munck og Hedegaard Kristensen beskriver endvidere, at hæftelsesgennembrud kan statures ved sammenblanding af formueforhold, atypiske forretningsgange/transaktioner og/ eller underkapitalisering. Igen ses en række faktorer som ifølge forfatterne i form af retspraksis på området kan udløse hæftelsesgennembrud, og ligesom Werlauff lader det også til, at der skelnes mellem på den ene side hæftelsesgennembrud, hvor aktionærene hæfter objektivt som følge af deres forvaltning af selskabet, og på den anden side erstatningsansvar eksempelvis ASL § 142, hvor aktionærene hæfter, hvis de opfylder de erstatningsretlige krav.

4.4 Sammenfatning

Det fremgår tydeligt af ovennævnte opfattelser, at begreberne erstatning og hæftelsesgennembrud ikke altid skelnes fra hinanden, og endvidere at der er uenighed om, hvorvidt der overhovedet er et begreb der hedder hæftelsesgennembrud. Jeg vil i relation til ovenførte diskussion lægge mig tæt op ad Werlauffs argumentation, idet han om end ikke altid lige klart skelner mellem, hvad han kalder ægte og uægte hæftelsesgennembrud. Disse begreber virker som Werlauff har villet skelne meget skarpt mellem de to kategorier, og dette er ikke genkendeligt hos mange andre forfattere og jurister, som har beskæftiget sig med emnet. Det er vanskeligt at skelne mellem erstatning og hæftelse på objektivt grundlag som Werlauff anbefaler. Dette skyldes, at der i domme og litteratur ikke skelnes konsekvent og argumentationerne blandes sammen. De to kategorier ægte og uægte hæftelsesgennembrud giver dog et godt overblik over begreberne, så de ikke flyder sammen.

Et ægte hæftelsesgennembrud må antages at forudsætte, at selskabet i relation til moderselskabet eller hovedaktionæren fremstår uselvstændigt i ledelsesmæssig og/eller økonomisk sammenhæng. Det forudsættes endvidere, at selskabets uselvstændighed har den følge at moderselskabet/ hovedaktionæren på illoyal vis har

²¹ Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen. U.1992B.68 Anmeldelse, side 2

draget fordel af den begrænsede hæftelse. Dette med kreditorernes forringede muligheder for fyldestgørelse til følge. At hæftelsesgennembrud ikke er afhængigt af påvisning af culpa, og at det relaterer sig til aktionærernes forvaltning af selskabet, er de forudsætninger, jeg vil arbejde videre med i dette projekt. Jeg vil dog også se på uægte hæftelsesgennembrud i forhold til retspraksis, og dermed synliggøre forskellen mellem disse. Det fremgår tydeligt, at hæftelsesgennembrud afhænger af en række momenter, som alene eller tilsammen kan udløse den objektive hæftelse. Hvilke faktorer der er interessante i forbindelse med hæftelsesgennembrud, vil jeg diskutere under afsnittet retspraksis, hvor disse vil blive holdt op mod den danske retspraksis på området.

Selvom Werlauffs begrebsinddeling virker både relevant og logisk vil det være udtryk for ensidighed i denne opgave kun at beskrive hæftelsesgennembrud ud fra denne synsvinkel. Dette mener jeg dog ikke, afskærer mig fra at tage udgangspunkt i Werlauffs begrebsinddeling ved opbygningen af projektet, idet ægte kontra uægte giver et godt udgangspunkt for en god og overskuelig diskussion om hæftelsesgennembrud.

Jeg vil i de følgende afsnit gøre rede for teorien, som danner rammen for diskussionen om hæftelsesgennembrud.

4.5 Hæftelsesbegrænsning og majoritetsprincippet versus ubegrænset hæftelse og konsensusbeslutninger

I kapitalsselskaber træffes de organisatoriske beslutninger ud fra et simpelt stemmeflertal jf. ASL § 77, hvis ikke der er bestemt andet i vedtægterne eller i aktieselskabsloven såsom det særlige majoritetsflertal til at ændre vedtægterne jf. ASL § 78. Endvidere findes der i ASL § 79 visse konsensuskrav for beslutninger, der er særligt indgribende i forhold til selskabsdeltagerne. Majoritetsprincippet er deklaratisk, for som det fremgår ovenfor, kan vedtægterne fastsætte større krav for vedtagelsen af beslutninger i kapitalsselskaber såsom enstemmighed og så videre. Det er dog hovedreglen, at beslutninger træffes ud fra majoritetsprincippet.

Der er en nær sammenhæng mellem kapitalsselskabernes hæftelsesbegrænsning og majoritetsprincippet. Personsselskaber derimod har ikke som kapitalsselskaber en

juridisk personlighed, og der er for disse ubegrænset solidarisk hæftelse, beslutninger træffes her som konsensusbeslutninger. Dette er en hovedregel hvor der blandt andet gælder de undtagelser som ovenfor beskrevet med hensyn til eventuelle vedtægtsændringer. At konsensusbeslutninger er nødvendige i personselskaber synes logisk, idet man ellers kunne komme til at hæfte ubegrænset solidarisk for en beslutning, som man selv har modsat sig.²²

Denne principielle forskel på kapitalselskaber og personselskaber er vigtig for forståelsen af hæftelsesgennembruddets natur. Dermed synliggøres det, at hæftelsesgennembrud som begreb hører til blandt selskaber med begrænset hæftelse, og at der er brug for visse foranstaltninger til at straffe de selskabsdeltagere der foretager sig nogle urimelige handlinger overfor selskabet, minoritetsdeltagere eller kreditorer.

Werlauff sammenfatter to teser som det for virksomhedsdeltagere gælder om at overholde, hvis man ikke vil risikere et hæftelsesgennembrud.

1. Et selskabs majoritetsdeltagere må ikke begunstige sig selv eller deres nærtstående urimeligt på selskabets og minoritetens bekostning.
2. Ej heller må de indrette eller drive selskabet således, at den risiko, som de og andre selskabsdeltagere selv skulle have båret gennem et efter virksomhedens omfang tilstrækkeligt egenkapitaltilskud, forskydes fra dem selv til selskabets øvrige interessenter, hvortil særligt regnes dets kreditorer, men også virksomhedens arbejdere, andre medkontrahenter og i en vis udstrækning samfundet.²³

En så alvorlig hæftelse som der statueres i forbindelse med et hæftelsesgennembrud kan naturligvis ikke idømmes dem, der i et kapitalselskab modsætter sig den eller de givne beslutninger, som fører til hæftelsen. Dem der rammes af gennembrudshæftelse må være dem, for hvem et konsensusprincip i virkeligheden er gældende. Altså den eller de personer, der kontrollerer selskabet.²⁴

²² Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 53 til 55

²³ Werlauff Erik, God selskabsskik 1, side 5

²⁴ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 58

4.6 Kontrolgruppen

Werlauff definerer dem, som principielt kan idømmes hæftelsesgennembrud som kontrolgruppen. Med dette menes den gruppe, som reelt kontrollerer selskabet. Altså den eller de fysiske eller juridiske personer der bestemmer over selskabet. Definitionen betyder ikke, at kontrolgruppen kan forvente at mønstre en vedtægtsændringsmajoritet, eller at indflydelsen eksisterer på baggrund af en vedtægt eller aktionæraftale. Essensen er, at kontrolgruppen påviseligt retsligt eller faktisk med overvejende sandsynlighed kan bestemme, hvilke personer der skal udgøre flertallet af bestyrelsesmandaterne.²⁵

Krüger Andersen medgiver dette udgangspunkt og betegner de aktionærer der har kontrollerende indflydelse som såkaldte passive aktionærer, som hvad enten de er fysiske, eller der er tale om selskaber næppe kan tænkes at ifalde ansvar, idet man som minimum skal have medvirket aktivt til den ulovlige beslutning.²⁶

Ud af denne kontrolgruppe er det kun de der, hvis virksomheden eller væsentlige dele af denne ikke havde været ejet af selskabet, selv med overvejende sandsynlighed ville have ejet og drevet virksomheden.²⁷

Det vil sige, at kontrolgruppen er den eller de juridiske eller fysiske personer, som har en bestemmende indflydelse på selskabet. Ud af disse er det kun dem, som reelt har selskabsdriften som fuldstændigt surrogat for egen selskabsdrift, som kan rammes af gennembrudshæftelse. Werlauff beskriver kontrolgruppen som også omfattende den situation, at man som fysisk hovedaktionær eller anpartshaver kontrollerer to selskaber eller flere og dermed er denne person fysisk eller juridisk herskende over disse, dette har den konsekvens, at der disse kontrollerede selskaber imellem kan ske gennembrudshæftelse. Det vil sige, at det ikke kun er mellem hoved/ene- aktionær og selskab, der kan ske gennembrud af den begrænsede hæftelse, men også mellem af den samme person kontrollerede selskaber.

Hæftelsesgennembrud kan kun ifølge Werlauff statueres overfor kontrolgruppen hvis der foreligger nogle af nedenstående faktorer:

²⁵ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 64

²⁶ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 622

²⁷ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 67

1. Et betydeligt eller vedvarende misforhold mellem selskabets egenkapital og omfanget af de med selskabets virksomhed forbundne risici.
2. Konsekvent beherskelse af selskabets ledelsesforhold uden om dets generalforsamling og uden iagttagelse af den hermed forbundne publicitet
3. Konsekvent overførsel til selskabsdeltagere eller andre af de af selskabet indvundne overskud med den følge, at selskabets egen konsolidering umuliggøres
4. Anvendelse af selskabet til at omgå forpligtelser, der påhviler selskabsdeltagere, eller
5. Dispositioner i eller for selskabet, som ud fra en pligt til loyal varetagelse af selskabets interesse er materielt uberettigede og påviseligt synes at tilføre de disponerende selskabsdeltagere m.v. eller andre nogle ikke helt ubetydelige fordele.²⁸

Da illoyalitet spiller en stor rolle som betingelse for statuering af hæftelsesgennembrud, vil jeg nedenfor forklare begrebet yderligere.

4.7 Selskabsdeltageres loyalitetspligt

Der eksisterer en loyalitetspligt for alle deltagere i et selskab, som har muligheden for at påvirke selskabet i den ene eller anden retning. Denne loyalitetspligt påhviler:

- Organmedlemmerne, med dette menes medlemmer af bestyrelse, direktion, eventuelt repræsentantskab og revisor, altså mennesker som har ladet sig vælge, udnævne eller ansætte til hverv, som giver dem beføjelse til at handle i eller for selskabet til fremme af dettes interesse.
- Enhver selskabsdeltager i et kapitalsselskab med betydelige lighedstræk med personselskabet
- Kapitalsselskabets bestemmende selskabsdeltagere
- Kapitalsselskabets minoritetsdeltagere i forbindelse med udøvelsen af disses aktive beføjelser²⁹

²⁸ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 39

²⁹ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 23 - 26

Især organmedlemmer er forpligtede til at handle til fremme af selskabets interesser, de har med andre ord en loyalitetspligt overfor selskabet. Selv hvor organmedlemmernes personlige interesser kolliderer hermed, skal de handle loyalt mod selskabet. Handles der ikke i overensstemmelse med selskabsinteressen kan det medføre afskedigelse, erstatningsansvar, strafansvar med videre. Afskedigelse kunne for eksempel komme på tale, hvis et organmedlem må handle i strid med hovedaktionærens ønsker for at fremme det, som han mener, er selskabets interesse i en konkret sag.

Med hensyn til selskabsdeltagerne er disse også ansvarlige overfor selskabsinteressen. Ifølge ASL § 142, er aktionærer som forårsager forsætlige eller groft uagtsomt tabsforvoldende handlinger ved at overtræde aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter erstatningspligtige overfor selskabet, andre aktionærer eller tredjemand.

5 Retspraksis

Der er i Danmark et sparsomt grundlag at diskutere retspraksis i forhold til hæftelsesgennembrud udfra. Jeg vil i dette afsnit inddrage domme, hvor der statueres identifikation, og hvor dette afvises. Dette gøres, for at vise retspraksis indenfor identifikationsområdet, som jeg tidligere har beskrevet som forudsætningen for påvisning af hæftelsesgennembrud. På denne baggrund vil jeg inddrage domme, hvor der statueres identifikation, men hvor dommen ikke kan tages til indtægt for at påvise et hæftelsesgennembrud. Denne undersøgelse af retspraksis på området har til hensigt at afdække de sager, hvor hæftelsesgennembrud er nærliggende eller hvor denne tankegang definitivt afvises. Dette gøres, for at have et bredt perspektiv for den senere diskussion og for endvidere at give et indblik i hvorledes den danske identifikationsdomspraksis passer sammen med de forskellige holdninger og teorier på området. Afsnittet er opbygget således, at der først vil være en kortere reference af de relevante domme, hvor vægten lægges på at fremhæve de faktorer, der er relevante i en diskussion om hæftelsesgennembrud. Følgende vil en analysering af dommene være at finde, hvor de forskellige faktorer tjener til opdeling af diskussionen. Under disse afsnit, vil jeg gøre rede for de forskellige forfattere og juristers mening, og diskutere synspunkterne i forhold til disses retfærdiggørelse og synliggørelse i retspraksis.

5.1 Identifikation til skade for selskaberne afvistes i:

5.1.1 U1986.697V, J. P. Chokolade

En chokoladefabrik og dens datterfinansselskab ansås ikke identiske med hensyn til omstødelse. Et anpartsselskab A, der drev en gros salg af chokolade og sukkervarer, var kommet i likviditetsvanskeligheder, hvorefter et nyt anpartsselskab B stiftedes. B's anparter ejedes af A. Efter at A var erklæret konkurs, påstod A's bo omstødelse af en betaling som B efter fristdagen havde foretaget til banken, idet det gjordes gældende at A og B var identiske. Retten lagde i deres afvisning af identitet (omstødelse) vægt på at:

- De to selskabers økonomi har været holdt adskilt
- Hvert selskab har haft deres eget regnskab samt konto

- Endvidere fandtes baggrunden for oprettelsen af datterselskabet B ikke at give grundlag for at statuere identifikation

5.1.2 U1997.178H

B indgik i 1979 en aftale med K ApS, der havde K som eneanpartshaver, om opførelse af en svinestald. I 1985 omstrukturerede K sin virksomhed. K erhvervede alle aktier i GS A/S, der blev indsat som moderselskab i forhold til K ApS. K var enedirektør i K ApS, og tillige direktør og bestyrelsesmedlem i moderselskabet, mens to familiemedlemmer besatte de to øvrige bestyrelsesposter i dette selskab. Samme år konstateredes alvorlige utætheder i tagkonstruktionen på den af K ApS opførte stald. I 1987 gennemførtes en sagkyndig besigtigelse af bygningen, og der blev konstateret råd i taget, som skyldtes fejl ved den oprindelige konstruktion.

I 1988 gennemførte K endnu en omstrukturering af koncernen. KKT ApS blev stiftet som datterselskab af GS A/S, med første regnskabsperiode som 1.3.1988- 31.12.1988. Samme år foretog B arrest hos K ApS vedrørende de konstaterede mangler, og K ApS blev taget under konkursbehandling i marts 1989. På grund af selskabets økonomiske situation anlagde B i marts 1989 sag an mod K personligt med påstand om, at K var ansvarlig for B's tab efter den dagældende ApSL § 110 eller dansk lovs almindelige erstatningsregler.

Det fremgik af sagen, at der fra den 1.5.1988 var sket en kraftig reducere i driftsaktiverne, og eneste aktivitet var efter dette tidspunkt montageydelse, der blev udført for KKT ApS. I balancen for 1988 var selskabets aktivmasse faldet fra 1.200.000 til 37.000. balanceposterne i KKT ApS' regnskab for 1988 svarede stort set til de tilsvarende poster i K ApS' regnskab for 1987. Koncernen gav som helhed et overskud på ca. 1,2 mill. kr. før skat i 1988.

Den af skifteretten indhente sagkyndige erklæring havde følgende konklusion:

“Det i 1988 realiserede underskud i K ApS kan således i væsentlig omfang relateres til selskabets omsætning med KKT ApS og GS A/S, og det kan derfor ikke udelukkes, at der i 1988 enten er overført indtægter til KKT ApS og GS A/S, som

retteligt burde være indtægtsført i K ApS, eller der er overført omkostninger (herunder lønudgifter) til K ApS, som retteligt burde være betalt af KKT ApS eller GS A/S.”

Endvidere blev det ved undersøgelse af koncernregnskaberne konstateret at:

“Det er efter vores opfattelse nærliggende at tro, at K ApS bevidst er blevet tømt for midler i tiden fra 1. jan. 1988 til 1. mar. 1989.”

K Aps’ revisor afviste konklusionerne i den sagkyndige erklæring, og at der skulle have været tale om bevidst tømning af K ApS’ midler. Revisoren forklarede dog i retten at han ikke kunne udelukke at:

“Han har tilrådet, at K >>skiftede selskaberne ud<<, for at undgå de risici, der netop findes i byggebranchen”.

Landsretten fandt ikke grundlag for at pålægge K erstatningsansvar, og sagen blev derefter anket til Højesteret, som 29. nov. 1996 konkluderede:

“Som sagen foreligger oplyst, finder Højesteret ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at K har benyttet sin bestemmende indflydelse til at tilrettelægge forbindelserne mellem K ApS og KKT ApS på en sådan måde, at han efter almindelige erstatningsregler kan gøres personlig ansvarlig for det tab, som B har lidt som følge af sit mellemværende med K ApS.”

Dog fandt Højesteret det *“under de foreliggende omstændigheder rigtigst”*, at hver part bar sine egne omkostninger for såvel Landsretten som Højesteret.

5.1.3 Dansk Eternitfabrik A/S

Der er forekommet sager, hvor en hovedaktionær/ anpartshaver må have været klar over, at selskabet havde en ganske betydelig forpligtelse, som kunne knække selskabet, hvorefter der stiftes et nyt selskab, hvor værdierne massivt skubbes over. Hvis værdioverførslen sker massivt, kan enten insolvensrettens omstødsregler og/ eller selskabslovgivningens regler om retsstridige udlodninger anvendes. Er forholdet blot udtryk for, at fremtidig profit lægges i det nye selskab, er sagen vanskeligere at angribe. Det ses af Dansk Eternitfabrik A/S' strukturændring i 1994, at hvis overdragelse i rekonstruktionsøjemed sker til nyt (søster)selskab (Newco) til uangribelige handelsværdier, som også indbefatter goodwill, og hvis adskillelsen mellem gammelt selskab og Newco respekteres, vil det gamle selskabs insolvens ikke trække en hæftelse hos Newco med sig. Dansk Eternitfabrik A/S havde som mål at indkapsle de daværende kreditorkrav i det gamle selskab og koncentrere den fremtidige indtjening i Newco. Nettovirkningen var den fuldt retmæssige, at det forpligtede selskab på dispositionstidspunktet fastlåste sin værdi, idet der intet blev taget fra kreditorerne. Derimod blev der heller ikke optjent yderligere værdi i fremtiden, hvilket et selskab heller ikke har pligt til.³⁰

5.2 Identifikation til skade for selskaberne statueredes i:

5.2.1 U1977.526H

Et selskab der ejedes af samme aktionærkreds, håndpantede en båd til sikkerhed for det første selskabs gæld. Da der opstod spørgsmål om omstødelse, var det efter dagældende konkursregler afgørende, om der var tale om sikkerhed for egen eller tredjemands gæld. Højesteret fandt, at der var tale om omstødelse af pant for egen gæld, og dermed blev der lagt vægt på, at der ikke bestod nogen adskillelse mellem selskaberne med hensyn til ledelsen og de økonomiske og regnskabsmæssige forhold. Det fremgik af dommen at de to selskaber: "reelt blev drevet som en enhed".

³⁰ Werlauff, Erik. TfS1997.822ART, Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld. Side 4 samt Werlauff, Erik. Selskabsret, side 603

5.2.2 U1983.267S

Koncernen K bestod af et moderselskab og fire datterselskaber, herunder selskabet D. Der havde siden begyndelsen af 60'erne bestået forretningsforbindelser mellem K og selskabet S, således at S fra K aftog færdigvarer i emballage, som S selv havde leveret. Efterhånden leverede S også råvarer til denne fabrikation. K anmeldte i april 1980 betalingsstandsning, og sagen drejede sig om, hvorvidt S havde været berettiget til i sin gæld på ca. 300.000 kr. for modtagne færdigvarer at modregne et krav på ca. 200.000 kr. på K for leverede råvarer og emballage. Modregningsadgangen var bestridt under henvisning til, at tilgodehavendet på ca. 300.000 kr. tilkom D, og at gælden til S påhvilede moderselskabet. Udgangspunktet er her at en forretningsmæssig forbindelse med forskellige selskaber inden for en koncern må vurderes som vedrørende hvert selskab for sig, og at der ikke kan foretages modregning i et krav fra et selskab med et krav på et andet selskab inden for koncernen. Dette hovedsynspunkt kan kun fraviges under ganske særlige omstændigheder. Der havde tidligere været modregnet krav mellem S og forskellige dele af K, endvidere havde S i koncernen med hensyn til korrespondance og levering af varer ikke fulgt selskabsopdelingen i K.

Retten fandt at funktionerne indenfor koncernen havde haft så løs og formel karakter, at sagsøgte har været berettiget til at modregne et krav på koncernen overfor et, formelt koncernens datterselskab, men reelt koncernen som sådan tilkommende krav.

5.2.3 U1968.766H Flying Enterprise A/S

I denne sag var der udbetalt beløb fra et datterselskab forud for moderselskabets konkurs, og spørgsmålet var, om beløbsmodtagerne kunne støtte ret på udbetalingen, eller om denne reelt måtte anses for at komme fra moderselskabet. Højesteret statuerede identifikation og lagde hermed vægt på, at datterselskabet ikke havde nogen egenkapital eller anden kapital til rådighed, at direktionen var identisk, at der ikke var noget personale eller særskilte lokaler, og at datterselskabet reelt kun havde til formål at administrere moderselskabets indtægter.

5.2.4 U1978.880H Inka Print

Et selskab A, der drev fabrikation inden for tekstilbranchen, opnåede en moratorieordning med de største kreditorer, heriblandt et finansieringsselskab F. I

forbindelse hermed oprettedes et af F ejet selskab D, hvorigennem F fortsat ville finansiere A. Finansieringen foregik på den måde, A skulle udføre lønarbejde for D og som en del af lønarbejdet stille personale og kontorfaciliteter til rådighed for D, hvorimod D skulle levere det til lønarbejdet fornødne stof. Endvidere skulle A indestå for betalingen af de solgte varer. Efter at A var trådt i likvidation som insolvent, påstod D sig tillagt stilling som separatist i A's bo med hensyn til varelageret og betalingen for salg, der indestod på en girokonto. Da formålet med den pågældende ordning **alene** var at sikre F's tilgodehavende, og da D ikke havde udøvet virksomhed med køb af råvarerne eller salg af færdigvarerne, der solgtes for A's regning og risiko, antoges der ikke at være skabt en separatiststilling for D.

5.2.5 U1980.806V Frigor

Dommen omhandler et datterselskab D som overtog moderselskabet A's produktion af dybfrysere med videre og størstedelen af A's medarbejderstab på produktionssiden. A ejede alle aktier i D, og aktiekapitalen i D blev straks efter D's stiftelse udlånt til A. D's produktion blev aftaget af A for beløb svarende til D's lønudgifter.

Der var i A og D samme overordnede ledelse og D's bestyrelse havde ikke nogen selvstændig beslutningsmyndighed.

D fungerede endvidere kun som mellemed ved udbetalinger af lønninger til de ansatte, og har ikke haft nogen kapital til rådighed idet den var lånt ud til M.

Retten fandt på baggrund af disse momenter at der var et sådant sammenfald mellem de to selskaber, at D's medarbejdere ikke burde være afskåret fra at anmelde deres lønkrav som privilegerede i A's konkursbo.

5.2.6 Midt fyn festivaldommen U1997.1642H

Samme fysiske person ejede 100 pct. af Restaurationselskabet og 35 pct. af Festivalselskabet, men da Festivalselskabet ydermere ejede 20 pct. af Restaurationselskabet, beherskede samme person i realiteten dem begge.

Festivalen var blevet afholdt hver sommer siden 1976, og havde gennem årene haft økonomiske op og nedture. I løbet af sommeren 1990 fik festivalselskabet økonomiske problemer, og blev insolvent. Festivalselskabet blev opløst af skifteretten uden aktiver.

Der forelå en forpagtningsaftale mellem de to søsterselskaber, ifølge denne fik Restaurationsselskabet eneret til restaurationsvirksomhed og al handel på festivalpladsen mod at afholde alle udgifter ved dels opsætning og leje af telte med videre. Det lykkedes gennem Restaurationsselskabet at få betalt de øvrige kreditorer i Festivalselskabet, men de to dominerende kreditorer- Told og Skat samt KODA stod tilbage med betydelige krav.

Vidneforklaringer og bevismateriale viste, at udadtil i forhold til leverandører med videre var der ikke klart tilkendegivet hvilket af selskaberne der var handlet med og de fremstod som en helhed. Betalingerne fra selskaberne foregik gennem Restaurationsselskabet, der i realiteten fungerede som bank for Festivalselskabet. Omkring 20. august 1990 etablerede Festivalselskabet en stille betalingsstandsning, og et forsøg på at opnå akkord med KODA og Told og Skat mislykkedes.

Fra og med 1991 blev Festivalen kørt videre af Restaurationsselskabet som skiftede navn til Midt fyns festivalen ApS. Restaurationsselskabet overtog uden videre alle aktiviteter fra Festivalselskabet uden at betale for goodwill.

I retten blev det af Told og Skat gjort gældende, at der burde ske identifikation mellem Festivalselskabet på den ene side og Restaurationsselskabet og Nina Færgemann, som hensiddende i uskiftet bo efter Peter Færgemann på den anden side. Dette burde ske, da der kun har været tale om en formel opdeling af festivalaktiviteterne med det formål at skabe kreditorly, navnlig i forhold til tvangskreditorerne. Endvidere har der været en alvorlig sammenblanding af selskabernes aktiviteter og der har været alvorlig uorden i selskabernes bogføring. Subsidiært gøres det af Told og Skat gældende at Peter Færgemann blandt andet ved ikke på et tidligere tidspunkt at have indstillet Festivalselskabets drift har pådraget sig et erstatningsansvar overfor Told og Skat.

Retten udtalte, at der efter en samlet bedømmelse af Festivalselskabets og Restaurationsselskabets indbyrdes økonomiske forhold findes der herefter at være sket en sådan sammenblanding af selskabernes økonomi at sagsøgte Restaurationsselskabet umiddelbart hæfter for Festivalselskabets gæld til sagsøgeren. Endvidere begrundes dette med selskabsopdelingen, hvor Restaurationsselskabet stod for at opsamle langt den største del af overskuddet, mens Festivalselskabet stod for de økonomiske risici.

Det tilføjedes af retten, at *Restorationsselskabet hæftede for Festivalselskabets gæld i hvert fald overfor Told og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor*.³¹

Derimod fandtes det ikke godtgjort, at Peter Færgemanns personlige økonomi havde været så tæt forbundet med Festivalselskabets eller Restorationsselskabets økonomi, at også han umiddelbart hæftede for Festivalselskabets gæld. Endvidere tilføjedes det af retten, at også den subsidiære påstand overfor Peter Færgemann frafaldes, idet han ikke har forvaltet sin bestemmende indflydelse over Festivalselskabet på en sådan måde, at han ifaldt personligt erstatningsansvar. Dette begrundedes med, at Peter Færgemann ikke kunne forudse, at festivalen ville give underskud og derfor forventede et overskud. Driften blev først indstillet den 20. august 1990 hvilket ikke gjorde ham erstatningsansvarlig, og at en aflysning af festivalen ville have haft uoverskuelige økonomiske følger.

Det ses af dommen at Højesteret stadfæster Landsrettens dom med den samme begrundelse, dog tilføjet nogle enkelte bemærkninger hvilket i hovedtræk er med ovenfor. Det helt essentielle i dommen er, at der statueres hæftelse uden brug af erstatningsbaserede culpasondringer. Det er altså uden betydning i denne sammenhæng, hvad der er foregået i Restorationsselskabets "hoved" i forhold til overholdelse af culpanormerne. De ting som hæftelsen blev begrundet med var:

- Sammenblanding af selskabernes økonomi
- Hverken indadtil eller udadtil er der sket nogen detaljeret aktivitetsopdeling.
- Opdeling således at Restorationsselskabet hovedsageligt indsamlede overskud og Festivalselskabet stod for den økonomiske risiko, med den følge at Festivalselskabet er underkapitaliseret i forhold til de risici, som dets virksomhed frembyder

Det blev endvidere fremhævet af retten, at Peter Færgemann var reelt enerådende i Festivalselskabet.

³¹ Fremhævelse er foretaget her og ellers citeret fra U.1997.1642H, side 14

5.2.7 U1998.166Ø Eneaktionær og direktør identificeres med selskab

I U1998.166Ø blev en eneaktionær og direktør for et byggeaktieselskab identificeret med selskabet under en erstatningssag for mangler. Selskabet havde solgt et hus hvor der var fundamentmangler. Retten fandt det bevist, at direktøren og ledende medarbejdere var bevidste om manglerne. Huset blev solgt uden oplysninger om fundamentmanglerne, og dette betegnedes af retten som en fortielse, der tangerer svig. På denne baggrund måtte direktør og eneaktionær tåle, at der statueredes identifikation mellem ham selv som privatperson og selskabet.

Det fremgår klart af dommen, at retten i denne sag lagde vægten på to forhold i identifikationsøjemed:

- At selskabet er fuldstændig domineret af eneaktionæren som samtidig er direktør og ledende bestyrelsesmedlem. “Reelt enerådende” bliver det betegnet af retten.
- At direktørens handlemåde af retten betegnes til tangerende til svig, og der anføres endvidere, at der klart foreligger et ansvarsgrundlag.

Selvom man i denne sag må beskrive direktøren i dette selskab som tilhørende kontrolgruppen, kan denne sag ikke betegnes som en sag om ægte hæftelsesgennembrud, idet den bygger på culpaovervejelser.

Direktøren handler på en måde, der kan betegnes forsætligt, idet han kender til fejlen ved huset, men ikke nævner noget overfor køber. Direktøren lyver altså for at få en god pris for huset. Der står ikke i dommen noget om, hvilken paragraf direktøren er dømt efter eller nogen begrundelse udover at direktøren er enerådende i selskabet, og at han må tåle identifikation, fordi han gjorde sig skyldig ved at fortie ejendommens tilstand. Hvorvidt dommerne har haft ASL § 140 om ansvar for ledelsesmedlemmer i tankerne vides ikke, men der kunne meget vel i denne sag dømmes erstatningsansvar udfra denne. Som ovenfor beskrevet, betyder det, at aktionæren er pligtig til at erstatte tab, som den pågældende ved forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, andre aktionærer eller tredjemand, ved enten at overtræde aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter.

5.2.8 U1999.326Ø Microsoftsagen

I U1999.326Ø er der ligeledes tale om en eneanpartshaver og direktør, som af Landsretten identificeredes med og dermed hæftede på lige fod med sit konkursramte anpartsselskab. Det lagdes til grund, at direktøren forestod den daglige drift af virksomheden og selve forhandlingen med Zesta Computer, hvorfra anpartsselskabet erhvervede 9000 Microsoft programpakker, som var fremstillet uden licens. Anpartsselskabet havde haft en ikke ubetydelig omsætning med kopieret edb-software, og dette var direktøren bevidst. På denne baggrund skulle direktøren hæfte personligt på lige fod med anpartsselskabet for krænkelse af Microsofts enerettigheder i henhold til ophavsretsloven.

Der står ikke noget i selve domsudtalelsen om hvorvidt dommen er afsagt på baggrund af culpabetragtninger eller hvorvidt dommerne har vurderet, at der her var tale om et hæftelsesgennembrud. Dog har sagsøgeren Microsoft procederet på erstatningsretlige culpabetragtninger og landsretten har i bemærkningerne til dommen taget sagsøgerens påstand til følge, hvilket tyder på, at det er på dette grundlag dommen er truffet. Denne sag må betegnes som et uægte hæftelsesgennembrud, da der i hvert fald er procederet på baggrund af culpabetragtninger.

5.3 Identifikation til fordel for selskaberne afvistes i:

5.3.1 U1985.664V

En licensafgift på stolesalg blev udløst, da stolene afhændedes til et nyt helejet datterselskab, idet de to koncernselskaber ikke kunne anses for identiske i forhold til licensaftalen. Ansvar for betalingen af licensafgiften pålagdes i øvrigt direktøren og ejer af begge selskaber, idet han har medvirket aktivt til den skete forringelse af sagsøgers retsstilling. Med baggrund i ASL § 140 må direktøren derfor betale licensafgiften for stolene.

5.4 Identifikation til fordel for selskaberne statueredes i:

5.4.1U1994.621H Dagrofa

Aktieselskabet S, der indgik i en koncern, som drev engroshandel med dagligvarer, havde leveret varer på kredit til supermarkedet L. Da L kom i økonomiske vanskeligheder, aftaltes det, at L skulle returnere et større parti varer til S. L trådte kort tid efter i betalingsstandsning og blev senere erklæret konkurs. Konkursboet påstod i medfør af KL § 67 S dømt til at betale et beløb på ca. 109.000 kr. Varereturneringen havde været en forudsætning for genåbning af kreditten. I henhold til de regler som S og resten af koncernen havde for vareleverancer, måtte koncernen anses for en helhed i forhold til omstødelse³², og varereturneringen kunne herefter ikke anses for at have været til skade for L's kreditorer.

³² Det er et grundprincip i konkursretten, at alle den insolvente skyldners aktiver i tilfælde af konkurs skal anvendes til ligelig fyldestgørelse af hans kreditorer. Der gælder de samme regler hvad enten skyldneren er en fysisk person eller juridisk person såsom et aktieselskab. En betaling, sikkerhedsstillelse eller salg af aktiver foretaget af en insolvent person eller selskab kan omstødes, dette omfatter ligeledes overførsel af aktiver til et andet selskab. Omstødelse kan ske hvis den der disponerer er insolvent, og kreditorernes stilling forringes eller forrykkes ved dispositionen. En overdragelse af en insolvent selskabs virksomhed til et datterselskab eller anden køber kan omstødes, hvis overdragelsen fører til en væsentlig forskelsbehandling af kreditorerne. Situationen kunne for eksempel medføre at den del af kreditorerne som følger med virksomheden over i datterselskabet eller over til en anden køber får fuld dækning, mens den del af kreditorerne, som forbliver med deres fordring i moderselskabet får ringe dividende. Omstødelse overfor en fremmed køber forudsætter at køberen er bekendt med forskelsbehandlingen, jfr. KL §§ 74 og 76. En disposition, der forringer debitors betalingsevne eller gør forskel på kreditorerne, er efter omstændighederne ansvarspådragende for den eller dem, der har disponeret for det insolvente selskab, jfr. UfR 1989.812 H og UfR 1997.1642 H. Der er i disse sager tale om at hovedaktionæren lod alle indtægterne tilstrømme det ene af sine selskaber, mens det andet selskab afholdt alle udgifterne ved aktiviteterne. Kreditorerne kan anlægge sag om erstatning, efter den normale tidsfrist i KL § 81 for omstødelse er udløbet, jfr. UfR 1998.594 H. Det er muligt for et selskab at stille sikkerhed over for en kreditor ved pantsætning af fordringerne på sine kunder (fakturabelåning). Selskabet kan vælge at overdrage fordringerne til et factoringselskab, der afregner de oppebårne beløb til kreditorerne eller at overlade både indkøb af råstoffer og andre materialer og salget af de færdige produkter til et datterselskab, som er solvent og kreditværdigt. Dette forudsætter at der stadig kan findes midler til køb af materialer og til forarbejdningen samt salg af de færdige produkter. Aktiverne i et sådant datterselskab, indkøbte materialer, nyproducerede varer modtaget fra moderselskabet og fordringer på kunderne mm. Skal så vidt muligt sikre gennemførelsen af den løbende forretning. Med dette menes betaling af leverandørerne og eventuelle andre kreditorer i datterselskabet samt dække moderselskabets omkostninger ved den løbende produktion. Et overskud i datterselskabet går til dækning af gammel gæld i moderselskabet. En sådan ordning er ikke omstødelig, hvis datterselskabet kun betaler for nye, løbende leverancer og ikke dækker gamle gældsposter, og kreditorerne i moderselskabet får ligelig fyldestgørelse af de midler, der kommer ind som overskud i datterselskabet. Overholdes disse betingelser ikke kan ordningen omstødes.

Gomard, Bernhard. Aktieselskaber & anpartsselskaber, side 76 og 77

6. Analyse af dommene

I de følgende afsnit vil jeg diskutere hvilke faktorer, der i dommene er fokuseret på i forbindelse med identifikation. Hvilke faktorer gør sig gældende, når der statueres identifikation, i modsætning til når en sådan anmodning afvises. For overskuelighedens skyld vil jeg gruppere de forskellige momenter hver for sig, så vidt det er muligt. Endvidere vil jeg trække forskellige forfattere og jurister frem, som er uenige med hensyn til eller har supplerende bud på sammenhængen mellem retspraksis og teori på det aktuelle område.

6.1 Ikke selvstændig ledelse/ personsammenfald i ledelse

I de fleste af dommene ovenfor, hvor der er statueret identitet eller hæftelse, er der af retten lagt vægt på identisk ledelse selskaberne imellem, eller dominerende rolle fra den ene parts side.

I U1977.526H fremgik det, at der ikke var adskillelse mellem selskaberne med hensyn til ledelse, og at de to selskaber "reelt blev drevet som en enhed". I U1968.766H Flying Enterprise A/S var direktionen identisk. I 1980.806V Frigor var der i moder- og datterselskabet samme overordnede ledelse og datterselskabet havde ikke nogen selvstændig beslutningsmyndighed. Endvidere var der i midtfynsfestivaldommen tale om at Færgemann var reelt enerådende i det konkursramte Festivalsselskab.

I U1998.166Ø og U1999.326Ø var der tale om henholdsvis eneaktionær og direktør samt eneanpartshaver og direktør, som identificeredes med selskabet. Der var her tale om både personsammenfald mellem aktionær/ anpartshaver og ledelse og dermed ikke selvstændig ledelse.

Dette må imidlertid anses for et moment, der ikke skal overbetones, ifølge Godsk Pedersen. I alle tilfælde af direkte eller indirekte ejerdominans vil der være en betydelig mulighed for at påvirke beslutninger i det eller de dominerede retssubjekter. Dette gælder uanset om der er personsammenfald i subjekternes formelle ledelse. Godsk Pedersen diskuterer hvorvidt personsammenfald endvidere kan ses som en indikation for, at et af retssubjekterne ikke har haft nogen selvstændig funktion. Dette synspunkt anser han dog selv for at være tvivlsomt, idet der ikke er lovgivet om dette i

aktie og anpartsselskabsloven, ligesom der for eksempel er gjort det i lov om erhvervsdrivende fonde og i lov om fonde og foreninger. Endvidere tilføjer Godsk Petersen, at hvis der lægges vægt på personsammenfald i bestyrelser, vil det have den næppe begrundede effekt, at der lettere vil kunne ske identifikation for to selskaber end for en person og et selskab.³³

Ifølge Krüger Andersen bør personsammenfald være en neutral faktor, og bør ikke anføres som selvstændig indikation for hæftelsesgennembrud. Noget andet er, at personsammenfald er et element, som nødvendigvis indgår, såfremt man vurderer, at moderselskabet har og udøver fuld kontrol. I det omfang moderselskabet efter en sådan vurdering er den faktiske leder af koncernen, kan personsammenfald siges indirekte at være med til at føre til et ansvar for moderselskabet.³⁴

Der er dog uenighed om, hvor meget vægt der kan lægges på personsammenfald, idet Werlauff anfører, at ”identitet mellem ledelse hos moder og datter bør undgås”³⁵. Synspunktet støttes også af Hansen, som lægger vægt på, at ”selskabsorganerne skal have reel beslutningsdygtighed”³⁶. Werlauff anser bestemmende indflydelse mellem hovedaktionær/ selskab, moder/ datter eller søsterselskaber som en forudsætning for statuering af hæftelsesgennembrud, idet han definerer kontrolgruppen som den gruppe der reelt kontrollerer selskabet, det vil sige, den eller de fysiske eller juridiske personer der bestemmer over selskabet. Dette betyder dog ikke nødvendigvis, at der behøver at være personsammenfald ledelserne imellem. Schwarz- Hansen mener, det er en forudsætning for hæftelsesgennembrud at det ene af de to retssubjekter er uselvstændigt i forhold til det andet og kalder det >>uselvstændighedsbetingelsen<<.³⁷

Bestemmende indflydelse må siges at være en forudsætning for hæftelsesgennembrud, og dette har også været tilfældet i alle de her omtalte domme. Personsammenfald er muligvis et moment, der sammen med bestemmende indflydelse og eventuelle andre momenter kan pege mod at statuere hæftelsesgennembrud, mens det stående alene tydeligvis ikke vil have betydning. Dette tydeliggøres også ud fra dommene U1986.697V J. P. Chokolade og U1997.179H, hvor der ikke er blevet statueret identifikation,

³³ Perderson, H. V. Godsk. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer U85B.352, side 2

³⁴ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 673 og 674

³⁵ Werlauff, Erik. R&R 1990, nr. 12, side 24

³⁶ Hansen, Kaj Egon. R&R 1986, side 440

³⁷ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 436

selvom der tydeligvis i begge domme var tale om henholdsvis bestemmende indflydelse mellem moder- og datterselskab og i U1997.179H mellem ejeren og de to selskaber.

6.2 Underkapitalisering

Det fremgår af ASL § 69a samt ASL § 54, stk. 3, at bestyrelsen skal reagere, hvis selskabet har tabt mere end halvdelen af sin aktiekapital og indkalde til generalforsamling. Endvidere har bestyrelsen pligt til at tage stilling til, om selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt i forhold til selskabets drift. Reglerne om, hvad ledelsen i et anpartsselskab ifølge § 52 skal gøre, når der konstateres et kapitaltab er 1. april 2006 blevet væsentlig lempet, så reglerne nu svarer til reglerne for aktieselskaber. Den formelle forpligtelse til at agere indtræder herefter først, når det konstateres, at 50 % af anpartskapitalen er tabt, mod før 40 %.³⁸

Werlauff taler i forbindelse med underkapitalisering som årsag til hæftelsesgennembrud om tre forskellige slags underkapitalisering.³⁹

- **Absolut, formel underkapitalisering** handler om hvorvidt kapital selskabet stadig har sin aktiekapital, altså hvorvidt selskabet er på nippet til at blive grebet af ovennævnte ASL § 69a og ApSL § 52. i denne situation er et erstatningsansvar efter ASL § 140 eller § 142 nærliggende. Det handler om hvorvidt selskabet er fortsat udover håbløshedstidspunktet.⁴⁰ Der er endvidere i denne situation mulighed for at statuere hæftelsesgennembrud for kontrolgruppen, hvis andre faktorer der kan pege i retning af hæftelsesgennembrud også er til stede.
- **Markedsrelateret underkapitalisering**, denne benævnelse dækker over den situation at selskabet ikke vil være i stand til eller med stor vanskelighed kan opnå lån i pengeinstitut på normale markedsmæssige vilkår. I denne situation

³⁸ Hertil kommer, at konsekvensen af et tab er blevet mindre definitive. Som hidtil indebærer et kapitaltab, at ledelsen inden seks måneder over for anpartshaverne skal redegøre for selskabets økonomi. Derimod foreligger der ikke længere nogen pligt til at stille forslag om foranstaltninger, som fører til reetablering af kapitalen, idet der kun >>om fornødent<< skal stilles sådanne forslag. Det vil således være op til anpartsselskabets ledelse, underlagt de almindelige erstatningsregler, at vurdere, hvilke foranstaltninger der bør træffes.

³⁹ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 73 til 76

⁴⁰ Werlauff Erik, Werlauff's kommenterede aktieselskabslov, side 566

må selskabet acceptere de byrdefulde forhold hvorpå lån gives eller ejerkredsen må træde til og supplere dets utilstrækkelige kapital. Dette supplement kan enten ske som egenkapital eller fremmedkapital. Er selskabet i så vanskelig en situation, at det ikke kan låne midler på markedsmæssige vilkår, vil de tilførte penge sandsynligvis være at betragte som egenkapital i tilfælde af konkurs overfor kreditorerne. Vil den tilførte kapital i konkurssituationen ikke medføre tilbagetrædelsespligt er der næppe tale om hæftelsesgennembrud. Foreligger der markedsrelateret underkapitalisering, men fortsætter kontrolgruppen virksomhedens drift, må dette medføre hæftelsesgennembrud, hvis andre faktorer der kan pege i retning af hæftelsesgennembrud også er til stede.

- **Aktivitetsrelateret underkapitalisering** handler om, hvorvidt selskabet har tilstrækkelige midler fra start af til at håndtere den type aktiviteter og den risiko som selskabet driver. Denne form for underkapitalisering kan næppe i sig selv medføre hæftelsesgennembrud, men kan sammen med andre hæftelsesgennembrudsfaktorer medvirke til hæftelse.⁴¹

Krüger Andersen medgiver, at underkapitalisering er et moment, som sammen med andre faktorer kan føre til hæftelsesgennembrud.⁴²

Som det fremgår af Werlauffs ovenstående inddeling, er der forskellige kategorier af underkapitalisering og forskellige måder at anskue begrebet på. En måde at opdele diskussionen om underkapitalisering er:

- Misforhold mellem egenkapital og virksomhedens omfang
- Mellem egenkapital og fremmedkapital
- Mellem egenkapital og risiko

Endvidere går sondringen på

- Oprindelig underkapitalisering
- Efterfølgende underkapitalisering

⁴¹ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 73 til 76

⁴² Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 639

6.2.1 Misforhold mellem egenkapital og virksomhedens omfang

I diskussionen om hæftelsesgennembrud er det interessant at finde frem til, hvorvidt der findes objektive momenter hvortil underkapitalisering kan være en af dem, som fører til moderselskabet eller hovedaktionæren hæfter for (datter)selskabets gæld. Det handler først og fremmest om præventive regler til fordel for kreditorerne.

Krüger Andersen påpeger, at det kan nedbryde tilliden til anvendelse af selskabsformen eller koncernformen som helhed, hvis det i almindelighed fremstår sådan, at der er ubegrænset adgang til at anvende den begrænsede hæftelse på en sådan måde, at al risiko påhviler kreditorerne og al gevinst tilkommer aktionærene. Dette er yderste konsekvens af den situation, hvor der forefindes meget beskeden egenkapital, og hvor virksomhedens omfang er meget stort. Selvom man i Danmark har valgt at bruge absolutte tal i lovgivningen for stiftelse af anpartsselskaber og aktieselskaber, så er det større krav for aktieselskaber udtryk for en vis anerkendelse af, at et aktieselskab gennemsnitligt driver en mere omfattende virksomhed, og derfor bør have større kapital.⁴³

Der kan ifølge Krüger Andersen anføres gode argumenter for at opstille krav om en vis balance mellem virksomhedens egenkapital og virksomhedens omfang. En vis egenrisiko er garanti for, at iværksættere selv tror på forretningen, og vil gøre deres bedste for succes. Endvidere er egenrisiko egnet til at hindre eller eliminere betydningen af den skjulte illoyalitet, som ligger i, at de eksterne kreditorer ikke altid har reelle muligheder for at bedømme selskabets økonomiske situation. Mod at stille egentlige krav om en bestemt egenkapital taler navnlig den grundbetragtning, at det bør være selskabets egen vurdering at afgøre, hvilken kapital det vil sætte på spil. Forudsat at ingen vildledes eller i øvrigt uden egen medvirken bliver kreditor i et kapital-selskab, bør det overlades til kontrolgruppen selv at vælge kapitalstruktur.⁴⁴

Godsk Pedersen mener ikke, at egenkapitalens størrelse kan tillægges afgørende betydning for hæftelsesgennembrud, idet selskabslovene sætter mindstegrænser for selskabets kapitalberedskab. Det må have formodningen mod sig at et selskab, der er etableret under overholdelse af disse kapitalkrav, kan anses som uselvstændigt på grund af for ringe egenkapital. Godsk Pedersen medgiver dog, at det tilsammen med andre momenter kan have betydning, hvis selskabskapitalen er utilstrækkelig til

⁴³ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 641

⁴⁴ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 645

formålet. Særligt hvis forhåndenværende kapital holdes udenfor selskabet, uden at den indskudte kapital modsvarer de aktiviteter, der overføres til det nyetablerede selskab eller, hvis en risikobetonet del overføres, uden at en i forhold dertil rimelig kapital overføres.⁴⁵

Munch henviser til, at det for både domstole og lovgivningsmagten er et utaknemmeligt job at skulle fastslå størrelsen af nødvendig kapitalforsyning i erhvervslivets mange forgreninger, og henviser i øvrigt til udlandet, hvor man i forskellige lande ikke er nået frem til ensartede resultater. Normerne for at fastslå hvad der er passende må variere med pengeligeheden, afsætningshastigheden og kreditmulighederne i samfundet. Munch slår dermed fast, at egenkapitalens størrelse ikke altid er afgørende. Ligesom Godsk Pedersen mener Munch dog, at en i forhold til selskabets opgaver helt utilstrækkelig egenkapital sammen med andre momenter kan medvirke til, at selskabets etablering og drift må anses for uforsvarlig over for kreditorerne. Især vil det virke stødende om forhåndenværende kapital netop er holdt uden for selskabet for at bevare den mod kreditorernes retsforfølgning. En opdeling alene med dette formål for øje og uden iagttagelse af den fordeling af opgaverne, som opdelingen efter sit givne grundlag måtte medføre, kan næppe regne med synderlig respekt fra domstolens side.⁴⁶

6.2.2 Forholdet mellem egenkapital og fremmedkapital

Denne balance siger noget om selskabets soliditet og mulighed for at bære tab, og dermed er den uhyre væsentlig for selskabets kreditorer. Forholdet mellem egenkapital og fremmedkapital fremgår umiddelbart af selskabets årsrapport, og det hører til ledelsens pligter at vurdere selskabets finansielle struktur.

Ifølge Krüger Andersen er der intet i vejen for, at retsordenen stiller materielle grænser for, i hvilket omfang det er tilladt at vælte risici over på kreditorer, ved for eksempel at opstille krav om selvfinansiering. Et eksempel er, at der allerede findes regler på dette felt i bank- og sparekasseloven, der eksisterer krav om betydelig startkapital og krav om løbende opfyldelse af et efter særlige regler opgjort solvenskrav. Den stadige opfyldelse af disse krav påses af Finanstilsynet. Bank- og sparekasselovens regler

⁴⁵ Pedersen, Godsk H. V. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer, side 3

⁴⁶ Munch, Mogens. Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis, side 4

viser, at lovgivningen er velbekendt med den mulighed at opstille kapitalkrav, der kan hindre, at virksomheder går konkurs. Den viser også, at en egentlig håndhævelse af sådanne krav forudsætter en tilsynsmyndighed eller anden form for ekstern kontrol. De helt centrale paragraffer i aktie- og anpartsselskabsloven, som også er omtalt indledningsvist, ASL § 69a/ ApSL § 52 og ASL § 54, stk. 3 er ifølge Krüger Andersen udtryk for at lovgiverne lægger vægt på, at selskaberne opretholder en vis sikkerhedsmargin. Det er et krav til ledelsen at overholde disse og endvidere til revisor, som skal påse dette forhold i forbindelse med udarbejdelse af årsrapporten.⁴⁷

6.2.3 Forholdet mellem egenkapital og risiko

Werlauff kalder forholdet mellem egenkapital og risiko for aktivitetsrelateret underkapitalisering i den sammenfatning af hans teori på området, som er at finde ovenfor. Endvidere beskriver Werlauff underkapitalisering som værdispringet mellem på den ene side omfang og risiko af selskabets virksomhed og på den anden side dets kapitalgrundlag. Er værdispringet eksorbitant, kan gennembrud være nærliggende.⁴⁸ Der er her Werlauffs opfattelse at underkapitalisering i tilfælde som disse sammen med andre faktorer kan medvirke til hæftelsesgennembrud.

Selvom Godsk Pedersen og Munch afviser at egenkapitalens størrelse har indvirkning på statuering af hæftelsesgennembrud, åbner de dog op for at det sammen med andre momenter kan have indflydelse, hvis der er tale om en i forhold til selskabets opgaver helt utilstrækkelig egenkapital. Dette har den virkning, at selskabets etablering og drift må anses for uforsvarlig over for kreditorerne.⁴⁹

Krüger Andersen peger på, at det i sammenhæng med vurdering af hvorvidt der er tale om hæftelsesgennembrud er vigtigt at se på, om der er fundet nogen vildledning af kreditorerne sted. Endvidere kan det tænkes at have betydning for specielle områder såsom forurenende virksomheder eller virksomheder, som kan ifalde produktansvar. I disse situationer kan man sige at der er handlet utilbørligt overfor kreditorerne hvis

⁴⁷ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret. Side 648. Diskussionen om hvorvidt der bør indføres regler for selskabslovgivningen med hensyn til hæftelsesgennembrud fortsætter senere i projektet.

⁴⁸ Werlauff, Erik. U.1986.393, Selskabsretligt ansvarsgennembrud. side 3

⁴⁹ Munch, Mogens. Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis, side 4

man ikke efterfølgende kan dække det mulige produktansvar eller rense den forurenede grund man efterfølgende står med.⁵⁰

6.2.4 Oprindelig og efterfølgende underkapitalisering

Der er selvfølgelig ingen garanti mod at et selskab giver underskud, men der er regler, der skal forhindre, at aktionærene tager den kapital, der er skabt i selskabet ud igen. Ifølge ASL § 112, må generalforsamlingen ikke beslutte uddeling af højere udbytte end foreslået eller tiltrådt af bestyrelsen. Efterfølgende underkapitalisering hænger meget tæt sammen med begrebet kapitaltilbageførsel, som der gøres rede for i nedenstående afsnit.

Gomard er mere kritisk overfor hæftelsesgennembrudsproblematikken generelt, og dermed også overfor at statuere hæftelsesgennembrud ud fra underkapitalisering. Gomard mener ikke, at der er holdepunkter i selskabslovene eller retspraksis til at kunne identificere selskaber ud fra underkapitalisering.

”Ingen dansk dom synes at have pålagt et moderselskab ansvar for et datterselskabs gæld, alene fordi moderselskabet reelt har ledet datterselskabet eller fordi moderselskabet har svækket eller udelukket en mulig, normal eller ønskelig konsolidering ved at have modtaget udbytte fra datterselskabet eller udlodning efter likvidation.”⁵¹

Selvom datterselskabets virksomhed har været mere omfattende og risikabel, end det under hensyn til dette selskabs egenkapital og solvens har været forsvarligt, mener Gomard ikke, at det er hensigtsmæssigt at lade moderselskabet hæfte. Der henvises i øvrigt til, at et moderselskab der kan, ofte vil støtte sine datterselskaber i insolvenssituationer.⁵²

Der er bred enighed om, at det ikke i sig selv medfører hæftelsesgennembrud, at man enten som moderselskab eller kontrollerende aktionær udstyrer sit kapitalselskab med en forholdsvis lille kapital i forhold til aktiviteten. Dog vil det i samspil med andre faktorer tale for hæftelsesgennembrud, hvis man skyder aktiviteter over i

⁵⁰ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 649 og 654

⁵¹ Gomard, Bernhard. Aktieselskaber og anpartselskaber, side 83

⁵² Diskussion om hvorvidt moderselskabet bør støtte datterselskabet tages op senere i projektet. Gomard, Bernhard. Aktieselskaber og anpartselskaber, side 82 og 83

kapitalselskabet uden medfølgende kapital og dermed laver en risikoafgrænsning. En opdeling med det formål, at risikoen skal tåles af kapitalgesellschaften, mens indtægterne føres over til moderselskabet/ hovedaktionæren. Dog afskriver Gomard muligheden for at underkapitalisering spiller en rolle ved identificering af retssubjekter og hæftelsesgennembrud.

6.2.5 Underkapitalisering i forhold til de ovennævnte domme

I midtfynsfestivaldommen var der sket en opdeling, således at Restaurationsgesellschaften hovedsageligt indsamlede overskud og Festivalgesellschaften stod for den økonomiske risiko, med den følge, at Festivalgesellschaften var underkapitaliseret i forhold til de risici, som dets virksomhed frembød. Underkapitalisering kan komme til udtryk på flere måder, og ud fra ovennævnte diskussion var der i denne sag er tale om aktivitetsbaseret underkapitalisering. Aktivitetsrelateret underkapitalisering handler om hvorvidt selskabet har tilstrækkelige midler fra start af til at håndtere den type aktiviteter og den risiko, som selskabet driver. Denne form for underkapitalisering kan næppe i sig selv medføre hæftelsesgennembrud, men kan sammen med andre hæftelsesgennembrudsfaktorer medvirke til hæftelse. Gomard anerkender dog ikke midtfynsfestivaldommen, som aktuel i forhold til underkapitalisering, men som et udtryk for formuesammenblanding.

Midtfynsfestivaldommen er den eneste dom, hvor der direkte er blevet lagt vægt på underkapitalisering i domsargumentationen. Dette betyder ikke, at der i mange af de andre sager ikke har fundet underkapitalisering sted. Argumentationen for hæftelsesgennembrud er netop, at der er handlet illoyalt overfor selskabet af kontrolgruppen. Hvilket får den effekt at kreditorerne i det insolvente selskab kommer til at bære hele den økonomiske byrde. Det er ikke altid muligt at bevise, hvad der er foregået i selskabet og underkapitalisering er heller ikke i sig selv strafbart, selvom det beviser en illoyal brug af det kontrollerede selskab.

6.3 Kapitaltilbageførsel til selskabsdeltagerne

I U1980.806V Frigor blev der af retten lagt vægt på at datterselskaberne reelt ikke havde haft kapital til rådighed. Kapitaltilbageførsel er ifølge Werlauff ikke identisk

med underkapitalisering. Der er tale om en særlig kvalificeret form for underkapitalisering, nemlig kapitalens tilbageførsel til selskabsdeltagerne selv, med underkapitalisering til følge. Der var i realiteten tale om, at datterselskabet ikke havde sin egenkapital i behold, og på denne baggrund også spinkelt rustet til at klare lønudbetalingerne, hvis der i moderselskabet ikke kontinuerligt blev overført penge dertil.

Godsk Pedersen diskuterer også begrebet kapitaltilbageførsel i forbindelse med hæftelsesgennembrud og anser det for naturligt, at man i praksis forsøger at iagttage formelle regler, som viser selskabets selvstændighed i de tilfælde, hvor selskabet i øvrigt nærmer sig en ren formalitet. Godsk Pedersen bruger i stedet for begrebet kapitaltilførsel betegnelsen ”at selskabet tømmes for kapital”, og mener, at det især har relevans, hvor selskaber har en begrænset, snævert afgrænset funktion. I disse tilfælde vil selskabet lettere kunne anses for et uselvstændigt led i driften af hovedvirksomheden. Er et moderselskab endvidere stort set den eneste samhandelspartner på indkøbs- eller salgssiden, således som det ofte vil være tilfældet ved indkøbs- eller salgsselskaber, vil moderselskabet gennem fastsættelse af samhandelsprisen kunne tilføre datterselskabet kapital eller tømme det for kapital. Fastsættes samhandelsprisen mellem for eksempel et moderselskab og et indkøbsselskab på en sådan måde, at datterselskabet bliver ude af stand til at fyldestgøre varekreditorerne, må det antages, at der er en nærliggende mulighed for hæftelsesgennembrud.⁵³

I U1968.766H Flying Enterprise A/S blev der i identifikationsbegrundelsen lagt vægt på, at datterselskabet ikke havde nogen egenkapital til rådighed og endvidere i den forbindelse bemærket, at datterselskabet reelt kun havde til formål at administrere moderselskabets indtægter, og her kan man diskutere, hvorvidt der er tale om absolut/ formel underkapitalisering eller der er sket en kapitaltilbageførsel til selskabsdeltagerne. Der er ikke udfra selve domsudskriftet mulighed for at slå dette fast. Ved absolut/ formel underkapitalisering er der ifølge Werlauff mulighed for ledelsesansvar ifølge aktieselskabsloven, hvis man har fortsat udover håbløshedstidspunktet, og der er endvidere mulighed for hæftelsesgennembrud for kontrolgruppen. Ved kapitaltilbageførsel er situationen som ovenfor beskrevet.

⁵³ Pedersen, H. V. Godsk. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer U85B.352, side 3

6.4 Formuesammenblanding/ Ikke økonomisk adskillelse

Hvis der i selskaber ikke er foretaget en økonomisk og faktisk adskillelse også kaldet teknisk adskillelse, er det et af momenterne, som kan tale for at selskaberne eller hovedaktionæren og selskabet identificeres ifølge Godsk Pedersen.⁵⁴

Krüger Andersen tilslutter sig dette synspunkt, idet han lægger vægt på, at man forudsætningsvis stiller krav om en funktionel og formuemæssig realitet i koncerndannelsen, såfremt denne skal respekteres af retsordenen. De retlige enheder, som virksomheden selv ønsker, skal være bærere af rettigheder og forpligtelser og have en klar og afgrænset identitet. Krüger Andersen mener, at man med hensyn til formuemæssig adskillelse formentlig kan sige, at der må herske et proportionalitetskrav mellem behovet for identitet/ adskillelse og graden af kreditorrisiko.⁵⁵

Fællesskab mellem koncernselskaber i form af fælles ledelse, personale, lokaler, EDB mv. er ifølge Gomard udmærket til at øge effektivitet, spare omkostninger mv. Omsætning mellem moder og datter, fælles personale og driftsudstyr samt praktisk samarbejde om brug af faciliteter og lignende udelukker ikke, at hvert selskab kan behandles som en virksomhed for sig. Dette forudsætter dog, at det er muligt at identificere det enkelte selskabs aktiver og passiver, og at disse kan gøres op hver for sig. Såfremt det ikke er muligt, at finde ud af hvad der hører til hvilket selskabs formue på grundlag af regnskaber, ejendomsmærker m.m. på grund af formuesammenblanding mellem person og selskab eller selskaber imellem opstår problemet. I en sådan situation må hovedreglen om begrænset hæftelse fraviges. Dette betyder, at kreditor krav ikke kun kan søges fyldestgjort hos det selskab, som forpligtelsen påhviler, men også hos det selskab eller den person hvis formue også er indblandet. Det kan være nødvendigt at tillade alle kreditorer at søge sig fyldestgjort i den samlede masse og i konkurs at gøre de sammenblandede formuer op som én konkursmasse. Gomard henviser i den forbindelse til midtfnfestivaldommen U1997.1642H, som han opfatter som udtryk for formuesammenblanding, men ikke anser for at være udtryk for hæftelsesgennembrud, som han ikke mener, er aktuelt i forbindelse med dansk lov. Han kategoriserer hæftelsesgennembrud som uforenelig med lovgivningen, i hvert fald hvis den gøres til en generel regel, hvilket dog ikke endnu er aktuelt i Danmark.⁵⁶

⁵⁴ Pedersen, H. V. Godsk. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer U85B.352, side 2

⁵⁵ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 669

⁵⁶ Gomard Bernhard, aktieselskaber og anpartselskaber, side 75 og 84

6.4.1 Retspraksis i forhold til formuesammenblanding

At formuesammenblanding er en faktor, som er interessant, fremgår af U.1986.697V, hvor retten i dens afvisning af identitet mellem chokoladefabrikken og dens datterfinansselskab lagde vægt på, at de to selskabers økonomi havde været holdt adskilt.

Endvidere fremgår det af U.1997.179H, hvor der anførtes "...ikke fuldt tilstrækkelig anledning til..." statuering af identitet, at der havde været en del formuesammenblanding.

Også i Dansk Eternit A/S blev identitet nægtet, og her var virksomhedsoverdragelsen til Newco sket til uangribelige handelsværdier, som også indbefattede goodwill, hvorefter adskillelsen mellem de selskaber respekteredes. Dette er udtryk for vigtigheden af, at respektere selskaber som to uafhængige juridiske enheder, med hensyn til økonomien hvis identifikation skal undgås.

I U.1983.267S begrundedes identifikation mellem D og K blandt andet ud fra at kontakten mellem K og S i form af korrespondance og levering af varer heller ikke tidligere havde fulgt selskabsopdelingen i K, og retten fandt derpå, at funktionerne indenfor koncernen havde haft så løs og formel karakter, at identifikation var berettiget. Hvis det indenfor koncernen er lige meget hvem der tager sig af hvilke opgaver og leverer hvilke varer kan selskabsopdelingen indenfor koncernen ikke beskrives som respekteret, og der må være tale om en sammenblanding af formuegenstande.

Sidst men ikke mindst var der i forbindelse med statuering af hæftelse i U1997.1642H midtfynsfestivaldommen af retten lagt væk på sammenblanding af økonomien mellem de to søsterselskaber. Mens retten ikke fandt det godtgjort, at Peter Færgemanns personlige økonomi havde været så tæt forbundet med Festivalsselskabets eller Restaurationsselskabets økonomi, at også han umiddelbart hæftede for Festivalsselskabets gæld. Det vil sige, at retten i denne sag tog udgangspunkt i formuesammenblanding ved sondringen om, hvorvidt der er baggrund for statuering af hæftelse. Den manglende formuesammenblanding mellem Peter Færgemann og selskabet gør, at vi ikke kan få afklaret hvorvidt retten også ville have statueret hæftelse mellem den fysiske person og Festivalsselskabet, hvis de samme forudsætninger havde været til stede som mellem selskaberne.

Ud fra de anførte domme mener jeg, at det er muligt at konkludere, at faktisk sammenblanding af selskabers økonomi og deres økonomiske forhold, uklarheder med hensyn til hvilke koncernselskaber, der er berettiget til bestemte aktiver eller forpligtet i forhold til bestemte kreditorer, kan have et sådant omfang, at den selskabsretlige adskillelse ikke længere respekteres. Det fremgår endvidere, at der er bred enighed blandt forfattere og jurister om at formuesammenblanding kan medføre identifikation eller ligefrem hæftelsesgennembrud. Hvorvidt der gælder samme udgangspunkt for identifikation mellem person og selskab som to selskaber imellem er det ikke muligt ud fra retspraksis at fastlægge, men Werlauff antager i Selskabsmasken, at der i forhold til minoritets- og kreditorbeskyttelse bør anlægges stort set identisk loyalitetsstandard med hensyn til om kontrolgruppen består af et selskab eller person. Werlauff påpeger dog, at der antageligvis kunne herske en særlig forsigtighed ved at statuere gennembrudshæftelse overfor en fysisk person frem for et selskab, men bemærker dog at denne antagelse snarere er psykologisk frem for af retlig beskaffenhed.⁵⁷ Werlauffs teorier er dog også baseret på domme, som ikke umiddelbart kan tages til indtægt for hæftelsesgennembrud, idet de i stort omfang er baseret på udenlandske domme eller domme, som er procederet på andre forudsætninger end identifikation som for eksempel erstatningsretlige forudsætninger. Endvidere understreger han at grænsen går mellem person og selskab, og at det er nemmere at gennembryde den begrænsede hæftelse i koncerner.

6.5 Proforma opdeling/ Datterselskabet som >>instrument<<

Retsafgørelserne viser, at domstolene kan statuere identifikation mellem aktionærer/ anpartshavere og aktieselskaber/ anpartsselskaber og mellem nært forbundne selskaber i situationer, hvor de retlige dispositioner har karakter af proforma retshandler. For at anfægtelse af etablering af finansieringsordninger via koncerndannelser ikke skal kunne finde sted, må der foreligge reelle dispositioner til sikring af beskyttelsesværdige interesser.⁵⁸ Med andre ord er det i forbindelse med to forbundne selskaber nødvendigt med reel adskillelse, og etablering af for eksempel datterselskab skal ske med rimelig driftsmæssig begrundelse. Endvidere skal denne udskilte part udøve reelle funktioner.

⁵⁷ Werlauff, Erik. Selskabsmasken, side 296 og 297

⁵⁸ Kiilerich- Hansen. K. U.1982B. 425. Finansiering og sikkerhedsstillelse gennem koncerndannelse, side 2

Hvis moder-datterselskabsforholdet er præget af, at datterselskabet alene har fungeret som instrument for moderselskabet, kan det pege i retning af hæftelsesgennembrud. Werlauff kalder begrebet funktionel centralisering, og mener, at hvis dette udøves konsekvent og vedvarende, burde der ikke være noget betænkeligt ved at tage konsekvensen deraf. I organisatorisk form er der tale om at moderselskabet har behandlet sit datterselskab som en filial. Denne diskussion er specielt relevant for koncerner, idet der er tale om en filialdiskussion, som ikke ofte vil være at finde hos hoved og eneaktionærer.

Det ses ud af ovenstående domme, at i de tilfælde hvor der statueres hæftelse eller identifikation drejer det sig tydeligvis om tilfælde, hvor det ene selskab har været altdominerende i forhold til det andet.

En overførsel af formue eller aktivitet fra moderselskab til datter kan efter omstændighederne tilsidesættes i forhold til nogle kreditorer eller kreditorgrupper, hvis datterselskabet ikke har haft nogen selvstændig funktion eller formål. Hvorvidt der kan ske en identifikation mellem selskaberne i form af et hæftelsesgennembrud, afhænger af, hvilke forpligtelser der er tilsidesat ved datterselskabskonstruktionen. Dette er bestemmende for, hvorvidt man helt eller delvis kan se bort fra datterselskabet som selvstændig juridisk enhed med begrænset hæftelse.⁵⁹

Godsk Pedersen tilføjer, at selskaber som kun har en begrænset, snævert afgrænset funktion lettere vil kunne anses for et uselvstændigt led i driften af hovedvirksomheden. I den situation er der ofte tale om, at ledelsen for at undgå at selskabet bliver opfattet som en ren formalitet lægger stor vægt på i praksis at varetage alle de formelle regler, der knytter sig til selskabets selvstændighed.⁶⁰ Overvejelserne om, hvorvidt selskabet er oprettet rent pro forma, hænger tæt sammen med diskussionen om, hvorvidt selskabet er underkapitaliseret og blevet tømt for kapital af den kontrollerende part. Man kan sige, at hvis man inddrager Werlauffs teori om kontrolgruppen som udgangspunkt for hæftelsesgennembrud, vil der altid foreligge fuld kontrol fra kontrolgruppens side, det springende punkt er så, om kontrolgruppen har misbrugt sin dominerende stilling til at oprette et proforma selskab uden

⁵⁹ Gomard Bernhard, aktieselskaber og anpartselskaber, side 75

⁶⁰ Pedersen, H. V. Godsk. U1985.352. side 3

selvstændig funktion eller formål til at vildlede kreditorer og andre medkontrahenter. En form for risikoindkapsling, med misbrug af den begrænsede hæftelse for øje.

6.5.1 Retspraksis i forhold til pro forma

I U1980.806V havde virksomheden muligvis omgåelse af medarbejderrepræsentation i bestyrelsen for øje, overført sit personale til et datterselskab. Datterselskabets eneste aktivitet var at lønningerne til personalet blev udgiftsført via en konto i bogholderiet, som havde datterselskabets navn. Efter at selskaberne gik fallit, fandtes medarbejderne at kunne anmelde deres lønkrav i moderselskabet, idet der “reelt var sammenfald mellem selskaberne.”⁶¹

I U1986.697V J. P. Chokolade blev der ikke statueret identifikation med blandt andet den argumentation, at oprettelsen af datterselskabet B ikke gav grundlag derfor. Det påviser, at retten i overvejselsen at en eventuel identifikation overvejer hvorvidt der er tale om pro forma selskabsoprettelse med henblik på at føre kreditorerne bag lyset.

I U1968.766H Flying Enterprise A/S lagde retten i statueringen af identifikation blandt andet vægt på at datterselskabet ikke havde separate lokaler eller personale til rådighed, og at dets eneste formål var at administrere moderselskabets indtægter. Altså igen en henvisning til at datterselskabets reelle funktion og formål vurderes i forbindelse med identifikationsovervejselserne.

U1978.880H Inka Print handler i bund og grund om samme problemstilling, hvor der ikke indrømmes separatiststilling til D, idet D ikke havde udøvet selvstændig virksomhed og da D's eneste formål var at sikre F's tilgodehavende. Igen en henvisning til at formålet med datterselskabsoprettelsen er til vurdering ved overvejselser om selskabets separate berettigelse til opretholdelse af hæftelsesbegrænsningen.

I U1998.166Ø og U1999.326Ø kan man, selvom der var tale om fysisk aktionær og anpartshaver, som kontrollerede selskabet, sige at selskaberne blev brugt som instrumenter. Der må her klart være tale om situationer, hvor hvis ikke virksomheden blev drevet i selskabsform ville være blevet drevet i personligt regi. Der blev da også i

⁶¹ Gomard Bernhard, aktieselskaber og anpartselskaber, side 75

begge sager indrømmet identitet, dog ud fra culpa- overvejelser, men der var i disse sager tydeligvis handlet svigagtigt fra kontrolgruppens side.

6.6 Sammenfatning af retspraksis

De ovenfor diskuterede domme er udvalgt for at give et billede af, hvilke faktorer der i dansk retspraksis kan pege i retning af identifikation, og hvilke faktorer som kan modvirke dette. Der er udbredt enighed om, at flere af faktorerne kan medføre identifikation alene eller hvis flere af faktorerne er til stede. Gomard mener dog ikke, at der er en ulovhjemlet adgang til at idømme hæftelsesgennembrud, men medgiver dog at faktorer som formuesammenblanding, datterselskabet brugt som instrument, erstatningsansvar støttet på culpaovervejelser og de konkursretlige regler for omstødelse kan medføre identifikation og helt eller delvis gøre, om to selskaber eller fysiske aktionærer og selskab hæfter på lige fod. Idet der ikke er mange domme, er det svært at konkludere hvor mange og hvilke faktorer, der skal være til stede, for at der sker identifikation. Man kan dog udlede af retspraksis at de af Gomard nævnte faktorer, hver for sig og i samspil ofte vil udløse identifikation eller det som Werlauff kategoriserer det uægte hæftelsesgennembrud. Netop dommene U1998.166Ø og U1999.326Ø er eksempler på disse uægte gennembrud. Endvidere er dommen U1997.178H et eksempel på at et uægte hæftelsesgennembrud var nærliggende, men dog holdt bevisbyrden ikke og der blev ikke statueret identifikation, trods misbrug af den begrænsede hæftelse fra eneanpartshaveren K's side.

For at vurdere hvorvidt der er tale om et ægte hæftelsesgennembrud skal der i dommen ikke være lagt vægt på de erstatningsretlige regler, og der skal på objektivet grundlag lægges vægt på nogle af de fremhævede faktorer, som relaterer til forvaltningen af selskabet. Hvis Werlauffs snævre betegnelse benyttes, er der så vidt vides til dato kun midtfynsfestivaldommen, som matcher disse kriterier. Jeg har dog valgt de nævnte domme ud, idet næsten alle forfattere, der beskæftiger sig med emnet, definerer dette bredere. Jeg mener, at de fleste af dommene er at betegne som relevante for diskussionen om hæftelsesgennembrud. Mange gange er det svært at se ud fra dommen hvilke tanker, der fra dommernes side ligger bag dommen, idet der ofte gives en sparsom og meget konkret begrundelse. Udviklingen af en ulovreguleret gennembrudshæftelse på objektivet grundlag må antages at udvikle sig gradvist gennem retspraksis, og kan derfor ikke forventes pludselig at dukke op fra den ene dag til den anden. I USA ser man hæftelsesgennembruddet som en naturlig videreudbygelse af

erstatningsretten og skatteretten. Det må ligge fast, at hæftelsesgennembruddet må være en reaktion på erstatningsrettens utilstrækkelighed i situationer, hvor kreditorer er blevet klemt. Her mener jeg at dommene U1997.178H og Dansk Eternitfabrik A/S er gode eksempler, som støder ens retsfølelse.

Werlauff mener, at midtfynsfestivaldommen har vist, at der allerede findes en ulovhjemlet adgang til statuering af hæftelsesgennembrud, en antagelse der i øvrigt støttes af Dahl og Nørgaard, som udråber dommen til at være den første danske dom om gennembrudshæftelse. Dog er der ikke i dommen tale om, at aktionæren bliver holdt ansvarlig men derimod søsterselskabet. Dette mener Werlauff dog heller ikke er noget problem, idet gennembrudshæftelse også kan forekomme mellem retssubjekter, der kontrolleres af noget tredje. Set i dette lys er der i midtfynsfestivaldommen tale om et ægte hæftelsesgennembrud.

Det ses af dommen, at Højesteret stadfæster Landsrettens dom med den samme begrundelse. Det helt essentielle i dommen er, at der statueres hæftelse uden brug af erstatningsbaserede culpasondringer. Det er altså uden betydning i denne sammenhæng, hvad der er foregået i Restaurationsselskabets hoved i forhold til overholdelse af culpånormerne. De ting som hæftelsen blev begrundet med var:

- Sammenblanding af selskabernes økonomi
- Hverken indadtil eller udadtil er der sket nogen detaljeret aktivitetsopdeling.
- Opdeling således at Restaurationsselskabet hovedsageligt indsamlede overskud og Festivalselskabet stod for den økonomiske risiko, med den følge at Festivalselskabet er underkapitaliseret i forhold til de risici, som dets virksomhed frembyder. Festivalselskabet er her blevet brugt som instrument til opmagasinering af de risikofyldte dele af koncernen, til udnyttelse af den begrænsede hæftelse.

Disse fremhævede momenter er, hvad der af flere forfattere fremføres som indikation på hæftelsesgennembrud og som til tider udløser et hæftelsesgennembrud i udlandet, men det er den første danske dom, som direkte selskabsretligt gennemhuller den begrænsede hæftelse uden brug af erstatningsretlige principper. Dette underbygges af den udtrykkelige brug af ordet hæftelse i dommen.

I forhold til Peter Færgemann (i form af Nina Færgemann i uskiftet bo) afviser retten både at identificere denne med Festivalselskabet, og at der skulle være tale om erstatningspligt fra dennes side. Den manglende formuesammenblanding mellem Peter Færgemann og selskabet gør, at vi ikke får afklaret, hvorvidt retten også ville have statueret hæftelsesgennembrud mellem den fysiske person og Festivalselskabet, hvis de samme forudsætninger havde været til stede som mellem selskaberne.

Endvidere giver dommen heller ikke svaret på, hvorvidt hæftelsesgennembrud ville have blevet statueret, hvis bare en af de ovenførte momenter var til stede som for eksempel den risikoforvridning til Restaurationsselskabets fordel, som der her var tale om. Men det er en subjektiv vurdering, der skal foretages af dommerne, hvorvidt der i denne specifikke sag er handlet så langt fra, hvad der er rimeligt, at her må der pålægges straf. Det kan konstateres, at dansk ret her for første gang idømmer to søsterselskaber et ægte hæftelsesgennembrud, men det fremgår ikke tydeligt af dommen hvorvidt alle momenterne var lige afgørende, og hvorvidt det kunne være andre momenter indblandet med samme resultat til følge. Både Schwarz- Hansen og Werlauff nævner illoyalitet overfor kreditorer som en nøglefaktor i overvejelserne for eller imod hæftelsesgennembrud.

Retten foretager i midtfynsfestivaldommen en sondring mellem tvangskreditorer og almindelige kreditorer. Det skinner igennem i dommen, at det har været lettere at træffe beslutningen om hæftelsesgennembrud, når der var tale om tvangskreditorer. Det er også mere nærliggende eller rimeligt at statuere hæftelsesgennembrud til fordel for tvangskreditorer, som ikke kan gardere sig mod at få penge til gode end til fordel for almindelige kreditorer, som har mulighed for på forhånd at kreditvurdere. Ifølge Dahl og Nørgaard har det ikke været højesterets tanke at introducere en sondring mellem kreditorer af 1. eller 2. grad, eller for den sags skyld favorisere offentlige kreditorer.⁶² Det må dog ud fra dommen stå klart, at der i dette tilfælde er sket en sondring.

Termen identifikation bruges bredt indenfor dansk selskabsret, og som jeg indledningsvist konkluderede, må identificering af to subjekter være forudsætningen for gennembrudshæftelse. Der er i forfattere og teoretikers tolkning af hæftelsesgennembrud ikke enighed om definitionen, jeg har i denne afhandling truffet

⁶² Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen. U2000B.399. Et anpartsselskab blev pålagt hæftelse for >>søsterselskabs<< gæld til Told- og Skattestyrelsen, side 3

det valg at behandle begge, men tydeligt kategorisere dem i ægte og uægte. Mens der af gennemgangen af retspraksis kun kan udledes et enkelt ægte eksemplar mener jeg godt, at der kan konkluderes, at der efter midtfynsfestivaldommen kan siges, at eksistere en ulovhjemlet adgang til statuering af hæftelsesgennembrud i dansk ret. Hæftelsesgennembrud er kun en lille niche indenfor den store kategori af identifikationstilfælde, som ofte er afgjort efter de konkursretlige regler om omstødelse eller erstatningsretlige culpaovervejelser. De momenter, som der ovenfor refereres til, er dog ofte og mangfoldigt tilstede i domspraksis, det er ikke muligt at konkludere hvilke momenter som konkret vil udløse en identificering, men det er klart, at de ovenfor refererede momenter er med til hver for sig og tilsammen at signalere hvorvidt to selskaber eller person og selskab er så involverede, at det ikke er fair overfor kreditorerne, at de ikke kan søge fyldestgørelse hos begge parter.

I det følgende kapitel vil jeg synliggøre forskellene på objektivt baserede faktorer, som fremhæves i forhold til hæftelsesgennembrud og begrebet culpa, som fremhæves i forbindelse med erstatning.

7 Ægte/ uægte hæftelsesgennembrud

7.1 Historisk udvikling frem mod hæftelsesgennembrud

Der har ifølge Werlauff gennem årene været utilfredshed med tilstrækkeligheden af den traditionelle erstatningsret, der er opstået et behov for at finde objektive løsninger på en række juridiske problemer. Områderne produktansvar, forurening og særligt risikobetonet bedrift er eksempler på disse. Her har den traditionelle erstatningsret ikke kunnet slå til, og man har rettet blikket mod den objektive hæftelse. Det er imidlertid et område, hvor man står over for et af grundprincipperne i selskabsretten, nemlig den begrænsede hæftelse. Derfor er det nødvendigt at træde varsomt og Werlauff, som er en af de forfattere, der har beskæftiget sig meget med hæftelsesgennembrud understreger, at det er nødvendigt med betydelige erfaringer i retspraksis før man kan give deciderede grundsætninger på området. Området som diskussionen ifølge Werlauff nu drejer sig om, er på hvilke områder det er rimeligt at statuere hæftelse, uden den helt grundlæggende betingelse for erstatningsansvar er opfyldt- kravet om påvisning af culpa?⁶³

Her nedenfor vil jeg diskutere forskellen mellem hæftelsesgennembrud og erstatningsansvar eller ud fra Werlauffs kategorisering sondringen mellem ægte og uægte hæftelsesgennembrud.

7.2 Forskellen på hæftelsesgennembrud og erstatningsansvar

Kan kreditor rette en gennembrudshæftelse mod kontrolgruppen skal han økonomisk i forhold til denne stilles, som om kontrolgruppen og selskabet havde drevet virksomheden sammen på interessentlignende retsgrundlag. Kreditorkravet kan derfor rettes mod kontrolgruppen på samme måde, som det i et interessentskabsforhold ville kunne rettes mod en interessent. Kravet andrager således kreditors fulde tilgodehavende, for eksempel det samlede fakturabeløb, nu uden fradrag af generalomkostninger. Rente, konventionalbod, allerede påløbne inkassoomkostninger med videre, der ville kunne kræves i forhold til selskabet, vil også kunne gøres

⁶³ Werlauff, Erik. TfS1997, 822: Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, side 1
culpa skal her forstås som fortsæt eller grov/ simpel uagtsomhed hos skadevolderen

gældende overfor kontrolgruppen.⁶⁴ Der er tale om et beløb udmålt som positiv kontraktsinteresse.

Har kreditor lidt et tab, og er de erstatningsretlige krav opfyldt, kan kreditor rette et erstatningsretligt krav mod aktionærene i et selskab:⁶⁵

1. Der er lidt et økonomisk tab
2. Skaden skal kunne tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom, der skal være en hvis form for culpa (skyld)⁶⁶
3. Der skal være den fornødne årsagssammenhæng (kausalitet) mellem den skete skade og det lidte tab
4. I lyset af den konkrete handling eller undladelse må skaden anses for at være påregnelig (adækvat)

Erstatningskravet svarer beløbsmæssigt til kreditors tab, idet kreditor skal stilles, som om hans aftale med selskabet ikke var indgået. Er kreditors krav et fakturatilgodehavende, udgør hans tab som principielt udgangspunkt ikke det samlede fakturabeløb, som normalt har fortjeneste, egentlige omkostninger, herunder varekøb, arbejds løn, andel i generalomkostninger og så videre indberegnet.⁶⁷ Her er der tale om et beløb svarende til negativ kontraktsinteresse.

Munck og Hedegaard Kristensen er ikke enige i dette synspunkt, de mener ikke, at man kan sondre mellem positiv kontraktsinteresse ved et hæftelsesgennembrud og negativ kontraktsinteresse ved erstatning.⁶⁸ Denne kritik af Werlauffs skelnen mellem beløbsstørrelserne ved henholdsvis statuering af erstatning og hæftelsesgennembrud tiltrædes endvidere af Dahl og Nørgaard i U.1992B.68. hvor der fremhæves, at der i nogle sager kan være forskel i beløbsudmålingen. At kategorisere i negativ og positiv kontraktsinteresse som stående overfor hinanden kan ikke retfærdiggøres, og kan heller

⁶⁴ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 463

⁶⁵ Iversen Jon, Legal risk management, side 133

⁶⁶ Som udgangspunkt er både simpel og grov uagtsomhed tilstrækkeligt til, at der kan ifaldes erstatningsansvar. I forhold til ASL § 142 har lovgiver valgt at fravige udgangspunktet hvad angår aktionærer ved at skrive i loven at der kun kan ifaldes ansvar, hvis der er handlet groft uagtsomt. Det er dog stadig muligt for aktionærer at ifalde erstatningsansvar efter de almindelige erstatningsprincipper og tages disse i brug er udgangspunktet ikke længere fraveget og også simpel uagtsomhed medfører straf. Iversen Jon, Legal risk management, side 133 og Werlauff Erik, Werlauff's kommenterede aktieselskabslov, side 572

⁶⁷ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 448 og 462

⁶⁸ Munck Noe og Kristensen Lars Hedegaard, Selskabsformerne- lærebog i selskabsret, side 235

ikke bakkes op af retspraksis.⁶⁹ Werlauff giver dog også selv i ”Selskabsmasken” udtryk for, at der i udmålingen af beløbsstørrelsen forekommer mange modifikationer.⁷⁰ Det fremgår altså at Werlauff ikke i ”Selskabsmasken” gjorde rede for disse begreber på en måde der er kompatibel med dansk ret. Opgørelsen af positiv og negativ kontraktsinteresse var i stor stil baseret på tysk ret, som ikke automatisk kan tages til indtægt for gældende dansk ret. Dog holder Werlauff fast i, at hvis der er basis for både påberåbelse af erstatning og hæftelsesgennembrud, er hæftelsesgennembruddet den sikreste måde at få sine penge krone for krone på.

Endvidere gør Werlauff opmærksom på, at denne diskussion er mindre væsentlig i forbindelse med hæftelsesgennembrud, om end den tjener til at synliggøre forskellene mellem erstatning og hæftelse på objektivt grundlag. Når man taler om positiv og negativ opfyldelsesinteresse, må der være tale om en aftalekreditor (frivillig kreditor), ellers ville der jo ikke være nogen aftale at opføre negativ og positiv opfyldelsesinteresse ud fra. Werlauff mener som udgangspunkt, at frivillige kreditorer har meget dårligere mulighed for at søge sig fyldestgjort gennem hæftelsesgennembrud end tvangskreditorer, idet de selv har haft det valg, om de ville kontrahere med det pågældende selskab.

Det er vigtigt at sondre mellem, men også se på sammenhængen mellem virkemidler. Regler om hæftelsesgennembrud søger at angive nogle objektivt bestemte tilfældegrupper som for eksempel underkapitalisering, der enkeltvis eller tilsammen fører til, at moderselskabet hæfter for datterselskabets gæld. Regler om ansvar på underkapitaliseringsområdet søger at angive konkrete situationer, hvor moderselskabet indså eller burde indse, at et datterselskabs oprettelse eller videreførelse på et givet kapitalgrundlag vil medføre tab for kreditorerne. Er erstatningsbetingelserne opfyldt, bliver moderselskaber ansvarlig for dette tab.⁷¹

Her nedenfor vil jeg til illustration gennemgå de erstatningsretlige forudsætninger, som ligger til grund, når der skal besluttes, hvorvidt erstatning skal statueres. Endvidere vil jeg beskrive objektivt ansvar, som er det, Werlauff argumenterer for som baggrunden for statuering af det ægte hæftelsesgennembrud. Culpabetragtningerne er endvidere interessante at have med, idet det ikke er alle forfattere, som har beskæftiget sig med emnet, som giver Werlauff ret i sin skelnen mellem ægte og uægte

⁶⁹ Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen. U.1992B.68 Anmeldelse, side 2

⁷⁰ Werlauff Erik, Selskabsmasken, side 462

⁷¹ Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret, side 641

hæftelsesgennembrud, idet de ikke skelner mellem om identifikationen er begrundet ud fra objektivt ansvar eller erstatningsretlige culpabetragtninger.

7.2.1 Grov uagtsomhed

Kernen i uagtsomhedsvurderingen er, at vi vender os mod handlinger, som vidner om ligegladhed, hensynsløshed og sløseri. Vi kræver at vores medmennesker skal opfylde nogle almindelige krav om at handle på et nogenlunde acceptabelt niveau. Vurderingen udtrykker samfundets mening. Det er muligt at den handlende indså, at der var en vis fare forbundet med deres handling. Men handlingen kan også karakteriseres som uagtsom, selvom den handlende slet ikke tænkte på, at noget kunne gå galt. Har den handlende været klar over, at noget kunne gå galt, så siges denne, at have været bevidst uagtsom. Situationen hvor han var uvidende om, at noget kunne gå galt, betegnes som ubevist uagtsom.⁷²

Det fremgår af straffelovens forarbejder, at uagtsomhed er til stede, når gerningspersonen ved sin handling ikke har vist den agtpågivenhed, som det af hensyn til andres retsgoder under de foreliggende omstændigheder som det efter personens forhold var hans/hendes pligt at udvise. Dermed menes, at der skal tages hensyn til personens evner og udvikling, samt de i situationen givne omstændigheder. Dommerne skal i situationen klarlægge, hvorvidt handlingen objektivt har været uforsvarlig, og man sammenligner handlingen med hvad en god familiefader ville gøre i en lignende situation >>Bonus pater familias<<. Sammenligningsgrundlaget er ikke den borger som man ville komme frem til ved sociologiske gennemsnitsberegninger, men derimod den borger, som dommerne gerne så som gennemsnitsborger.

Der skelnes mellem simpel og grov uagtsomhed. For at en handling skal kunne betegnes som grov uagtsomhed, må den være klart afvigende fra den sædvanlige norm og standard for gennemsnitsborgeren. Handlingen skal være særlig forkastelig.⁷³

⁷² Greve, Vagn og Langsted, Lars Bo, Hovedlinier i erhvervsstrafferetten, side 43

⁷³ Greve, Vagn og Langsted, Lars Bo, Hovedlinier i erhvervsstrafferetten, side 44 - 50

7.2.2 Fortsæt

Fortsæt er en højere tilregnelighedsform end uagtsomhed. Når uagtsomhed er strafbart, er udgangspunktet, at fortsæt også er det. Hvis bestemmelsen kræver fortsæt, fremgår dette af lovteksten, hvis det ikke drejer sig om en paragraf i straffeloven.

Der findes nogle enkelte handlinger som kun er strafbare, når de er begået med fortsæt. Det gælder blandt andet dokumentfalsk, tyveri og underslæb.

Mens uagtsomhedsbegrebet bygger på dommerens vurdering af handlingens forkastelighed, afhænger fortsætbegrebets grundlag af, hvad personen selv har forestillet sig og villet. Det vil sige, at undersøgelsen af om handlingen var fortsættelig må afhænge af klarlæggelsen af hvad personen selv tænkte.⁷⁴

7.2.2.1 Direkte fortsæt

Direkte fortsæt foreligger:

1. Når en bestemt følge tilstræbes, for eksempel betaling af for lidt moms til statskassen
2. Når en bestemt omstændighed vides at være til stede, for eksempel at man ved at nogle af regnskabstallene er forkerte
3. Eller når følgen er anset for at være et uundgåeligt resultat af en villet handling, for eksempel betaling af for lidt i skat, når man undlader at optage nogle indkomster på sin selvangivelse, fordi man ikke tør at vise sin ægtefælle, at man har spillet poker om store pengebeløb.

7.2.2.2 Sandsynlighedsfortsæt

Det sidstnævnte punkt dækker over det forhold at person har anset det for næsten 100 % sikkert, at handlingen realiserer et strafbart forhold. Selv om personen anser sandsynligheden for at være mindre, kan der stadig være fortsæt. Anser personen det for mere sandsynligt at det ulovlige resultat ville blive en følge af handlingen, end at det ville udeblive, er det tale om sandsynlighedsfortsæt. Gerningsmanden skal selv have indset, at det var mere end 50 % sandsynligt, at gerningsindholdet ville blive realiseret gennem den udførte handling.

⁷⁴ Greve, Vagn og Langsted, Lars Bo, Hovedlinier i erhvervsstrafferetten, side 51 - 52

7.2.2.3 Eventualitetsfortsæt

Når sandsynligheden bliver mindre end de 50 % er udgangspunktet, at der "kun" foreligger bevidst uagtsomhed. Eventualitetsfortsæt antages dog at være til stede hvis disse følgende tre punkter positivt opfyldes:

1. Personen må have antaget, at der var under 50 % sandsynlighed for den kriminelle følges indtræden
2. Personen må have ment, at sandsynligheden ikke var meget lille
3. Desuden må han eller hun have tænkt så langt og accepteret eller indvilliget i at tage den med i købet. Personen har bestemt sig for, hellere at ville begå forbrydelsen end at afstå fra handlingen. >>Ske, hvad der vil!<<⁷⁵

7.2.3 Objektivt ansvar

Objektivt strafansvar foreligger, når der straffes, selv om det ikke er bevist, at den pågældende har handlet uagtsomt eller forsætligt. Uagtsomheds og fortsætsansvaret retfærdiggøres gennem henvisninger til personens adfærd og holdninger, dette er ikke tilfældet med idømmelsen af objektivt ansvar. Begrundelsen for at indføre objektivt ansvar er som regel:

- At man vil øge almenpræventionen
- At man vil ramme og inddrage fortjenesten, uanset om skyld kan godtgøres
- At der ofte vil være en skjult skyld, således at straffemuligheden eller den gennemførte straffesag kan medvirke til gennemførelse af ændrede forhold i produktionsapparatet m.v. i fremtiden.

Objektivt strafansvar forudsætter altid en udtrykkelig regel herom i loven. I dansk ret har man været tilbageholden med at indføre objektivt ansvar for personer, mens man for selskaber har været mere tilbøjelig til at acceptere dette noget strengere strafansvar.⁷⁶ Dette står i modsætning til flere juristers holdning, og endvidere hvad der nu viser sig af retspraksis, nemlig at der i Danmark er ved at udvikle sig en ulovhjemlet adgang til statuering af hæftelsesgennembrud på objektivt grundlag.

⁷⁵ Greve Vagn og Langsted Lars Bo, Hovedlinier i erhvervsstrafferetten, side 53

⁷⁶ Greve, Vagn og Langsted, Lars Bo. Hovedlinier i erhvervsstrafferetten, side 54 - 55

Selvom midtfynsfestivaldommen endnu er den eneste dom, som tyder på, at der blev dømt hæftelse uden brug af culpaovervejelser.

7.3 Diskussion af erstatning og objektivt ansvar

Som det tidligere er nævnt i projektet er skillelinien mellem erstatningsansvar og hæftelse særlig tynd, når der er tale om et mindre selskab, hvor enejeeren selv er direktør og forestår den daglige drift. Munck og Hedegaard Kristensen mener ikke, at det er interessant at diskutere hæftelsesgennembrud i sager hvor muligheden for at pålægge erstatningsansvar er til stede.

Dommene U1998.166Ø, U1999.326 og U1997.178H er procederet og afgjort på et culpa- baseret udgangspunkt og kategoriseres af Werlauff som uægte hæftelsesgennembrud, mens erstatningsbaseret identifikation af Gomard ikke kategoriseres anderledes end identifikation på baggrund af formuesammenblanding. Der er dog klar forskel på, hvorvidt man idømmes identifikation på objektivt grundlag eller udfra en påvisning af culpa. Som det fremgår af afsnittet ovenfor, er man ikke ved objektivt ansvar nødsaget til, at kunne bevise, at den pågældende har handlet uagtsomt eller forsætligt. Endvidere er der fordele, idet man øger almenpræventionen og dermed statuerer, at denne form for forretningsudøvelse ikke er acceptabel.

Det faktum at man er mere tilbageholdende overfor at indføre objektivt ansvar for personer end selskaber kan også være en medvirkende faktor med hensyn til at flere forfattere mener, at det at statuere hæftelsesgennembrud ikke er relevant så længe der er basis for at pålægge erstatningsansvar. Det er også det synspunkt Werlauff giver udtryk for i sin begrundelse for en kodificering af den materielle selskabsret. Werlauff mener, at vi i Danmark mangler objektive regler til at fange de tilfælde at misbrug af den begrænsede hæftelse, som erstatningsretten ikke kan fange.⁷⁷

⁷⁷ Dette er Werlauffs begrundelse for indførelsen af regler for hæftelsesgennembrud, men Werlauff mener dog også, at der kan forekomme situationer, hvor der er mulighed for påberåbelse af både erstatning og gennembrudshæftelse. I disse sager vil gennembrudshæftelse med hensyn til kompensationsudmåling give det bedste resultat.

8. Kreditorer

8.1 Hensyn til kreditorerne

Godsk Pedersen mener, at der er to hensyn, som begrundet identifikation af to formelt selvstændige retssubjekter. For det første er der hensynet til ét af de formelle retssubjekters medkontrahenter, der ville kunne blive urimelig ringe stillet, hvis ikke det andet formelle retssubjekt hæftede. For det andet hensynet til, at nogle kreditorer ikke opnår fordele i kraft af formelle konstruktioner uden reelt indhold.⁷⁸

Dette synspunkt er Werlauff enig i, idet han mener, at der gælder en loyalitetspligt for selskabsdeltagere, som man bør leve op til. I forhold til identitets/hæftelsesgennembrudsovervejelser er det hovedsageligt kreditorer, som ikke er tilpas beskyttet i de tilfælde hvor culpa- reglen ikke slår til. Her mener Werlauff, der mangler mulighed for alligevel at holde de virkelige ansvarlige til ansvar.⁷⁹

I forhold til de i afsnittet om retspraksis diskuterede domme, er det tydeligt, at der er klemte kreditorinteresser tilstede, ofte er der tale om situationer, hvor det ikke virker rimeligt, at selskabet eller hovedaktionæren ”slipper af sted med det”. Et eksempel er U1997.179H, hvor Højesteret anfører ”ikke fuldt tilstrækkelig anledning til...” og omkostningsophævelsen tyder på, at det her har været tæt på statuering af identifikation. Det fremgår også af sagen, at ejeren har ladet de løbende udgifter blive i det gamle selskab, som stod til at blive dømt til at betale nogle kostbare mangler. Alle indtægtskilderne er derimod blevet overflyttet til det nye og levedygtige selskab. Denne sag mener jeg, vil støde de fleste, eller i hvert fald give stof til eftertanke med hensyn til rimeligheden af denne konstruktion overfor kreditorerne i det gamle selskab. Det nye selskab skaber en hæftelsesbegrænsning fra det gamle selskab og ejeren, og dermed et komfortabelt kreditorly for de indtægtsgivende aktiviteter.

Ligeledes er der i sagen Dansk Eternitfabrik A/S forhold, der taler for og imod denne lignende konstruktion. Der er i denne sag sket overførsel til uangribelige handelsværdier og adskillelsen af selskaberne er blevet overholdt, men alligevel kan man stille spørgsmålet, om ikke kreditorerne havde en anden forventning, dengang de troede, at de købte produkter fra et solvent og respektabelt selskab.

⁷⁸ Pedersen, H. V. Godsk. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer U85B.352, side 2

⁷⁹ Werlauff, Erik. R&R 1997.06. 0025. God selskabsskik 1, side 4 og 6

I disse sager er der handlet illoyalt fra moderselskabets side overfor datterselskabet, idet man på datterselskabets bekostning favoriserer moderselskabet. Det må også være udtryk for brug af datterselskabet som instrument, da denne form for koncerndannelse viser en risikoindkapsling af de latente krav, med en betydelig forringelse af kreditors muligheder for kompensation til følge.

Kreditorerne er ofte i en udsat situation, når det gælder samhandel med selskaber. Selskaber opererer med begrænset hæftelse, og dette sætter sin begrænsninger for fyldestgørelse, når det begynder at skrante for selskaberne. Selvom der gælder krav om publicitet, yder disse oplysninger ikke altid tilstrækkelig beskyttelse, idet de kan være for gamle, utilstrækkelige eller forkerte. Endvidere er der tvangskreditorerne, som ikke har haft et valg med hensyn til, om de ville kontrahere med det pågældende selskab. Der er mange momenter, der gør, at kreditorer er udsatte, når de samarbejder med selskaber:

- At selskabets formue ikke tilhører og måske derfor ikke værnes af nogen som deres personlige ejendom
- At selskabsdeltagerne og i særdeleshed aktionærene ikke hæfter for selskabets gæld
- At den eller dem som er knyttet til selskabet som aktionær eller administrator, ikke altid har samme tilskyndelse til at konsolidere og opretholde betalingsdygtigheden som indehaveren af et enkeltmandsfirma.⁸⁰

8.2 Retsøkonomisk teori

Indenfor retsøkonomien interesserer man sig for analyser af samfundet på et overordnet samfundsmæssigt niveau. Det handler om hvilke effekter og konsekvenser der skabes ved forskellige retlige reguleringer, et samspil mellem økonomi og jura. Det er Krüger Andersen og Nielsens holdning, at de retsøkonomiske teorier får større og større betydning for retsskabelsen og som forklaringsmodel på mange retsområder. En lang række problemstillinger, som tidligere alene havde en "juridisk" præget forklaring, beskrives nu i den nationale og internationale debat inden for en økonomisk referenceramme. Det er Krüger Andersen og Nielsens holdning at en retsøkonomisk

⁸⁰ Gomard, Bernhard. Aktieselskaber og anpartselskaber, side 75

tilgang til en række områder kan give en ny og bedre forståelse for en række mekanismer omkring retsreglers udformning, anvendelse og virkning.⁸¹ Set i forhold til hæftelsesgennembrudsdebatten er denne synsvinkel meget interessant.

En hovedbegrundelse for den begrænsede hæftelse i kapital-selskaber er, at den antages at fremme investeringstilbøjeligheden og dermed øge investeringerne. Det forudsættes, at flere vil investere i aktiv erhvervsvirksomhed, når risikoen kan begrænses til den i selskabet indskudte kapital. Set i et økonomisk perspektiv udgør selskabsretlige og regnskabsmæssige regler om publicitet, børsretlige regler om informationspligt, om insiderhandel og så videre forsøg på at opfylde forudsætningen om fuld information. Hvis man forestillede sig, at de legale regler virkelig sikrede alle kreditorer fuld og lige information, ville en fuldstændig håndhævelse af princippet om begrænset hæftelse ud fra et økonomisk synspunkt være en naturlig og rimelig konsekvens. Argumentets logik er ubestridelig, men det forudsætter, at der er betalt risikopræmier på grundlag af fyldestgørende og korrekt information.⁸²

8.2.1 Frivillige og ufrivillige kreditorer

På denne baggrund er det vigtigt for diskussionen om hæftelsesgennembrud at skelne mellem frivillige og ufrivillige kreditorer. Er man frivillig kreditor har man muligheden for på forhånd at kreditvurdere den pågældende virksomhed, og man kan dermed pålægge en præmie, der svarer til den vurderede risiko. Er man derimod ufrivillig kreditor har man ikke haft en mulighed for at kreditvurdere selskabet eller for at bestemme sig for at kontrahere med netop denne part. Ufrivillige kreditorer kan dreje sig om skader på privatpersoner som følge af egenskaber ved virksomhedens produkter, eller ansvar for miljøskader, færdselsuheld med videre. Der er også det offentlige, som også ofte er ufrivillig kreditor eller tvangskreditor, idet der for eksempel kan være ubetalte moms- og skatterestancer i selskabet. Mellem de frivillige og ufrivillige kreditorer står ansattes arbejdsskader. Er selskabet ikke i stand til at honorere eventuelle krav, afhænger de ansattes stilling af deres egen økonomi eller eventuel hjælp fra samfundet.⁸³

⁸¹ Andersen, Paul Krüger og Nielsen, Ruth. U.1998B.476, Retsøkonomi og retskildelære, side 2 og 3

⁸² Andersen, Paul Krüger og Nielsen, Ruth. U.1998B.476, Retsøkonomi og retskildelære, side 3

⁸³ Andersen, Paul Krüger, Studier i dansk koncernret, side 242 og 243 samt Andersen, Paul Krüger og Nielsen, Ruth. U.1998B.476, Retsøkonomi og retskildelære, side 4

Det økonomiske resultat af den begrænsede hæftelse i forhold til de ufrivillige kreditorer er, at der sker en overvæltning af økonomisk risiko og omkostninger på en ubestemt gruppe af personer og samfundet. Man må tage valget hvorvidt man vil acceptere denne overvæltning af risiko, eller der bør gennemføres ordninger, der tvinger moderselskabet eller personerne bag til at bære de omkostninger, som der er forbundet med det pågældende selskabs erhvervsmæssige aktivitet. Krüger Andersen opridser flere alternativer:⁸⁴

1. At lade det være et samfundsmæssigt anliggende at sørge for personer, der af denne eller andre grunde ikke kan klare sig selv, eller lade det være personens egen risiko at klare sig selv.
2. At kræve, at selskaber har obligatoriske forsikringsordninger over for ufrivillige kreditorer.
3. At kræve, at selskaber generelt eller i visse farlige brancher estimerer risikoen for krav af denne art, at de viser disse krav i regnskaberne, lader dem indgå i balancen og eventuelt kræver, at egenkapitalen kan dække sådanne krav.
4. At lade aktionærene/ moderselskabet hæfte – hæftelsesgennembrud.

I diskussionen af hvilke af disse muligheder der er rimelige eller ønskelige er det vigtigt nøje at overveje sondringen mellem på den ene side retfærdighed og på den anden side klarhed i retstilstanden. Krüger Andersen mener at, det er vigtigt at se hæftelsesgennembrud i forhold til samfundsøkonomien. Ifølge økonomisk teori er det en forudsætning for effektiv ressourceallokering, at omkostningerne bæres af de virksomheder, hvis aktiviteter giver anledning hertil. Dette udgangspunkt fører frem til standpunktet:

“koncerner der kan betragtes som én virksomhed, bør også bære de omkostninger, som >>hører til<< denne virksomhed.”⁸⁵

Ved vurderingen af spørgsmålet om hæftelsesgennembrud må der som tidligere diskuteret skelnes mellem forskellige kreditorgrupper ifølge Krüger Andersen og Nielsen. Først og fremmest mellem de kreditorgrupper der har mulighed for at vurdere og påtage sig risiko, og dem, der ikke har den mulighed. Krüger Andersen og Nielsen

⁸⁴ Andersen, Paul Krüger, Studier i dansk koncernret, side 243

⁸⁵ Andersen, Paul Krüger, Studier i dansk koncernret, side 244

foreslår her ud fra retsøkonomisk teori, at det vil være rimeligt, at sondre mellem rene erstatningskreditorer og specielle aftalekreditorer som medarbejdere, mindre leverandører med videre.⁸⁶

Retten foretager i midtfynsfestivaldommen U1997.1642H en sontring mellem tvangskreditorer og almindelige kreditorer, det skinner igennem i dommen, at det har været lettere at træffe beslutningen om hæftelsesgennembrud når der var tale om tvangskreditorer. Det er også mere nærliggende eller rimeligt at statuere hæftelsesgennembrud til fordel for tvangskreditorer, som ikke kan gardere sig mod at få penge til gode end til fordel for almindelige kreditorer, som har mulighed for på forhånd at kreditvurdere. Ifølge Dahl og Nørgaard har det ikke været højesterets tanke at introducere en sontring mellem kreditorer af 1. eller 2. grad, eller for den sags skyld favorisere offentlige kreditorer.⁸⁷ Det må dog ud fra dommen stå klart, at der i dette tilfælde er sket en sontring.

Werlauff medgiver også at det er vigtigt at sondre mellem aftalekreditorer og tvangskreditorer, idet aftalekreditorer som selv har valgt at blive kreditor ikke kan forvente samme adgang til gennembrudshæftelse som de kreditorer, som ikke har haft nogen mulighed for kreditvurdering. Werlauff bemærker dog, at en accept af det offentlige som tvangskreditor med særligt beskyttelsesbehov indebærer en vis accept af, at offentretlige krav skulle være mere beskyttelsesværdige end privatretlige, hvilket han ikke kan tilslutte sig. Endvidere pointerer Werlauff, at mindre aftalekreditorer ofte er i en lige så tvangsmæssig situation som egentlige tvangskreditorer, idet at de enten vælger at samhandle med ordregiveren uanset selskabsform, ellers går ordren til en anden.⁸⁸

Ud fra et samfundsøkonomisk og finansielt synspunkt bør man søge hen mod løsninger af dette problem, som ikke fører til ansvar for personer på grund af personers risikoaversion og tillige løsninger, som gør risikoen for krav af denne art overskuelig.

⁸⁶ Andersen, Paul Krüger og Nielsen, Ruth. U.1998B.476, Retsøkonomi og retskildelære, side 4

⁸⁷ Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen. U.2000B.399, side 3

⁸⁸ Werlauff, Erik. RR.1997.06.0025. God selskabsskik 1, side 5.

Werlauff henviser i denne artikel til den svenske betænkning SOU 1987:59 om ansvarsgenombrott. Det interessante ved denne betænkning som resulterede i et lovudkast var, at man her klart tog stilling til hvem der burde have mulighed for som kreditor at få kompensation i forhold til gennembrudshæftelse. Man burde ikke som kreditor have mulighed for, at påberåbe sig hæftelsesgennembrud i de tilfælde hvor kreditor klart bliver gjort opmærksom på på selskabets økonomiske situation forud for kontraheringen. Her, men også kun her, er der intet specielt hensyn at tage til kreditor.

Hvis aktionæren er et selskab, således at der foreligger et koncernforhold, kan man umiddelbart sige, at et ansvar for moderselskabet ikke når frem til fysiske personer. Dette er mere acceptabelt ud fra betragtninger om risikoaversion at fravige hæftelsesbegrænsningen i disse situationer.⁸⁹

8.3 Hæftelsesgennembrud er mere relevant for koncerner end for enkeltstående selskaber

Det fremgår af ovenstående, at det udfra et retsøkonomisk synspunkt er naturligt at fokusere på koncerner i sikringen af kreditorer, idet erstatningsansvaret eller hæftelsen i så fald ikke når frem til fysiske personer. Friis Hansen mener også, at det i forbindelse med sikring af kreditorer er relevant at fokusere på koncerner, idet han mener, at kreditorer ved kontrahering med koncerner er dårligere sikret, end hvis der var tale om et enkelt selskab. Friis Hansen foreslår at en kodificering af selskabsretten kan løse problemet.

“De almindelige selskabsretlige grundsætninger om minoritets- og kreditorbeskyttelse mister i vidt omfang deres betydning for virksomheder i en koncern. Det skyldes, at bevisbyrden for, at modervirksomheden krænker en koncernfremmed interessegruppe, påhviler sidstnævnte. Denne bevisbyrde vil ofte være vanskelig at løfte, da koncernfremmede interessegrupper ikke har adgang til oplysninger om foretagne koncerninterne transaktioner.”⁹⁰

Friis Hansen argumenterer for, at kreditorer og minoriteter har betydelig dårligere beskyttelse af deres interesser når de kontraherer med en koncern i modsætning til, hvis de kontraherer med et enkelt selskab.

Dette synspunkt bakkes op af Krüger Andersen, som giver udtryk for, at 100 % koncerner er en risikofaktor med henblik på kreditorer: *”latente risici for tilsidesættelse af kreditorinteresser”* og tilføjer endvidere, at denne risiko forstørres,

⁸⁹ Andersen, Paul Krüger og Nielsen, Ruth. U.1998B.476, Retsøkonomi og retskildelære, side 4

⁹⁰ Hansen, Søren Friis. Europæisk koncernret, side 402

hvis der er yderligere personsammenfald. Med dette menes at der for eksempel er samme ledelse i moder- og datterselskabet.

Andersen, Werlauff og Ørgaard foreslår endvidere, at det kan tænkes, at der i forbindelse med hæftelsesgennembrud støttet på culpa- overvejelser gælder forskellige grænser for personer og selskaber. De mener, at man som koncern muligvis bliver bedømt hårdere, end hvis erstatningsansvaret falder tilbage på en fysisk person.⁹¹

”Så længe vi hverken har lovbestemmelser eller en sikker domspraksis eller doktrin, bliver der i henseende til beskyttelse mod misbrug hovedsagelig tilbage at stole på:

1. Det præventive aspekt, det vil sige fyldestgørende kapitalkrav (som indtil videre kun er formuleret som absolutte, ikke som aktivitetsrelative kapitalkrav)

2. Det reparative aspekt, det vil sige traditionelle culpa- og erstatningsbetragtninger, hvor utilstrækkelige de ofte end vil vise sig at være, fordi det for omverdenen er så vanskeligt at føre sikre beviser for, hvad der skete inden for koncernens rådighedssfære.”⁹²

Det står altså klart, at den største risiko for kreditorer er i kontraheringen med koncerner end ved kontrahering med enkeltstående selskaber. Her er der væsentlig større risiko for uigennemskuelighed af koncerninterne procedurer, mere eller mindre skjult dominering af datterselskabet og favorisering af koncernen som helhed på bekostning af datterselskabet. På denne baggrund vil jeg i den sidste del af projektet koncentrere mig om koncerner i forhold til hæftelsesgennembrud.

Der er bred enighed om, at en kodificering af koncernretten i en eller anden form vil være en fordel for både selskaber og koncernfremmede interessegrupper. Idet der må antages, at der efter midtfynsfestivaldommen eksisterer en ulovhjemlet adgang til gennembrudshæftelse på objektivt grundlag, bør der ske en klarlæggelse af reglerne derfor. Werlauff argumenterer for, at det vil være meget sundere, hvis reglerne klarlægges. Friis Hansen mener, at det vil være hensigtsmæssigt hvis den selskabsretlige lovgivning tilpasses, så den udøvelse af koncernledelse, der i dag

⁹¹ Andersen, Lennart Lyng; Werlauff, Erik og Ørgaard, Niels. Holdingselskaber, side 58

⁹² Werlauff, Erik. RR.1997.06.0025. God selskabsskik 1, side 7

faktisk finder sted, kommer inden for lovens rammer. Formålet bør endvidere være, at revurdere den vægtning af de involverede parter interesser, som kommer til udtryk i gældende koncernret, med henblik på at sikre de koncernfremmede interessegrupper en bedre beskyttelse, end tilfældet er i dag.⁹³

Idet at lovregler på objektivt grundlag ikke bør være ulovhjemlede og det for samfundet som helhed vurderes til at være til fordel med overskuelighed over gældende ret. Bør der ske en eller anden form for regulering af koncernretten. Meningerne er delte udi at vurdere, hvad der er den bedste løsning. I afsnittet nedenfor vil jeg gøre rede for forskellige holdninger til, hvad der kunne være en mulig løsning med hensyn til at gøre selskabsretten mere tidssvarende. Endvidere vil der ved regulering af koncernretten opnås den fordel, at der vil opstå en mere retfærdig og konsekvent beskyttelse af koncernfremmede minoriteter, hvilket også vil fremgå af nedenstående afsnit, hvor dette netop er Friis Hansens begrundelse for en kodificering af den materielle koncernret. dommen U1997.179H trækkes ind som et eksempel på den situation kreditorer i værste fald kan befinde sig i ved samhandel med en koncern. Som fremhævet i afsnittet om retspraksis er U1997.179H bedømt ud fra en erstatningsretlig domsførelse, og ville, hvis der var statueret medhold fremstå som et uægte hæftelsesgennembrud. Jeg mener dog, det er en relevant dom at trække frem, idet den netop synliggør erstatningsrettens svagheder og argumentationen for, at det er nødvendigt med en bedre gardering mod selskabsmisbrug. Pointen er, at jo mere den formelle kreditorbeskyttelse udbygges, jo mere trænges behovet for en udbyggelse af den ulovhjemlede adgang til hæftelsesgennembrud tilbage.

⁹³ Hansen, Søren Friis. Europæisk koncernret, side 403

9 Fremtiden for hæftelsesgennembrud

9.1 Friis Hansens bud på kodifikation af selskabsretten

Det er ubestrideligt, at der ikke foreligger en pligt til at fortsætte et underskudsgivende selskab. Det vil tværtimod kunne være ansvarspådragende for ledelsen at fortsætte driften, såfremt det står klart, at selskabet ikke står til at redde. En kreditor må selvfølgelig acceptere, at det selskab, imod hvilket han har et krav, lider tab som følge af udefrakommende begivenheder. Den begrænsede hæftelse i kapitalselskaber gør, at en koncern lovligt kan placere risikofyldte dele af sin virksomhed i et separat datterselskab. Såfremt en kreditors tab imidlertid alene skyldes koncernledelsens dispositioner, er situationen en anden. Bestyrelsesmedlemmer og direktører har pligt til at lede selskabet forsvarligt under behørig hensyntagen til såvel selskabsdeltagernes som kreditorernes interesser. Gør de ikke det, ifalder de erstatningsansvar. En anpartshaver der likviderer sit anpartsselskab, vel vidende at der består et udækket erstatningskrav mod selskabet, har pligt til at tilbagebetale et beløb til boet til dækning af dette krav. Det forekommer ifølge Friis Hansen ikke rimeligt, såfremt et moderselskab, der har konstateret et latent erstatningskrav imod et af sine datterselskaber, frit kan stifte et nyt datterselskab, og derefter lade dette nye selskab overtage al aktivitet i det tidligere selskab, mens koncernen som helhed fortsætter sin overskudsgivende drift som hidtil. Friis Hansen påpeger, at såfremt denne fremgangsmåde accepteres, bliver selskabsrettens kreditorbeskyttelsesregler illusoriske.⁹⁴

Friis Hansen er af den opfattelse, at minoriteter og kreditorer i et datterselskab mindst bør nyde samme beskyttelse, som i et uafhængigt selskab. Friis Hansen tager i argumentationen for denne holdning udgangspunkt i U1997.179H, som er refereret i detaljer under afsnittet om retspraksis. Der peges på det faktum, at K der besad samtlige ledelsesposter i koncernen, efter at være blevet bekendt med, at der bestod erstatningskrav imod K ApS, traf beslutning om, at al aktivitet i K ApS skulle overføres til KKT ApS. Denne beslutning må konkluderes at have været til skade for K ApS's interesser, og dermed tillige til skade for selskabets kreditorer, herunder B, men den var til gavn for koncernen som helhed.

⁹⁴ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 138

I det omfang Højesterets afgørelse er et udtryk for en konkret bevisbedømmelse, bør de bevismæssige krav der stilles til koncernfremmede kreditorer og minoritetsselskabsdeltagere ifølge Friis Hansen lempes. I det omfang U1997.179H er et udtryk for at den anvendte fremgangsmåde er lovlig efter gældende dansk koncernret, bør en reform af denne overvejes.⁹⁵

Friis Hansen mener, at der er behov for at reformere og kodificere den del af selskabsretten, som kan beskrives som den klassiske koncernret. Dette er især relevant efter Højesterets afgørelse af U1997.179H, hvor de “almindelige erstatningsregler” ikke udgjorde et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag i sagen. Friis Hansen ligger dog vægt på, at en sådan regulering må ses i bredt europæisk perspektiv, idet en isoleret dansk eller skandinavisk lovinitiativ på området næppe er realistisk eller ønskværdigt. Et selskabsretligt direktiv er løsningen. Der er flere danske sager, hvor store danske virksomheder har forsøgt at isolere erstatningskrav ved at omstrukturere. Sagen om dansk eternit, som er refereret i afsnittet om retspraksis og efterfølgende diskuteret drejer sig i realiteten om samme principper som i U1997.179H, hvor det bare er en mindre koncern, der er tale om.

Friis Hansen peger på, at dannelsen af en koncern medfører særlige muligheder for misbrug fra majoritetens side i forhold til koncernfremmede minoritetsdeltagere og kreditorer. Endvidere tyder sager som dansk eternit og U1997.179H på, at disse interessegrupper ikke er tilstrækkelig hjulpet af de almindelige regler, der beskytter mod misbrug i hvert enkelt selskab. Tysk retsvidenskab analyserede sig allerede i 20'erne frem til, at de almindelige regler ikke er tilstrækkelige til at afværge de farer, der opstår ved at en herskende virksomhed, der har en egen fra selskabet afvigende interesse, kan sætte sin vilje igennem. Det er altså Friis Hansens holdning, at man i Danmark som kreditor har dårligere muligheder for at sikre sit tilgodehavende når man kontraherer med en koncern end hvis man kontraherer med et enkelt selskab, hvor aktionæren eller aktionærerne er personer. Friis Hansen mener, at dette er uacceptabelt og henviser til, at man i Danmark kan udbygge de selskabsretlige erstatningsregler, ved ligesom Tyskland at kodificere den materielle koncernret, og på den måde udvide kreditorers rettigheder og muligheder når de kontraherer med en koncern.⁹⁶

⁹⁵ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 139

⁹⁶ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 137

Som det fremgik af afsnittene ovenfor er mange skeptiske, når det kommer til at holde aktionærer til ansvar som personer i forbindelse med hæftelsesgennembrudssituationer. Det er mere plausibelt, når det gælder aktionærer i selskabsform. Hvor resultatet så bliver, at moderselskabet skal hæfte for datterselskabets gæld.

I situationer hvor der er tale om hovedaktionærselskaber vil det i de fleste tilfælde være mere nærliggende at anvende reglerne om ledelsesansvar som grundlag for et personligt ansvar. De to forfattere Dahl og Nørgaard mener også, at man i hæftelsesgennembrudsdebatten bør se bort fra tilfældene, hvor der eksisterer en mulighed for at bruge erstatningsreglerne.

Werlauffs bud på ”kodificering” af selskabsretten vil være at finde nedenfor. Werlauff anbefaler nogle leveregler for selskaber på linie med god pengeinstitutsik, god børssik og god værdipapirhandelssik. Werlauff mener, at disse leveregler vil være en måde hvorpå man kan stoppe de værste urimeligheder ved selskabssammenbrud. Werlauff anser det dog ikke for sandsynligt, at man i Danmark vil kunne få indført disse leveregler eller lignende regler i den henseende. Modstanden vurderer han til at være for stor.

9.2 God skik regler

Werlauff er fortalende for at indføre nogle leveregler for selskaber, som disse bør iagttage af hensyn til ikke at løbe risikoen for at blive idømt et hæftelsesgennembrud eller blive draget til ansvar ud fra andre af de selskabsretlige regler. Fordelen ved disse leveregler er, at urimeligheder ved selskabssammenbrud opfanges. Ulempen er en mindre grad af retsforudsigelighed, fordi flere sager vil ende hos domstolene. Werlauff sammenligner disse selskabsretlige god skik- regler med andre lignende områder, hvor man har set en fordel i, at formulere god skik- regler, god pengeinstitutsik, god børssik, god værdipapirhandelssik og god markedsføringssik og så videre. En god skik- regel vil kunne dæmme op for de værste tilfælde af misbrug af selskabsretlige beføjelser, både i relation til minoritetsdeltagere, til selskabskreditorer og til grundlæggende samfundsinteresser. Der er den fordel ved en god skik- regel, at den udviser det ellers så skarpe skel mellem almindelig moral og knivskarp jura, idet den løfter dele af de etiske fordringer ”op” på det retlige plan. Werlauff mener, at regler for god

selskabsskik kunne have forbygget de tilfælde af samfundsskadelig selskabstømning, som har floreret i Danmark.

Det kunne især være aktuelt med god skik- regler i forbindelse med de mange holdingselskabsdannelser som i tiden er på mode. Det kan være smart i skatteøjemed, at indrette sig med et holdingselskab som den mellemliggende ejer af driftselskabet/ selskaberne, som en slags fungerende pengetank med. Men det må dog ikke være årsag til et senere sammenbrud i datterselskaberne med tab for disses kreditorer til følge.⁹⁷

Werlauff sammenligner selskabet med en maske- en “persona ficta”⁹⁸, som kan fjernes fra personen eller for den sags skyld selskabets ansigt så man bliver identificeret med dette. Dette sker hvis ikke man iagttager en række regler, skrevne såvel som uskrevne. Werlauff påpeger, at ikke alt hvad der ikke udtrykkeligt er forbudt, er tilladt. De mange skrevne spilleregler er udslag af en enkelt bagvedliggende uskrevne regel, som er dem alle overlegen:

“I, der bestemmer i denne persona ficta, handler ikke kun på egne, men også på andres vegne. I skal ikke kun være loyale over for jeres egne, men også over for de andres interesser. Forsømmer I denne uskrevne loyalitetspligt (som ikke kan læses fuldt ud i de skrevne generalklausuler), må I regne med, at den “persona”, som I fik lov at holde op for jeres ansigt, tages væk igen. I så fald stilles I både i det indre og det ydre retsforhold, som om den fjernede “persona” aldrig havde været der. Det vil i det indre forhold sige, at enhver usædvanlig disposition kræver jeres eventuelle medejeres samtykke og derfor kan kræves tilsidesat, hvis et sådant ikke foreligger, og i det ydre forhold, at personaens gæld betragtes som jeres gæld.”⁹⁹

Werlauff mener allerede at vi i Danmark har uskrevne regler om hæftelsesgennembrud, og henviser til, at selvom man ikke er enig i dette standpunkt

⁹⁷ Werlauff Erik, TfS 1997, 822: Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, side 7

⁹⁸ “Persona ficta” var i det græske drama den maske, som skuespilleren holdt op foran sit ansigt.

⁹⁹ Werlauff Erik, TfS 1997, 822: Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, side 7

tvinges man ud i at tage stilling til andre landes uskrevne regler om hæftelsesgennembrud i rådgivningsøjemed. Danske selskaber der ekspanderer til udlandet må lære at leve efter de udenlandske regler med hensyn til risikoen for gennembrudshæftelse, som i udlandet er mere udbredt end herhjemme. Så hvorfor ikke indføre god skik- reglerne i Danmark, og på den måde prøve at foregribe de værste urimeligheder ved selskabssammenbrud argumenterer Werlauff. Han opstiller følgende enkle leveregler til selskabslederne inspireret af udenlandsk retspraksis med hensyn til hæftelsesgennembrud og som et udkast til god skik- regler gældende for danske selskaber:

1. Sørg for, at selskabet har en efter driftens omfang god egenkapital, ikke blot lovens minimumkrav.
2. Lad selskabet beholde en stor del af sit overskud, så at reservedannelse ikke besværliggøres.
3. Sørg for at overholde alle selskabsretlige formalia til punkt og prikke.
4. Overvej nøje, i hvilket omfang selskabernes aktiviteter overlapper hinanden, og sørg for, at alle indbyrdes transaktioner sker på markedsvilkår. Iagttag eventuelt gerne IAS nr. 24 (om forbundne parter) ved regnskabsaflæggelsen, så forholdet bliver klart og gennemtænkt for selskaberne og omverdenen.
5. Lad ikke selskabets bestyrelse og direktion være Tordenskjolds soldater fra moderselskabet, men lad selvstændige, lokale erhvervsfolk træffe selvstændige beslutninger i selskabets bestyrelse.
6. Lån ikke penge fra selskabet, og lån ikke penge ud til det, men giv det egenkapital i rigeligt omfang (skattelovgivningens skrevne eller uskrevne principper om tynd kapitalisering, det vil sige om et vist forhold mellem egen- og fremmedkapital, kan herved give nogen vejledning).¹⁰⁰

9.3 Skal datterselskabet hjælpes i vanskelige situationer?

Gomard er meget mere kritisk indstillet overfor at ændre reglerne for kapital-selskaber, og mener, som det blev beskrevet i afsnittet om retspraksis heller ikke, at der er en ulovhjemlet adgang til at statuere hæftelsesgennembrud i dansk ret. Der kan dog i

¹⁰⁰ Werlauff Erik, TfS 1997, 822: Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, side 8

forholdet mellem moder og datter eller søsterselskaber opstå situationer, hvor det overfor kreditorer synes urimeligt, at disse ikke hæfter for hinanden i tilfælde hvor det går skidt for den ene, men godt for den anden part. Tilfælde hvor der synes at være en særlig grund til at hjælpe kunne være:¹⁰¹

- Datterselskabets virksomhed har været mere omfattende og risikabel, end det under hensyn til dette selskabs egenkapital og solvens har været forsvarligt (underkapitalisering)
- At moderselskabet har ført en udbyttepolitik, der ikke har levnet datterselskabet mulighed for at konsolidere sig
- Datterselskabet kun har kunnet opretholde sin virksomhed, fordi både finansielle og kommercielle kreditorer åbenbart har næret en forventning om, at moderselskabet i overensstemmelse med en udbredt skik og brug ville støtte datterselskabet, også selv om moderselskabet ikke har afgivet noget løfte herom
- Datterselskabet reelt er blevet ledet af moderselskabet i dettes egen eller i koncernens interesse ganske som en afdeling af moderselskabet
- At datterselskabet reelt har optrådt som agent eller kommissionær for moderselskabet og handlet på dettes vegne

Der er ifølge Gomard ikke holdepunkter i selskabslovgivningen til at fravige den begrænsede hæftelse overfor aktieselskaber og anpartsselskaber i tilfælde, som er nævnt her ovenfor. Som udgangspunkt er det lovligt for et selskab at indkapsle sine aktiviteter i et datterselskab for at beskytte sig mod kreditorer, erstatningssager m.v. Det kunne for eksempel være at man placerer hvert af sine byggerier, hvert af sine skibe, hvert art af produktion eller aktivitet i forskellige datterselskaber for til sidst at have et fælles moderselskab som et holdingselskab, hvor man samler alt kapital. Der er simpelthen ikke afgørelser, der tyder på, at disse ovenstående punkter vil kunne medføre en gennembrudshæftelse, mener Gomard.

Diskussionen handler om, hvorledes man kan komme disse stødende eksempler til livs, hvor datterselskaber lades i stikken og går konkurs, mens moderselskabet lever videre i bedste velgående. På den ene side må det slås fast, at det selvfølgelig er af afgørende betydning at fastholde hæftelsesbegrænsningen for aktie og anpartsselskaber. På den anden side må der være en sammenhæng mellem magt og ansvar. Werlauff efterlyser

¹⁰¹ Gomard Bernhard, aktieselskaber og anpartselskaber, side 81- 82

en norm for god selskabsskik, som pålægger at ansvar for dominerende aktionærer i selskaber. På denne måde kan der på objektivet grundlag findes løsninger på blandt andet områderne produktansvar, forurening og særlig risikobetonet drift. Werlauff er imidlertid en af dem, som er allerlængst fremme med hensyn til, hvad der synes rimeligt. Krüger Andersen og Gomard mener ikke, at det er den rette vej at gå, men mener i stedet, at man skal holde sig til det almindelige erstatningsansvar suppleret med erstatningsansvarslovene i aktieselskabsloven. Krüger Andersen mener, at man i stedet for at gå mod en udvidelse af det ulovregulerede objektive hæftelsesgennembrud, i stedet i domspraksis skal lægge større vægt på de regler i selskabslovene, som angår forpligtelsen til at lede selskabet forsvarligt. Krüger Andersen understreger, at hvis man i stedet ifølge retspraksis udvider erstatningsansvarslovene så ville det forhindre en anfægtelse af princippet om begrænset hæftelse. Krüger Andersen henviser til Forum Europeum som i dette forslag har taget udgangspunkt i de engelske regler om >>wrongful trading<< og >>shadow directors<< forslaget lyder:¹⁰²

“If in the course of winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for fraudulent purpose ...The Court...may declare that any person who were knowingly parties to the carrying out on the business in (that) manner are to be liable to make such contribution to the company’s assets as the courts thinks proper”¹⁰³

Dette udgangspunkt virker dog ikke betydeligt anderledes, idet man så alligevel påfører den eller de dominerende aktionærer et større ansvar for ikke at løbe ind i sager hvor de er på grænsen til, hvad der kan betegnes som forsvarlig ledelse af selskabet. Der er i virkeligheden ikke så langt mellem synspunkterne, der er enighed om at reglerne kunne blive bedre på dette punkt. Forskellen vil så ligge i, om der statueres hæftelsesgennembrud på objektivet grundlag eller erstatning ud fra culpaovervejelser. Hvis reglerne som Friis- Hansen samt Gomard og Krüger Andersen omtaler, kan bygge bro fra de erstatningsretlige regler over mod hæftelse på objektivet grundlag, ville det måske være en løsning. Dette forudsætter dog, at disse regler vil

¹⁰² Andersen, Paul Krüger. Aktie- og anpartsselskabsret, side 520

¹⁰³ Davies, Paul L. Gower and Davies’ Principles of modern company law, side 194 og 195. Forum Europeum, section 213 i the Insolvency Act.

kunne fange nogen af de sager, hvor der åbenlyst er tale om misbrug af den begrænsede hæftelse og hvor de traditionelle erstatningsbetragtninger ikke er tilstrækkelige. Jo mere den formelle kreditorbeskyttelse udbygges, des mindre vil behovet for at statuere hæftelsesgennembrud blive. Som eksempel vil relativt definerede kapitalkrav betyde, at selskaber vil være meget bedre rustet til at klare de aktiviteter, som rummes i selskabet og dermed vil risikoen for insolvens automatisk blive mindre. Moderselskabet vil med regler om aktivitetsbaserede kapitalregler ikke være i stand til at lade datterselskabet køre med et for branchen spinkelt kapitalgrundlag, idet moderselskabet så vil blive fanget af disse regler.

Selvom der er enighed om at der bør findes en løsning på de mange skuffede kreditorens problemer er der uenighed om vejen til målet. Werlauff peger på god- skik regler, Krüger Andersen og Gomard mener, at en udvidelse af de almindelige erstatningsansvarsregler suppleret med reglerne i selskabslovene om erstatningsansvar vil være en bedre vej at gå, fordi man derved ikke anfægter den begrænsede hæftelse. I modsætning til Gomard og Krüger Andersen, mener Friis Hansen, at man bør udvide de gældende erstatningsansvarsregler med nye regler som led i en kodificering af koncernretten med Tyskland som inspiration, hvilket vil resultere i objektive regler for hæftelse eller ansvar samt bedre muligheder for kreditorer til at søge sig fyldestgjort gennem erstatningsretten.

Jeg har på baggrund af ovenstående debat fundet det interessant at se nærmere på tysk ret, hvor man har udvidede muligheder og rettigheder for koncernfremmede interessenter, der kontraherer med koncerner. Der er tale om en udbygning af deres erstatningsretlige regler samt en række objektive regler, som et modspil mod at kreditorer og minoriteter skal være dårlige stillet overfor koncerner frem for enkeltstående selskaber. At sammenligne dansk ret på området med tysk er endvidere specielt interessant, idet Tyskland som det eneste land i Europa foruden Portugal har etableret særlige koncernretlige regler for udvidede beskyttelsesforanstaltninger og erstatningsmuligheder i forhold til blandt andet kreditorer i form af kodificering af koncernretten.

10 Tysk ret Haftungsdurchgriff

I Tyskland gennemførtes i 1965 verdens første lovregulering af dele af den materielle koncernret¹⁰⁴. Det vil sige, at tysk materiel koncernret må regnes som en af de mest udbyggede og gennearbejdede internationalt. Kun ganske få lande har siden hen valgt samme løsningsmodel som Tyskland. På denne baggrund har det ikke været muligt at samle tilslutning om et EU-initiativ på området. Langt de fleste lande i verden anvender fortsat den klassiske koncernret. Det vil sige, at de selskabsretlige problemer som koncerndannelser medfører, løses ved anvendelse af de selskabsretlige regler, der gælder for ikke- koncernforbundne selskaber.¹⁰⁵

Set i lyset af at flere danske teoretikere og forfattere efterlyser en bedre sikring af kreditorer i forbindelse med koncerner, er det relevant at se på forskellen mellem den danske og den tyske koncernret. I denne diskussion vil jeg tage udgangspunkt i dommen U1997.179H, som dog i Højesteret blev procederet på erstatningsretlige grundsætninger, og som derfor ikke umiddelbart kan tages til indtægt for en sag om ægte hæftelsesgennembrud. Dommen afspejler dog rigtig godt de problemer som dansk koncernret står overfor, nemlig utilstrækkeligheden af erstatningsretten, hvilket betyder, at mange kreditorer er betydelig dårligere stillede i samhandel med koncerner end ved kontrahering med enkeltstående selskaber. Dommen er ifølge Friis Hansen et skoleeksempel på de hensyn, som ligger bag den tyske koncernret.¹⁰⁶

Udgangspunktet for den tyske regulering var en konstatering af, at der bestod en kløft mellem ret og virkelighed. Der var opstået et misforhold mellem på den ene side selskabsrettens fastholdelse af det enkelte selvstændige aktieselskab som grundlag for reguleringen og på den anden side det forhold, at et meget stort antal selskaber indgik i koncernforhold. Ved udformningen af reguleringen tog man udgangspunkt i dattervirksomhedens og de koncernfremmede interessegruppers behov for særlig beskyttelse overfor modervirksomheden. På grund af reguleringens målsætning blev begrebet udformet således, at selv en fysisk person kan være koncernmodervirksomhed efter tysk ret. Den materielle koncernret, der gælder i forholdet mellem

¹⁰⁴ Materiel koncernret er en betegnelse for de retsregler, der regulerer ledelseskompetence og ledelsesansvar i koncerner samt beskyttelse af koncernfremmede minoritetsselskabsdeltagere og kreditorer.

¹⁰⁵ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 127

¹⁰⁶ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 135

modervirksomheden og en dattervirksomhed, afhænger af dattervirksomhedens selskabsform. Der sondres i tysk ret mellem tre typer af koncernret: aktiekoncernret, GmbH- koncernret og personselskabskoncernret.¹⁰⁷

Udgangspunktet i tysk koncernret er, at der indledningsvist skal sondres mellem to forskellige koncerntyper, aftalekoncerner og faktiske koncerner. Aftalekoncerner har deres oprindelse i den skatteretlige praksis om sambeskatning og gennem en indgåelse af en særlig aftale mellem moder- og dattervirksomheden får førstnævntes udøvelse af koncernledelse direkte retlig hjemmel. Den faktiske koncern er i praksis den væsentligste koncerntype, og består hvor der konstateres væsentlig indflydelse mellem moder- og dattervirksomhed uden at der er indgået en særlig koncerntaftale. Sondringen mellem faktiske koncerner og aftalekoncerner fastholdes indenfor hver af de tre undergrupper af den materielle koncernret. Der eksisterer således grundlæggende seks forskellige typer af materiel koncernret i tysk ret.¹⁰⁸

10.1 Tysk aktiekoncernret

En modervirksomhed kan vælge at indgå en koncerntaftale med et datterselskab, såfremt der på datterselskabets generalforsamling opnås tilslutning fra $\frac{3}{4}$ af den repræsenterede kapital. Denne beslutning medfører, at modervirksomheden får ret til med retlig bindende virkning at udstede instrukser direkte til datterselskabets direktion, jf. AktG § 308. det er radikalt brud med den klassiske koncernret, at disse instrukser lovligt kan indebære en økonomisk skade for datterselskabet. Moderselskabet må dog betale en pris for disse rettigheder. I en aftalekoncern gælder et sæt vidtgående præceptive beskyttelsesregler, der skal sikre de koncernfremmede interessegrupper. Datterselskabets kreditorer er beskyttet af reglerne i AktG §§ 302 og 303. ifølge disse er der en pligt for modervirksomheden til at udligne datterselskabets nettotab for hvert regnskabsår, fra det tidspunkt hvor koncerntaftalen er indgået. Dette gælder uanset årsagen til tabet. Minoritetsaktionærene i datterselskabet har ved indgåelsen af koncerntaftalen ret til at vælge mellem en garanteret mindste fremtidig dividende eller at blive indløst af modervirksomheden. Generelt er reglerne om aktiekoncernaftaler kun brugt meget lidt i praksis.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Hansen, Søren Friis. Koncernretten under forandring, side 176

¹⁰⁸ Hansen, Søren Friis. Koncernretten under forandring, side 176 og 177

¹⁰⁹ Hansen, Søren Friis. Koncernretten under forandring, side 177

Kernebestemmelsen i reguleringen af faktiske koncerner er AktG § 311. ifølge denne har modervirksomheden ret til at gennemføre en koncernledelse, der påfører datterselskabet økonomiske tab. Alle tab der er foranlediget af modervirksomheden, skal dog senest ved regnskabsårets udgang udlignes kvantitativt med tilsvarende fordele.¹¹⁰

10.2 Tysk GmbH-koncernret

GmbH¹¹¹-koncernretten finder anvendelse på relationerne mellem et datter- GmbH og dets modervirksomhed. Denne del af koncernretten er ikke kodificeret på samme måde som aktiekoncernretten, og udfyldningen af det retlige vakuum er blandt andet sket gennem en række domme fra den tyske Højesteret. Reglerne for GmbH-aftalekoncerner er stort set udviklet som en analogi fra de aktiekoncernretlige regler. Med hensyn til de faktiske GmbH-koncerner er der større forskel at spore. Gennem en række omdiskuterede domme er der udviklet en praksis på dette område, som gør, at der i tilfælde af særlig groft misbrug fra moderselskabets side kan finde en analog anvendelse sted af de aktiekoncernretlige regler. Dette gælder især pligten for en modervirksomhed til at udligne datterselskabets nettotab.¹¹²

Friis Hansen mener, at resultatet af dommen U1997.179H ville blive et andet, hvis Danmark havde kodificeret koncernretten på linie med tysk ret. Her nedenfor vil U1997.179H blive gennemgået med brug af de tyske regler for koncerner i stedet for de danske klassiske koncernregler, hvor der ikke skelnes mellem, om der er tale om en koncern eller et enkeltstående selskab. Gennemgangen er nyttig til at sætte de danske regler i perspektiv.

10.3 U1997.179H afgjort efter tysk ret

Højesteret konkluderer, at K ikke kan gøres personlig ansvarlig for B's tab efter "de almindelige erstatningsregler". Friis Hansen mener, at netop denne situation er, hvad

¹¹⁰ Hansen, Søren Friis. Koncernretten under forandring, side 177

¹¹¹ GmbH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

¹¹² Hansen, Søren Friis. Koncernretten under forandring, side 177 og 178

de tyske regler har til hensigt at kriminalisere og argumenterer ud fra denne dom for, at de danske regler ikke er rimelige i forhold til kreditorer. Indenfor tysk koncernret suppleres de almindelige selskabsretlige erstatningsregler med særlige koncernregler. Disse bunder hovedsageligt i et ønske om, at sikre de koncernfremmede interessegrupper en beskyttelse imod de muligheder for misbrug, som modervirksomheden i en koncern besidder.

Havde K ApS været et tysk Aktiengesellschaft, havde der foreligget en såkaldt "faktisk koncern" med GS som modervirksomhed. En modervirksomhed hæfter ikke for sit datterselskabs gæld efter tysk koncernret, og et sammenbrud af et datterselskab, der skyldes udefrakommende omstændigheder, medfører ikke et ansvar for modervirksomheden. Imidlertid er modervirksomheden forpligtet til årligt at udligne økonomiske tab hos dattervirksomheder, der er opstået som følge af modervirksomhedens udøvelse af koncernledelse, jf. AktG¹¹³ § 311, der er en af de centrale bestemmelser i tysk koncernret.¹¹⁴

Ifølge Friis Hansen er det utvivlsomt, at en beslutning fra koncernens ledelse, hvorefter at al aktivitet i et datterselskab skulle overføres til en anden koncernvirksomhed, ville have medført, at GS A/S var blevet pålagt at yde datterselskabet K en kompensation for den økonomiske skade, som modervirksomhedens beslutning måtte påføre datterselskabet, jf. AktG § 311. Såfremt GS havde undladt at foretage rettidig skadesudligning, ville dette have medført et erstatningsansvar for modervirksomheden efter AktG § 317. Efter AktG § 317, stk. 3 hæfter direktører i modervirksomheden solidarisk med denne for erstatningskrav i medfør af AktG § 317.

Havde K ApS været et tysk GmbH, ville koncernforholdet have været omfattet af de ulovregulerede regler, der gælder for GmbH- koncerner. I en almindelig faktisk GmbH- koncern er modervirksomheden, ligesom enhver anden selskabsdeltager, underlagt en loyalitetspligt i forhold til datterselskabet og dets kreditorer. En beslutning, der er i strid med datterselskabets interesse, er ulovlig, og den vil medføre et erstatningsansvar for modervirksomheden og dennes ledelse. Såfremt datterselskabet ikke af egen drift måtte ønske at gøre et erstatningskrav gældende imod

¹¹³ Den tyske aktieselskabslov, aktiengesetz.

¹¹⁴ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 133

modervirksomheden, kan dette rejses af enhver minoritetsanpartshaver og kreditor i datterselskabet.¹¹⁵

En modervirksomhed, som overfører al aktivitet i et datterselskab til sig selv eller andre koncernselskaber, gør sig skyldig i en krænkelse af sin loyalitetspligt overfor det pågældende selskab. En sådan loyalitetskrænkelse er tillige en af de centrale betingelser for at anse koncernforholdet for at være en såkaldt “kvalificeret faktisk koncern”. Modervirksomheden i en kvalificeret faktisk koncern er forpligtet til at erstatte datterselskabets nettotab i det forløbne regnskabsår efter analog anvendelse af reglerne i AktG §§ 303 og 304, der vedrører de særlige tyske aftalekoncerner. Pligten for moderselskabet til at yde datterselskabet nettotabsudligning indtræder uanset årsagen til de opståede tab. Bevisbyrden for at der foreligger en kvalificeret faktisk koncern, er som udgangspunkt sagsøgers, men da moderselskabet formodes at kende de interne forretningsgange i koncernen bedst, kan sagsøgers bevisbyrde lettes. Der skal dog som minimum foreligge et bevis på, at der fra modervirksomhedens side er truffet en beslutning, som har medført tab hos datterselskabet.

K var eneaktionær i moderselskabet GS A/S, samt direktør og bestyrelsesmedlem i dette selskab. Han var tillige enedirektør i begge datterselskaber. Der er formelt ikke noget ulovligt i denne konstruktion, men det kan på denne baggrund konstateres, at K har været i stand til at udøve bestemmende indflydelse i de tre selskaber. Personsammenfald i flere selskabers ledelser er et kriterium, der ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere en kvalificeret faktisk koncern, med det er et kriterium, der peger i den retning.¹¹⁶

Friis Hansen konkluderer, at sagens fakta i U1997.179H er et skoleeksempel på de hensyn, der ligger bag den tyske koncernret. Udfaldet af en tilsvarende sag efter tysk koncernret ville uden tvivl være blevet det modsatte af udfaldet ved den danske Højesteret, som bygger på den klassiske koncernret. GS A/S ville som modervirksomhed være blevet pålagt, at erstatte B's tab som følge af de opståede mangler ved den af K ApS opførte bygning. Havde GS A/S ikke været i stand til at

¹¹⁵ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 134

¹¹⁶ Netop personsammenfald på ledende poster var i den vigtige tyske Højesteretsafgørelse “Autokran-dommen” et afgørende kriterium for at statuere pligt til nettotabsudligning. Sagsøgte havde været majoritetsanpartshaver og direktør i 7 anpartsselskaber, der alle gik konkurs. Han blev dømt til at foretage nettotabsudligning i forhold til alle selskaberne.

dække kravet, ville den direkte følge være at K som medlem af dette selskabs ledelse været solidarisk ansvarlig med modervirksomheden.¹¹⁷

10.4 Delkonklusion

Som tidlige omtalt virker det stødende, at man ikke ved hjælp af de danske erstatningsretlige regler kan stille noget op overfor K og GS A/S. Det er netop her, hvor de erstatningsretlige regler ikke er tilstrækkelige, idet det for omverdenen er svært, at føre sikre beviser for hvad der skete indenfor koncernens rådighedssfære. Her er de tyske regler væsentlig bedre, idet man har taget udgangspunkt i den udstrakte brug af koncerndannelser i virkelighedens verden, og den deraf affødte dårligere beskyttelse af de koncernfremmede interessenter i opbygningen af koncernreglerne. Selvom de tyske regler ikke er perfekte, yder de en væsentlig større beskyttelse overfor kreditorer. Det er jo netop hvor erstatningsreglerne må give op, at hæftelsesgennembruddet især har sin berettigelse. De tyske regler har dog også mødt kritik, dette er især i forbindelse med GmbH- koncernretten. Denne del af koncernretten er ikke kodificeret på samme måde som aktiekoncernretten, og der har måttet ske en udfyldning af det retlige vakuum gennem retspraksis. Det vil sige, at denne del af koncernretten så at sige har været ulovhjemlet. Dog har der været aktiekoncernretten at læne sig op ad, og man er da også nået frem til noget, der ligner en analogi af denne gennem retspraksis. Desuden er der det forbehold, at tysk ret ikke er umiddelbart sammenlignelig med dansk ret, det betyder dog ikke, at man ikke landene imellem kan tage ved lære af hinandens regler, retspraksis og principperne bag.

Ved i Danmark at lade sig inspirere af de tyske regler kunne man sikre kreditorerne væsentlig bedre end i dag, og derved modvirke, at der i Danmark yderligere udvikles en ulovhjemlet retspraksis til at idømme hæftelsesgennembrud. Det vil være sundere for alle parter både indenfor erhvervslivet og civilretsligt, at der kommer klare regler på området, så der er sikkerhed og konsekvens om retstilstanden. I beslutningen af hvorvidt man bør regulere de danske regler på området bør en vurdering af de økonomiske følger for samfundet indgå. Nedenfor vil jeg gøre rede for de økonomiske

¹¹⁷ Hansen, Søren Friis. Julebog 1997, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, side 135

følger som en eventuel kodificering i en eller anden form vil have for koncerner og deraf følgende samfundet som helhed.

11 Økonomiske konsekvenser ved kodificering af dansk koncernret

Jeg har under afsnittet om kreditorer beskrevet de økonomiske konsekvenser for kreditorer i tilfælde af, at man ved hjælp af lovgivning indfører den modifikation til den begrænsede hæftelse, som hæftelsesgennembruddet nødvendigvis vil være. Selvom hæftelsesgennembruddet vil være en sjælden forekommende undtagelse til reglen om den begrænsede hæftelse, vil man lige meget hvilken form for regelsæt man vælger ikke komme udenom, at koncerner vil skulle indkalkulere muligheden for hæftelse. Dette vil alt andet lige have en række af konsekvenser for samfundet.

11.1 Koncerner

Forudsætningen er, at jo mere konsekvent princippet om hæftelsesbegrænsningen opretholdes, desto mere effektiv risikoallokering kan et selskab foretage ved etableringen af en koncern. Såfremt udgangspunktet om den begrænsede hæftelse modificeres af en adgang til at statuere hæftelsesgennembrud, svækkes omvendt muligheden for at foretage en risikoallokering gennem koncerndannelse. Dette kan betyde, at et selskab i visse tilfælde vil afholde sig fra at iværksætte en produktion, der ville være økonomisk rentabel. Dette skyldes, at en forudsætning for at selskabet tør at give sig i kast med en risikabel produktion, kan være, at selskabet har mulighed for at isolere risikoen for erstatningsansvar og hæftelse i et med henblik herpå etableret datterselskab. Det kan endvidere skyldes, at selskabet ønsker at isolere den almindelige økonomiske risiko, der består i at udvikle nye produkter. Ved at kunne isolere risikoen i et datterselskab kan moderselskabet begrænse den økonomiske risiko til den i datterselskabet investerede kapital.

Hvis man i Danmark vælger at indføre en form for regulering af den materielle koncernret på linie med Tyskland eller den ulovregulerede adgang til statuering af hæftelsesgennembrud på objektivet grundlag får lov at udvikle sig, kan man forvente at det vil have en begrænsende effekt på mulighederne for risikoallokering. Dette betyder, at det kan have en begrænsende effekt på et selskabs incitament til at engagere sig i udviklingsarbejde og senere salg fremstød, der kan føre til fremkomsten af et nyt succesrigt produkt. Dansk erhvervsliv driver i høj grad virksomhed inden for

højteknologiske brancher, hvor udvikling af nye produkter ofte er af meget væsentlig betydning for konkurrenceevnen både i Danmark og i udlandet.¹¹⁸

Muligheden for hæftelse kan altså have den konsekvens, at det pågældende selskab enten helt afholder sig fra at forsøge at udnytte de potentielt økonomisk rentable forretningsmuligheder, eller søger at afdække de relevante risici ved for eksempel at forsikre sig. Dette vil have den følgevirkning at finansieringsomkostningerne bliver større og dermed fordyrer udviklingen og produktionen. På den anden side vil de långivende kreditorer ikke længere skulle sikre sig så grundigt, hvis muligheden for gennembrudshæftelse foreligger, og dermed vil det have en positiv indvirkning på datterselskabets finansieringsomkostninger.

Som tidligere beskrevet er en af forudsætningerne for hæftelsesgennembrud, at der er udøvet en så streng koncernledelse, at datterselskabet fremstår som uselvstændig økonomisk eller ledelsesmæssigt og at dette har medført, at man på illoyal vis har draget fordel af den begrænsede hæftelse på kreditorernes bekostning. For ikke at komme på kant med dette princip kan det tvinge nogen koncerner til at opgive en streng koncernledelse, hvilket kan få den følgevirkning at koncernen som helhed får en mindre effektiv styring, som mindsker de synergieffekter, som ofte er en af målene ved at organisere sig som koncern. Hvis fordelene mindskes ved at samle forskellige funktioner under samme ledelse, vil det få følger i konkurrencen med andre virksomheder. Det vil sige, at indførelsen af regler for hæftelsesgennembrud kan forrykke danske virksomheders konkurrencemuligheder i negativ retning.

Det må dog stå klart at mange af de lande, som vi sammenligner os med internationalt, allerede har eller undergår den samme udvikling med hensyn til hæftelsesgennembrudsovervejelser som Danmark, hvilket gør, at danske virksomheder ikke står i en værre situation end udenlandske selskaber med hensyn til at ifalde hæftelse, hvis man i Danmark indfører regler på området. Det er endvidere relevant at fremhæve, at fortsat ulovreguleret domspraksis på området vil medføre usikkerhed, hvilket i sig selv kan være værre end regler på området lige meget hvor strenge de end måtte være. Selvom Danmark vælger ikke at indføre regler til regulering af den materielle koncernret, så må det stå klart at danske virksomheder, der opererer internationalt alligevel må overveje mulighederne herfor, idet hæftelsesgennembrud

¹¹⁸ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 438.

bliver et mere og mere kendt begreb som lov eller ulovreguleret fremgår af mange landes retspraksis.

11.2 Samfundet

Det er af væsentlig økonomisk interesse, hvorledes selskabernes økonomiske forhold påvirkes ved indførelse af regler for hæftelsesgennembrud. Den danske selskabsskat er en væsentlig indkomstkilde til statens udgifter og ligeså er den danske befolknings lønindkomst, som for en stor dels vedkommende stammer fra det private erhvervsliv. De ovenførte negative betragtninger vedrørende øgede udgifter og eventuelle hæmsko for dominansen af koncerner vil formentlig være direkte afsmittende på samfundet, som deraf vil opleve faldende skatteindtægter. Afholder et selskab sig for eksempel fra, at foretage rentable udviklinger og produktioner, som på lang sigt ville have vist sig profitable, opnår staten således ikke de øgede skatteindtægter, der er forbundet med et større beskatningsgrundlag.¹¹⁹

Omvendt vil en adgang til at statuere hæftelsesgennembrud inden for koncerner medvirke til at sikre, at staten ikke, som følge af, at en given virksomhed er henlagt i et bevidst underkapitaliseret datterselskab, er afskåret fra at opnå dækning for et skattekrav mod dette selskab på trods af, at moderselskabet som sådan er velkonsolideret. Hvis hæftelsesgennembrudsbetingelserne vil staten i denne situation kunne gøre deres krav gældende mod moderselskabet i det omfang, at datterselskabet ikke kan honorere kravene. Dette vil være i statens og dermed også samfundets interesse, at det er muligt at opnå de indtægter, som er tilsigtet med selskabsbeskatningen.

Som ovenfor omtalt kan en mulighed for hæftelsesgennembrud medføre en begrænsning i selskabers lyst til ekspansion i form af satsning på nye produkter med videre. Dette vil have en afsmittende effekt på beskæftigelsessituationen, som vil blive påvirket i negativ retning. Så ud fra en beskæftigelsesmæssig synsvinkel kan det være en fordel for samfundet at sikre erhvervslivet et godt produktions og investeringsklima. Dette gøres mest effektivt ved konsekvent at opretholde den begrænsede hæftelse. Hvis ikke dette sker, vil investeringslysten og produktudviklingen muligvis falde,

¹¹⁹ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 442.

hvilket vil have den effekt, at der vil ske en øget import af udenlandske produkter for derigennem at tilfredsstille markedets efterspørgsel efter et produktudvalg bestående af de nyeste og mest kvalitetsbetonede produkter. Der vil muligvis ske et fald i eksporten af danske produkter til udlandet, idet danske produkter i nogle tilfælde ikke vil kunne konkurrere med de nyudviklede produkter, som udenlandske selskaber løbende introducerer på markedet.¹²⁰ Dette synspunkt skal dog ses i sammenhæng med, at udlandet ofte også vil have en form for regler, der fanger situationer, hvor datterselskabet er blevet udnyttet til at omgå den begrænsede hæftelse. En konsekvent opretholdelse af den begrænsede hæftelse vil endvidere have den fordel, at der for udenlandske investorer vil være en øget markedsgennemsigtighed. Det vil modsat medføre øgede transaktionsomkostninger, hvis investorer er nødsaget til at inddrage datterselskabets økonomiske og ledelsesmæssige forhold i vurderingen af moderselskabets økonomiske situation.

En modifikation af den begrænsede hæftelse kan have en hæmmende effekt på koncerndannelse og dermed samfundets økonomiske situation, men det er vigtigt at pointere, at konsekvenserne herved ikke kun er negative. De strenge betingelser som skal opfyldes for, at der ifaldes et hæftelsesgennembrud, vil medføre, at dette vil være yderst sjældent forekommende. Det vil derfor kun være de færreste kreditorer og investorer, som må antages at ville ulejlige sig med at foretage en tilbundsgående undersøgelse af den pågældende koncern. Det skal endvidere nævnes, at hvis ikke adgangen til hæftelsesgennembrud gøres mulig og der konsekvent fastholdes en begrænset hæftelse, kan det have en ansvarsforflygtigende effekt. I det omfang at kun et datterselskab og ikke dets moderselskab hæfter for udredningen af for eksempel et erstatningskrav, kan konsekvensen blive, at der fra moderselskabets side ikke lægges tilstrækkelig vægt på at sikre udvikling af sikre og sundhedsrigtige produkter.¹²¹ Særligt ikke på og til produktmarkeder hvor sundhed og sikkerhed ikke udgør væsentlige konkurrenceparametre.

¹²⁰ Schwarz- Hansen, Christian. Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, side 443.

¹²¹ Her synes det relevant at nævne sagen om Dansk Eternit A/S, hvor de fremtidige erstatningskrav kunne isoleres i et datterselskab mens den fremtidige produktion og indtjening blev flyttet til et nyt. Selvom der ikke her var tale om, at man tømte det isolerede selskab for kapital, så blev der heller ikke optjent yderligere kapital i dette. Om denne sag kunne være faldet ud anderledes, hvis der havde været mulighed for statuering af hæftelsesgennembrud er ikke sikkert, men der foreligger brug af datterselskabet som instrument i en sikring af koncernen som helhed og en udnyttelse af den begrænsede hæftelse.

11.3 Sammenfatning

Det fremgår altså at hensynet til et datterselskabs kreditorer og disses beskyttelse mod den økonomiske risiko, der er forbundet med, at et moderselskab på illoyal vis søger at udnytte princippet om aktionærernes begrænsede hæftelse, står overfor væsentlige økonomiske interesser. En begrænsning af selskabers muligheder for risikoallokering kan have negativ indflydelse på beskæftigelsen, statens skatteindtægter samt udviklingen af nye og forbedrede produkter. Endvidere vil en lovreguleret mulighed for påberåbelse af hæftelsesgennembrud have positive konsekvenser for finansiering af datterselskabets aktiviteter, produkters sikkerhed og sundhed samt selskabers ansvarlighed. Det kan konkluderes, at de samfundsmæssige konsekvenser kan være betydelige, og at en ændring af retstilstanden bør overvejes nøje.

12 Opsamlende afsnit

Ifølge mange af de i projektet fremhævede forfattere og jurister er der brug for en regulering af reglerne for koncerner med det formål at sikre kreditorer bedre i kontrahering med koncerner. Med beskyttelse af den rentabilitet, der er forbundet med koncerndannelse in mente, bør der ske en forbedring af de koncernfremmede interessegruppers beskyttelse. Modervirksomheden må som en pris for central koncernstyring acceptere en forøget beskyttelse af disse interessegrupper. Friis Hansen påpeger, at reformering af selskabsretten ikke kan ske gennem retspraksis, men forudsætter et indgreb fra lovgiver. Indgrebet kan med fordel bygge på den dualistiske tyske model, hvor der skelnes mellem faktiske koncerner og aftalekoncerner. Ved at lade sig inspirere af den tyske model kan man ved at udbygge de erstatningsretlige regler, og ved indførelse af nogle objektive regler sikre kreditorer bedre. Dette er ikke langt fra Krüger Andersen og Gomards synspunkt, som dog ikke går i detaljer med, hvor meget de ønsker at udbygge de eksisterende erstatningsregler. Friis Hansens forslag er klart mere vidtgående end det Krüger Andersen og Gomard lægger op til, men de pointerer, at der ikke må røres ved den begrænsede hæftelse. Dette udgangspunkt er alle forfattere og jurister, enige i. Werlauff, som foreslår god- skik regler pointerer også, at hæftelsesgennembruddets objektive hæftelse er en reaktion på de nuværende erstatningsretlige regler utilstrækkelighed, og en klar undtagelse til den begrænsede hæftelse. Der er, når alt kommer til alt, ikke den store uenighed blandt de fremhævede parter, det er et spørgsmål om kategorisering og benævnelse. For der er blandt de fleste et ønske om, at sikre kreditorer bedre i hvert fald indenfor koncerndannelser.

Om den danske selskabslovgivning vil have gavn af at lade sig inspirere af den tyske er svært at svare entydigt ja til, for den tyske model har også skønhedsfejl. Endvidere vil det mest ideelle nok være et fælles europæisk tiltag, idet selskabernes handel og samarbejds mønster i stigende grad internationaliseres. Det som påpeges fra flere sider er nødvendigheden af retssikkerhed, hvilket gør, at en ulovhjemlet adgang til at idømme hæftelsesgennembrud ikke er ideel. Jeg konkluderer i afsnittet om retspraksis, at en sådan må formodes at eksistere efter midtfynsfestivaldommen. En form for lovgivning på området vil være til gavn for retssikkerheden, for på den måde gives borgerne sikkerhed for de gældende regler, idet ulovhjemlet adgang fra domstolens side ikke vil indebære samme kontinuitet og konsekvens. Der er på grund af den sparsomme retspraksis på området ikke mulighed for at fastslå, hvad der skal til for på

objektivt grundlag at udløse et hæftelsesgennembrud, men der kan konkluderes at et hæftelsesgennembrud forudsætter illoyalitet fra moderselskabet eller hovedaktionærens side. Enten økonomisk illoyalitet i form af begunstiggelse af sig selv på selskabets vegne eller ledelsesmæssig illoyalitet i form af en dominerende koncernledelse. Det fremgår endvidere af min analyse møntet på identitetsovervejelser, at der er en række momenter som tillægges vægt. Selvom dommene ikke kan tages til indtægt for ægte hæftelsesgennembrud undtagen midtfynsfestivaldommen, er de nyttige til at danne et billede af, at vi allerede i dansk ret har identitetstilfælde støttet på erstatning, formuesammenblanding og de konkursretlige regler for omstødelse.

Selvom jeg i denne afhandling har beskæftiget mig med begge typer af hæftelsesgennembrud, er det vigtigt at slå forskellen fast. Det ægte hæftelsesgennembrud knytter sig til kontrolgruppens forvaltning af selskabet, og er ikke baseret på culpaovervejelser, men derimod objektivt ansvar. Det uægte hæftelsesgennembrud derimod hviler på påvisning af culpa, idet der her er tale om et erstatningsansvar. Man kan sige, at hæftelsesgennembrud i denne afhandling har beskæftiget sig med den situation, at hæftelsen bryder igennem den skal, som den begrænsede hæftelse danner omkring kapitalselskaber. Dette får den konsekvens, at aktionærerne hæfter, som om de var ejere af et firma i personlig regi frem for et kapitalselskab.

Denne afhandling har især haft til sigte at analysere hæftelsesgennembrud i forhold til kreditorer. I kategoriseringen af kreditorer er det især tvangskreditorer der har brug for bedre beskyttelse. Selvom alle typer af kreditorer har dårligere mulighed for kompensation i kontrahering med koncerner, så har frivillige kreditorer haft mulighed for at kreditvurdere og træffe et begrundet valg af hvorvidt de ville samhandle med koncernen. Tvangskreditorerne derimod har ikke haft samme muligheder, og har i kontraheringen med koncerner betydeligt dårligere muligheder, end hvis de havde haft et enkeltstående selskab som modspiller. Dette er allerede anerkendt i tysk ret, som har valgt at kodificere den tyske materielle koncernret især i anerkendelsen af koncernfremmede interessenters vanskelige forhold overfor koncerner.

Det ville være sundt for afklaring af den danske retspraksis på området, hvis lovgivningsmagten endeligt tog stilling til dette spørgsmål. Det er ikke gavnligt for retssikkerheden, når der ikke er klarhed over retspraksis. Jeg har her i projektet vurderet, at der er en ulovhjemlet adgang til at idømme ægte hæftelsesgennembrud, om

end på spinkelt grundlag, idet det kun er en dom, der kan tolkes på denne måde. Dette bør få den konsekvens, at man fra lovgivers side tager stilling til en form for regler på området, idet objektive hæftelsesregler bør være lovregulerede. Friis Hansen mener, at reglerne bør vedtages i EU, så vi i Europa kan få enslydende regler, hvilket ville være langt det bedste med den øgede samhandel og globalisering for øje. Denne mulighed har dog sandsynligvis lange udsigter, på grund af medlemslandenes indbyrdes uenighed på dette punkt.

Selvom de tyske regler ikke er en umiddelbar kopieringsmulighed, er det et godt sted at hente inspiration, idet man her har sikret koncernfremmede interessegrupper betydeligt bedre end i Danmark. Endvidere bør eventuelle regler ikke være direkte hæmmende overfor koncerndannelser, men derimod balancere mellem magt og ansvar. Koncerndannelser kan udgøre en stor fordel synergimæssigt og dermed konkurrencemæssigt, men der bør følge et ansvar med i form af nogle regler, der tvinger koncerner til at behandle kreditorer bedre. I overvejelserne af hvilken regulering man fra politisk hold ønsker og om man ønsker at lovgive på området overhovedet, er det interessant at se på de økonomiske konsekvenser for samfundet. Det vil nødvendigvis medføre nogle negative økonomiske følgevirkninger at indføre en form for modifikation af den begrænsede hæftelse for kapitalselskaber, om end muligheden for hæftelsesgennembrud sandsynligvis vil blive sjældent brugt. Ikke at lovgive på området kan have den effekt at det ulovhjemlede hæftelsesgennembrud, som blev statueret i forbindelse med midtfynsfestivaldommen får lov at udvikle sig og dermed skabe usikkerhed om retspraksis.

13 Konklusion

Målet med denne afhandling har været at belyse hæftelsesgennembrud i dansk ret, med specielt fokus på kreditorer. Hæftelsesgennembrud kan defineres som hæftelse på objektivet grundlag ud fra kontrolgruppens forvaltning af selskabet. Gennembruddet forudsætter at kontrolgruppen har handlet illoyalt ledelsesmæssigt eller økonomisk og på den måde misbrugt selskabsformen. Dette kan kombineret med en række faktorer udløse hæftelsesgennembrud. Disse faktorer er:

- Ikke selvstændig ledelse/ personsammenfald i ledelse
- Underkapitalisering
- Kapitaltilbageførsel til selskabsdeltagerne
- Formuesammenblanding/ Ikke økonomisk adskillelse
- Proforma opdeling/ Datterselskabet som >>instrument<<

Hvorvidt der i Danmark er en ulovhjemlet adgang til at statuere hæftelsesgennembrud må efter midtfynsfestivaldommen besvares bekræftende. Der er i dansk ret inden for blandt andet erstatningsretten og konkursretten mulighed for at identificere retssubjekter på en måde lignende hæftelsesgennembrud, men disse kan ikke henregnes under ægte hæftelsesgennembrud, om end følgerne deraf ikke afviger meget fra følgerne af hæftelsesgennembrud. Hæftelsesgennembrud har de følger at et moderselskab overfor et datterselskab, et datterselskab overfor et moderselskab eller to søsterselskaber hæfter overfor hinanden i forhold til hele eller dele af gælden. Der kan også være tale om hoved eller eneaktionær i stedet for moderselskab, men det kan konkluderes, at dette vil være yderst sjældent, idet der i retspraksis tøves overfor at lade en fysisk person hæfte frem for et selskab. Konklusionen herpå er, at hæftelsesgennembrud især er relevant i koncernforhold.

Endvidere kan det konkluderes, at kreditorer har betydelig dårligere muligheder for fyldestgørelse i kontrahering med koncerner, end hvis der var tale om et enkeltstående selskab. Der må sondres mellem forskellige grupper af kreditorer, og her må tvangskreditorerne trækkes frem, som den gruppe, der har de dårligste muligheder for fyldestgørelse. Det er netop denne gruppe som vurderes til at have de største muligheder for fyldestgørelse gennem hæftelsesgennembrud. I midtfynsfestivaldommen blev der netop indrømmet hæftelse overfor Told & Skat som tvangskreditor.

Der bliver i afhandlingen fremhævet forskellige forslag til regulering af hæftelsesgennembrud i form af god skik- regler, udvidelse af erstatningsretten til overflødiggørelse af gennembrudshæftelse og en kodificering af selskabsretten på linie med tysk ret.

Jeg har især detaljeret redegjort for tysk ret som synliggørelse af muligheden for kodificering af den materielle koncernret som inspiration til en løsning. En løsning på tvangskreditorernes særlige beskyttelsesbehov i forhold til specielt koncerner kræver nøje overvejelse og lovgivningsmagtens indgriben. Det er dog en indgriben, som jeg vil konkludere, at der er behov for. Ulovreguleret objektiv hæftelse bør ikke forblive ulovreguleret, og desuden vil klarhed omkring retspraksis være at foretrække både ud fra et selskabsretligt og civilretligt synspunkt. Dog skal det tilføjes, at en regulering, såvel som en beslutning om ikke at regulere, vil have en række af økonomiske konsekvenser, hvoraf ikke alle er negative. Disse vil dog være nyttige at klarlægge og tage i betragtning i forbindelse med overvejelser af lovgivning.

Jeg mener, det bør være muligt, uden at afskære selskaber fra benyttelse af den synergiskabende koncernkonstellation, at lade magt følge ansvar og gennem lovregler lade især tvangskreditorerne være bedre sikret.

14 Summary

This thesis deals with the fundamental ideas of lifting the corporate veil, and the Danish legal practice for identifying two legal entities. In the analysis there is a focus on creditor's situation concerning interaction with companies with limited liability.

I consider a real case of lifting the corporate veil as a piercing or lifting of the limited liability between two legal entities. Furthermore it is a condition, that the piercing is not dependent on the demonstration of faultbased negligence standards. Faultbased negligence standards has for a long time been known for breaking through the limited liability of two legal entities. Limited liability is a strong principle in the Danish legal practice. If fault can be proven, it has the result, that two legal entities are regarded as one, they are to be considered as one identity. A real case of lifting the corporate veil builds on the basis, that one or more shareholders are identified with the company in favour of one or more of its creditors. The legal consequence of this is that these creditors can raise exactly the same claims against those shareholders, as if they had personally owned the business of the company. Central issues in identifying a case of piercing the veil are:

1. There is a considerable or persistent disproportion between the company's equity capital and the dimension of the risks connected with its business
2. A very consequent and profound influence directly on the company's management
3. A consequent transfer to shareholders or to others of the net income earned by the company thus making it impossible for the company to consolidate itself
4. The use of the company to avoid obligations that are incumbent on shareholders themselves
5. Decisions in or on behalf of the company that are in other ways substantially unlawful, measured with the duty of loyalty incumbent on those in control incumbent on those in control, provided such decision seems to transfer to the controlling shareholders or to others some advantage of economic and/ or administrative character that is not insignificant

Whether or not there in Danish legal practice is an access to pierce the corporate veil on a non statutory basis is object for discussion. There is difference of opinion. While some doesn't distinguish between when faultbased identity is established and when

there is a true case of lifting the corporate veil. Others don't recognize the access to lift the corporate veil in Danish legal practice.

This thesis concludes that there is basis for lifting the veil in Danish legal practice, the access is based on a slender foundation though. There is in Danish legal practice only one case of true lifting the veil U1997.1642H, it is a Supreme Court judgement. It was a case of two sister- companies which were controlled by one person. In this case many of the above issues were present and the court lifted the corporate veil between the two sister- companies, but not between the person and the companies. This was done in favour of the Danish tax- authorities as creditor.

It is also a theme in this thesis that creditors seems to have more difficult conditions in trading and communicating with groups of companies. In an insolvency situation it can be very difficult for creditors to prove what was going on inside the atmosphere of the group of companies compared to a single company. That situation makes it hard for creditors to demonstrate faultbased negligence standards, which means that it is mainly in these situations that lifting the corporate veil has its justification.

In search for a comparison I describe German law, where contrary to Denmark there is a codificated law for groups of companies. That has the effect that creditors in dealing with groups of companies have increased protection. Before deciding which way to go in dealing with the fact, that there in Denmark is a non statutory basis for piercing the corporate veil, it is important to notice the economic implications it can have for creditors, groups of companies and the society.

15 Litteraturliste

Andersen, Lennart Lyng. Werlauff, Erik & Ørgaard, Niels. *Holdingselskaber*. Forlaget Thomson, Gad Jura. 1. udgave 1998.

Andersen, Paul Krüger. *Aktie- og anpartsselskabsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 8. udgave 2004.

Andersen, Paul Krüger. *Studier i dansk koncernret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1997.

Davies, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. Forlaget Thomson, Sweet & Maxwell. 7. udgave 2003.

Christensen, Jan Schans. *Kapitalselskaber aktie- og anpartsselskabsret*. Forlaget Thomson Gad Jura. 1. udgave 2003.

Eyben, Bo von og Eyben, W. E. Von. *Juridisk ordbog*. Forlaget Thomson, Gad Jura. 11. udgave 1999.

Gomard, Bernhard. *Aktieselskaber & anpartsselskaber*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 4. udgave 2000.

Gomard, Bernhard. *Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner*. Gad Jura. 1. udgave 1997.

Greve, Vagn & Langsted, Lars Bo. *Hovedlinier i Erhvervsstrafferetten*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave 2000.

Munck, Noe og Kristensen, Lars Hedegaard. *Selskabsformerne- lærebog i selskabsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 4. udgave 2002.

Schaumburg- Müller Peer, Werlauff Erik. *EU selskabs, børs og kapitalmarkedsregler*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave 2003.

Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik. *Dansk og international koncernret og koncernskatteret*. Forlaget Thomson, Gad Jura. 1. udgave 2005.

Werlauff, Erik. *Selskabsmasken- loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*. G. E. C. Gad. 1991.

Werlauff, Erik. *Selskabsret*. Forlaget Thomson, Gad Jura. 5. udgave 2003.

Werlauff, Erik. *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave 2002.

Werlauff, Erik. *Werlauff's kommenterede Anpartsselskabslov*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2001.

15.1 Artikler

Aaberg, Søren. *Identifikation mellem Koncernbundne Selskaber*. Justitia nummer 5, 16. årgang, oktober 1993.

Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen. *U2000B.399. Et anpartsselskab blev pålagt hæftelse for >>søsterselskabs<< gæld til Told- og Skattestyrelsen*.

Hansen, Søren Friis. *Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold*. Julebog 1997 fra Juridisk Institut. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1 udgave, 1 oplag, 1997.

Hansen, Søren Friis. *Koncernretten under forandring*. Juristen 1997. Danmarks Jurist- og Økonomforbund.

Hansen, Thomas Bøgholm. *>>Forurennet jord<< Ansvarssubjekter ved påbud efter miljøbeskyttelsesloven og jordforureningsloven*. Justitia nummer 1, 23. årgang, januar 2000.

Munch, Mogens. *U1983B.149. Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis*.

Pedersen, H. V. Godsk. *U1985B.352. Civilretlig identifikation i relation til kreditorer.*

Schwartz- Hansen, Christian. *Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret.* Nordisk Tidsskrift for selskabsret, dec. 2001, nr. 4.

Skovbo, Eva Aaen. *Bør advokater forstå sig på retøkonomi?.* Advokaten 1, 2004.

Werlauff, Erik. *RR.1997.06.0025. God selskabsskik 1.*

Werlauff, Erik. *RR.1997.07.0030. God selskabsskik 2.*

Werlauff, Erik. *TfS1998.702. Hæftelse eller ansvar for selskabstømning.*

Werlauff, Erik. *TfS1997.822. Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld.*

Werlauff, Erik. *U.1986B.393. Selskabsretligt ansvarsgennembrud.*

16. Domsfortegnelse

U1997.1642H

TfS1997.780H

U1999.326Ø

U1992.640V

U1986.697V

U1997.178H

Dansk Eternitfabrik A/S

U1977.526H

U1968.766H

U1978.880H

U1980.806V

U1985.664V

U1994.621H

U1992.640V

U1992.640V

U1983.267S

U1998.166Ø