

# Identifikation mellem koncernselskaber



Kandidatafhandling Erhvervsjura, Aalborg Universitet 2008  
Vejleder: Erik Werlauff

Jesper H. Nielsen

---

1. Emne & disponering .....	1
2. Retskilder .....	2
3. Koncernbegrebet .....	3
<b>3.1. Formelt koncernbegreb i Aktieselskabsloven .....</b>	<b>3</b>
3.1.1. Stemmeftal (AL § 2, stk.2, nr.1) .....	3
3.1.2. Bestyrelsesftal (AL § 2, stk.2, nr.2) .....	4
3.1.3. Bestemmende indflydelse og aktionær (AL § 2, stk.2, nr.3) .....	4
3.1.4. Rådighed over stemmeftal (AL § 2, stk.2, nr.4) .....	5
3.1.5. Udøvelse af bestemmende indflydelse (AL § 2, stk.2, nr.5) .....	5
<b>3.2. Materielt koncernbegreb .....</b>	<b>6</b>
4. Ret eller pligt .....	7
5. Retsområder .....	9
<b>5.1. Selskabsret .....</b>	<b>10</b>
5.1.1. Forvaltningsmæssige beføjelser .....	10
5.1.1.1. Enhed .....	10
5.1.1.1.1. Information (AL § 55) .....	10
5.1.1.1.2. Tilsyn (AL § 54, stk.3) .....	11
5.1.1.1.3. Formål (AL § 4, stk.1, nr. 3) .....	12
5.1.1.1.4. Koncernrepræsentation (AL § 49, stk.3) .....	12
5.1.1.2. Ledelsesret .....	13
5.1.1.3. Spørgsmålsret (AL § 76) .....	15
5.1.1.4. Transparens .....	15
5.1.1.4.1. Anmeldelsespligt for storaktionærer (AL § 28 a) .....	15
5.1.1.4.2. Spekulationsforbud (AL § 53, stk.3) .....	16
5.1.2. Økonomiske beføjelser .....	16
5.1.2.1. Hæftelsesgennembrud .....	16
5.1.2.2. Koncernlån (AL § 115 a) .....	19
5.1.2.3. Fortegningsret (AL § 30, stk. 3) .....	20
5.1.2.4. Udbytte (AL § 110, stk.3) .....	21
5.1.2.5. Grænsen for egne aktier (AL § 48) .....	21
5.1.3. Dispositions mæssige beføjelser .....	22
5.1.3.1. Forkøbsret .....	22
5.1.3.1.1. Aktier .....	22
5.1.3.1.2. Udlejningsejendom (LL §§ 100-105) .....	24
5.1.3.1.3. Forsyningssektor .....	28
<b>5.2. Regnskabsret .....</b>	<b>29</b>
5.2.1. Koncernregnskab .....	29
<b>5.3. Aftaleret .....</b>	<b>32</b>
5.3.1. Koncerninterne overdragelser .....	32
5.3.2. Sikkerhedsstillelse .....	33
5.3.2.1. Kautio .....	34
5.3.2.2. Støtteerklæring .....	35
5.3.3. Covenants .....	38
<b>5.4. Erstatningsret .....</b>	<b>42</b>
5.4.1. Ledelses- & aktionæransvar (AL § 140 + § 142) .....	42
5.4.2. Compensatio lucri cum damno & modregning .....	46

<b>5.5. Miljøret .....</b>	<b>49</b>
<b>5.6. Udbuds- &amp; konkurrenceregler .....</b>	<b>54</b>
<b>5.7. Insolvensret.....</b>	<b>57</b>
5.7.1. Konkurs.....	57
5.7.2. Omstødelse.....	59
5.7.3. Finansiering via selskabsopsplitning .....	60
6. Analyse.....	65
7. Konklusion .....	68
8. Summary .....	70
Litteraturliste.....	71

## 1. Emne & disponering

Koncernbegrebet i dansk ret er ikke defineret entydigt, således afhænger definitionen af, i hvilken kontekst begrebet skal anvendes, hvad enten der er tale om civilretten, skatteretten eller en helt tredje disciplin. De overordnede kriterier for dannelsen af den formelle selskabsretlige koncern er anført nærmere i Aktieselskabsloven (AL) § 2, hvorefter koncernen etableres grundet et selskabs (moderselskabet) stemmeflertal, bestyrelsesflertal eller bestemmende indflydelse i et andet selskab (datterselskabet).

Der opstår imidlertid, i forbindelse med en selskabsretlig koncernetablering, en interessekonflikt mellem på den ene side den erhvervsmæssige realitet, hvorved koncernselskaberne agerer samlet i enheden, samt på den anden side den traditionelle selskabsret, der grundet selskabernes selvstændige retssubjektivitet, foreskriver koncernflerhed. Det selskabsretlige udgangspunkt skal ikke desto mindre fastholdes som en altovervejende hovedregel, hvorfor koncernselskaberne er rettmæssigt og forpligtelsesmæssigt uafhængige af hinanden (særbehandling), men forholdet herom kan imidlertid modificeres gennem enten lov, aftale eller forholdets natur (dommerskabt ret). Modificeringen indebærer derved, at det enkelte selskabs ret og pligt helt eller delvist udstrækkes til ligeledes at indbefatte andre koncernselskaber (identifikation), hvad enten forbindelsen mellem dem er formel eller materiel.

I forlængelse heraf er det dermed emnet for nærværende kandidatafhandling at anskueliggøre, hvornår det enkelte koncernselskabs ret og pligt helt eller delvist kan udstrækkes, samt at analysere nærmere, hvorvidt der for retsområderne selskabsret, regnskabsret, aftaleret, erstatningsret, miljøret, udbuds- og konkurrenceregler samt endeligt insolvensret kan udledes samlede grundsætninger for, hvornår en identifikation er aktuel.

Projektet er herefter disponeret således, at det først fastlægges hvilke retskilder, der kan føre til en statuering af identifikation, samt dernæst en selskabsretlig beskrivelse af den formelle og materielle koncern. Herefter følger en definition af, hvad der kan karakteriseres som henholdsvis en ret og en pligt i forhold til det enkelte retsområde, forinden identifikationen her indenfor underkastes en nærmere belysning med reference til litteratur i almindelighed, samt i særdeleshed med henvisning til retspraksis. Endeligt analyseres yderligere, hvorvidt der, i henhold til udstrækningen af ret og pligt, kan udledes samlede grundsætninger for retsområderne, ligesom projektet herefter indeholder en konklusion på, hvornår ret og pligt undtagelsesvist udstrækkes til at indbefatte andre koncernselskaber, samt hvordan en forebyggelse af risikoen herfor konkret kan tilrettelægges. Afslutningsvis foretages en udarbejdelse af et summary.

## 2. Retskilder

Retskilderne til udstrækningen af et koncernselskabs ret og pligt kan enten være et udslag af lovgivning, aftale eller forholdets natur, hvorfor grundlaget herfor henholdsvis er karakteriseret ved hjemmel, frivillighed eller dommerskabt ret (ulovhjemlet).

En koncernetablering indebærer derimod ikke, at koncernen fremstår som ét enkelt retssubjekt, men den aktiverer ikke desto mindre en række bestemmelser i lovgivningen, hvorefter ret og pligt defineres samlet, idet koncern enten fremstår som en enhed eller koncernselskaberne er at anse for transparente. Identifikationen indenfor retsområderne selskabsret og regnskabsret hviler i vidt omfang på en hjemmel i enten Aktieselskabsloven eller Årsregnskabsloven (ÅRL), men forkøbsretten til aktier indeholder imidlertid nuancer af en aftale, ligesom hæftelsesgennembrud er en følge af ulovhjemlet dommerskabt ret.

Den aftalemæssige sambehandling er derimod frivillig, hvorfor den manifesterede aftale mellem parterne herefter udgør retskilden, således er fastsættelsen af aftalens retsvirkninger, i betydelig grad, reguleret ved aftalefortolkning. Den aftalebaserede sambehandling behandles i særdeleshed i forbindelse med retsområdet aftaleret, men en aftale om koncernintern handel har, i forhold til en rettighedshaver, hvad enten den omhandler aktier eller varer, retsvirkning som en afhændelse til en koncernuafhængig part. Der kan således efter aftale forekomme sikkerhedsstillelser mellem selskaberne i koncernen, selvom de ikke umiddelbart hæfter for hinandens forpligtelser, men en långiver skal i forlængelse heraf være opmærksom på, at en majoritetsændring i et låntagerselskab ikke indebærer bristede forudsætninger, således kan forudsætningslæren ikke medføre en restgælds forfald, medmindre aftalen indeholder en præciserende klausul herom (covenants).

Udstrækningen af ret og pligt, i henhold til dommerskabt ret, er oftest et udtryk for en tilsidesættelse af den selskabsretlige formalitet frem for realiteten, men en ulovhjemlet identifikation kræver imidlertid en yderst tungtvejende begrundelse. Retspraksis har indenfor retsområderne erstatningsret, miljøret, udbuds- og konkurrencereglerne samt endeligt insolvensret ulovhjemlet statueret identifikation mellem formelt og materielt forbundne koncernselskaber, navnlig såfremt opretholdelsen af formaliteten medfører en omgåelse af forpligtelser. I den sammenhæng kan det selskabsretlige hæftelsesgennembrud karakteriseres som den mest vidtgående foranstaltning, idet domstolene herved ulovhjemlet tilsidesætter en lovlig begrænset hæftelse i AL § 1, stk.2.

### 3. Koncernbegrebet

En identifikation er aktuel for koncernforbundne selskaber, hvad enten selskaberne heri er formelt eller materiel forbundet, men det er imidlertid nødvendigt at afgrænse koncernbegreberne fra hinanden, eftersom ikke samtlige relationer for den formelle koncern kan overføres til en materiel koncern.

#### 3.1. Formelt koncernbegreb i Aktieselskabsloven

Aktieselskabslovens koncernbegreb er senest ændret med vedtagelsen af Lov nr. 308 af 16. maj 1990, grundet gennemførelsen af 7. direktiv om konsoliderende regnskaber, eftersom det findes unødigt kompliceret at fastholde én definition af koncerndefinition i Årsregnskabsloven og en anden i henhold til Aktieselskabsloven. Det selskabsretlige koncernbegreb indbefatter imidlertid alene aktieselskaber og anpartsselskaber, hvorimod den regnskabsmæssige koncern herudover omhandler enhver anden form for erhvervsvirksomhed.<sup>1</sup>

Den selskabsretlige koncern er nærmere defineret i AL § 2, stk.1, hvorefter en koncern udgøres af et moderselskab samt dets tilhørende datterselskaber, således er det en betingelse for en koncerndannelse, at der mindst eksisterer ét moderselskab og ét datterselskab. Et aktieselskab har, i denne sammenhæng, karakter af et datterselskab, såfremt et andet selskab (moderselskabet) opfylder et af koncernkriterierne i AL § 2, stk.2, således kan der i en koncern ligeledes forekomme subkoncerner, idet et moderselskab ligeledes kan have karakter af et datterselskab.

Inden de enkelte koncernbestemmelser introduceres skal det indledningsvis bemærkes, at opgørelsen af stemmerettigheder og rettigheden til at udnævne eller afsætte medlemmer af ledelsesorganer ligeledes indbefatter datterselskabets rettighed hertil, AL § 2, stk.4. En koncern kan herefter etableres, såfremt et selskab, alene eller sammen med et eller flere datterselskaber, opfylder en af de nedenfor anførte koncernbetingelser, men stemmeret tilknyttet egne aktier, AL § 67, stk.3, 1.pkt., kan imidlertid ikke medtælles ved nærværende opgørelse.<sup>2</sup>

##### 3.1.1. Stemme flertal (AL § 2, stk.2, nr.1)

Efter denne bestemmelse opstår en koncernforbindelse, såfremt et selskab besidder flertallet af stemmerettighederne i et andet selskab, således vil det ejende selskab være moderselskab, mens det ejede selskab har karakter af et datterselskab. Kriteriet om flertal forudsætter en egentlig retlig majoritet til stemmeretsindflydelsen i datterselskabet, hvilket forudsætter en andel på 51 % af samtlige stemmer på generalforsamlingen. En koncernforbindelse ikke opstår således ikke, såfremt et selskab alene besidder 50 % af stemmerne, medmindre selskabet, gennem vedtægterne eller en aktionæroverenskomst, er beføjet til den afgørende indflydelse ved stemmelighed på

<sup>1</sup> LFF1989-90; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 2, nr.1

<sup>2</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 25

generalforsamlingen. Det er ikke en betingelse for koncernetableringen, at moderselskabet har aktionærstatus i datterselskabet, eftersom det er tilstrækkeligt, at moderselskabet behersker stemmerne, således kan pant i aktier opfylde beherskelseskriteriet, hvis der herigennem ligeledes foretages en egentlig overførsel af stemmeretten.<sup>3</sup>

Bestemmelsen har særlig betydning i relation til selskaber, hvor aktierne er opdelt i stemmestærke stamaktier (A-aktier) og stemmesvage præferenceaktier (B-aktier), AL § 67, stk.1, samt i selskaber med maksimeret stemmeret, således er det til sidstnævnte afgørende, hvorledes den faktiske fordeling af aktierne er på det aktuelle tidspunkt. Moderselskabet skal imidlertid til enhver tid beherske flertallet på datterselskabets generalforsamling, således er en praktisk majoritet, hvorved alene forventes en beherskelse af flertallet, ikke tilstrækkelig, idet det retlige forhold herved er afgørende. Det kan konkret være af betydning efter hvilken bestemmelse koncernforbindelsen etableres, således er medarbejderens ret til koncernrepræsentation alene aktuel, AL § 49, stk.3, 1.pkt., såfremt moderselskabet besidder flertallet af stemmerettighederne, hvilket alene forekommer efter nærværende koncernbestemmelse.<sup>4</sup>

### **3.1.2. Bestyrelsesflertal (AL § 2, stk.2, nr.2)**

En koncernforbindelse opstår endvidere, såfremt et selskab har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i et selskabs bestyrelse, således er en egentlig beherskelse af direktionen ikke tilstrækkelig. I modsætning til AL § 2, stk.2, nr.1 stilles her krav om, at selskabet er aktionær i datterselskabet, men aktiebesiddelsens størrelse er, tilsvarende AL § 2, stk. 2, nr.3-4, ikke desto mindre af underordnet betydning. Det er herudover ligeledes en forudsætning, at selskabet har et egentligt retskrav på at udnævne eller afsætte flertallet af bestyrelsen, enten via vedtægter, aktionæroverenskomst eller en anden aftale. En koncernetablering er ikke aktuel, hvis selskabet alene har ret til at udnævne halvdelen af bestyrelsen, uanset om bestyrelsesformandens eventuelle udslagsgivende stemme ved stemmelighed er en del heraf, AL § 57, stk.2, 2.led., således udgøres flertallet af halvdelen + én.<sup>5</sup>

Den nærværende koncerndefinition er forholdsvis ny i Aktieselskabsloven, men bestemmelsens praktiske anvendelighed er antageligvis af beskeden karakter, idet anvendelsesområdet oftest ligeledes er omfattet af enten AL § 2, stk.2, nr.1 eller nr.3.<sup>6</sup>

### **3.1.3. Bestemmende indflydelse og aktionær (AL § 2, stk.2, nr.3)**

Et selskab har herudover ligeledes karakter af et moderselskab, hvis det er aktionær i et selskab, samt heri endvidere har ret til, i henhold til vedtægterne eller en aftale med selskabet, at udøve en bestemmende indflydelse. Moderselskabets stemmeandel er således herefter mindre end halvdelen

<sup>3</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 17

<sup>4</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 19

<sup>5</sup> Andersen, Paul Krüger; Studier i dansk koncernret; side 380

<sup>6</sup> LFF1989-90; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 2, nr.1

af samtlige stemmer, men grundet den konkrete aktiespredning på de resterende aktier i datterselskabet, er det forventeligt, at selskabet normalt behersker flertallet på datterselskabets generalforsamling. Det er således alene retten til at udøve den bestemmende indflydelse, der i denne sammenhæng er af afgørende betydning, men det er herefter ikke en betingelse, at indflydelsen ligeledes aktuelt anvendes, hvilket derimod er et krav for anvendelsen af AL § 2, stk.2, nr.5. Bestemmelsens anvendelsesområde er således først og fremmest betinget af, hvorvidt selskabet, i henhold til vedtægterne eller en aftale, er påført en stemmeret, samt dernæst om retten kan karakteriseres som bestemmende, hvilket, i modsætning til AL § 2, stk.2, nr.1, må fortolkes som under 51 %.<sup>7</sup>

Efter dansk ret er der ikke mulighed for, at et selskab gennem beherskelsesaftaler kan opgive sin selvstændighed, hvorfor en bestemmende indflydelse næppe kan opnås gennem en aftale med selskabet, hvilket derimod er mulighed i tysk ret (Beherrschungsvertrag), jf. herom i afsnit 5.1.1.2.<sup>8</sup>

#### **3.1.4. Rådighed over stemmeflertal (AL § 2, stk.2, nr.4)**

Koncernkriteriet, i nærværende sammenhæng, er opfyldt, såfremt et selskab har aktionærstatus samt råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet efter aftale med andre aktionærer. Det er en forudsætning herfor, at flertallet er absolut, således er en praktisk majoritet ikke tilstrækkelig, men det er, i modsætning til AL § 2, stk.2, nr.1, en betingelse, at selskabet er aktionær i det beherskede selskab, ligesom opnåelsen af stemmeflertallet skal hvile på en aftale med andre aktionærer (årsagssammenhæng). Det er tilstrækkeligt, at der er rådighed over stemmeflertallet, hvilket ligeledes afsondrer bestemmelsen fra AL § 2, stk.2, nr.1, idet flertallet herefter kan være af mere forbigående karakter, således kan en tidsbegrænset aftale medføre en koncerndannelse, såfremt bestemmelsen øvrige betingelser ligeledes opfyldes.<sup>9</sup>

#### **3.1.5. Udøvelse af bestemmende indflydelse (AL § 2, stk.2, nr.5)**

En koncern etableres endeligt, såfremt et selskab besidder aktier i et andet selskab samt udøver en bestemmende indflydelse herover, men, modsat AL § 2, stk.2, nr. 2-4, er det ikke en betingelse herefter, at moderselskabet er aktionær, hvorfor den blotte besiddelse af aktierne er tilfredsstillende. Herudover er det ydermere en forudsætning for bestemmelsens anvendelighed, at selskabet faktisk udøver en bestemmende indflydelse (de facto) over selskabet, hvorimod der, i henhold til foregående bestemmelser, allerede etableres en koncern på grundlag af retten hertil (de jure).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> LFF1989-90; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 2, nr.1

<sup>8</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 22

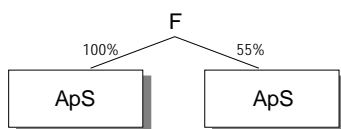
<sup>9</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 23

<sup>10</sup> LFF1989-90; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 2, nr.1



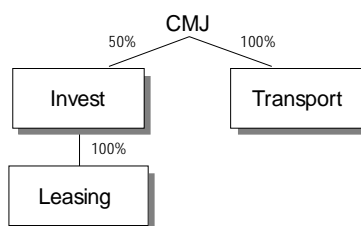
### 3.2. Materielt koncernbegreb

Den materielle koncern opfylder ikke ovenstående kriterier for dannelsen af en formel koncern, men derimod er selskaberne eller virksomhederne i en materiel koncern forbundet på en sådan måde, at der med en vis varsomhed kan drages slutninger mellem koncernerne. Der kan hertil eksempelvis fremhæves dommen i UfR1997.1642H, hvor der statueres hæftelsesgennembrud mellem to søsterselskaber i en materiel koncern, således er ejeren en fysisk person og dermed ikke et moderselskab, hvilket kan illustreres på nedenstående måde (redigeret i forhold til dommen):



Det kan således udledes, at forudsætningerne for en formel koncernetablering ikke herved er opfyldt, men principperne for et hæftelsesgennembrud er imidlertid ligeledes aktuelle for selskaberne i en formel koncern, jf. i øvrigt afsnit 5.1.2.1.

Herudover kan selskaberne i UfR2002.139H anses for at udgøre en materiel koncern, således fremhæves, i tilknytning til den meget nære forbindelse mellem selskaberne (transport og leasing i nedenstående illustration), et væsentligt personsammenfald i ejerkredsen og bestyrelsen, selvom hjemstedet ikke er identisk og den daglige drift varetages af forskellige personer.



Der er naturligvis etableret en formel koncern mellem Invest og Leasing, men i den omhandlede dom er det spørgsmålet, hvorvidt Leasing, på vegne af en bank, kan opretholde en effektiv rådighedsberøvelse vedrørende driftsmidler, der er leaset til Transport, men forholdet herom findes ligeledes at kunne overføres på en materiel koncern, jf. nærmere om dommen i afsnit 5.7.3.

Afslutningsvis skal det således bemærkes, at nedenstående overordnede principper, fra gennemgangen af retsområderne, ligeledes kan være aktuel for en materiel koncern, men koncernbestemmelserne i Aktieselskabsloven samt pligten til aflæggelsen af et koncernregnskab kan derimod ikke umiddelbart overføres hertil.

## 4. Ret eller pligt

Inden udstrækningen af koncernselskabets ret og pligt underkastes nærmere analyse skal det her overordnet introduceres, hvad retsområderne indeholder af aktuelle rettigheder og pligter af relevans for en koncern.

Koncernens rettigheder, i relation til selskabsretten, er lovhjemlede, således medfører koncernetableringen ret til aktionærlån, fravigelse af fortegningsretten til fordel for medarbejdere i såvel moder- som i datterselskabet, ligesom spørgsmålsretten på generalforsamling udgør en rettighed for aktionæren (moderselskabet), mens den for generalforsamlingsselskabet udgør en pligt til aflæggelsen af oplysninger vedrørende selskabets forhold til andre koncernselskaber. Ledelsesretten henhører endvidere hertil, hvis Rozenblum-doktrinen anerkendes i dansk ret, idet moderselskabet herefter retmæssigt kan varetage ledelsen af et datterselskab. Selskabsrettens pligter er ligeledes hovedsagligt et udslag af en hjemmel i Aktieselskabsloven, således er koncernen herefter en enhed med henblik på pligten til informationsudveksling, moderselskabets tilsyn og formål samt herudover koncernrepræsentation, eftersom det, til sidstnævnte, er ligegyldigt for medarbejdernes ret til bestyrelsesrepræsentation, om virksomheden er opdelt på flere koncernselskaber. Koncernetableringen er desuden af betydning ved pligten til overholdelsen af grænsen for egne aktier, anmeldelsespligten for storaktionærer samt spekulationsforbuddet, således er det for nærværende pligter irrelevant, hvor i koncernen besiddelsen eller spekuleringen forefindes. Udbyttebetalingen fra moderselskabet er ligeledes en selskabsretlig pligt, idet fastlæggelsen heraf skal ske under hensynstagen til koncernens økonomiske stilling, ligesom pligten desuden omfatter hæftelsesgennembrud, der indebærer en ulovhjemlet pligt til en hæftelse for et andet selskab, samt endvidere forkøbsretten, idet koncernen skal respektere en sådan, hvad enten den er lovhjemlet, vedtægts- eller aftalebestemt.

Koncerndannelse medfører, i tilknytning til regnskabsaflæggelsen, en pligt til for moderselskabet at udarbejde et koncernregnskab, hvorimod der, i aftaleretlig henseende, eksisterer en ret til, at aftale noget andet end den traditionelle selskabsret nødvendigvis foreskriver. Det kan således, gennem en aftale, vedtages, at et moderselskab enten skal stille sikkerhed for et datterselskab eller indsættes covenants i en låneaftale, hvorefter et koncernselskabs særlige forpligtelser overfor långiveren nærmere defineres, men forholdet skal imidlertid respektere en udenforståendes rettigheder.

Der forefindes hjemmel i Aktieselskabsloven til idømmelsen af et aktionæransvar overfor et moderselskab, i form af sin egenskab som aktionær, hvis pligten til at overholde selskabets vedtægter eller bestemmelser i loven ikke er opfyldt, men, hvis moderselskabet udøver en faktisk ledelse overfor datterselskabet, finder den almindelige erstatningsregel imidlertid anvendelse, hvorved simpel uagtsomhed, i modsætning til førstnævnte bestemmelse, udgør et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag. I tilknytning til erstatningsretten medfører *compensatio lucri cum damno* ligeledes en pligt for en koncern, idet der herved undtagelsesvist kan forekomme pligtmæssig modregning

mellem vinding og tab hos forskellige juridiske personer, i forholdet til én debitor, hvorfor modregningen, der umiddelbart udgør en rettighed, herved står i tilknytning til en pligt.

En koncern kan derimod fremstå som en enhed, i henhold til udbuds- og konkurrencereglerne, idet der herefter eksisterer henholdsvis ret til en henvisning til kvalifikationer hos andre koncernselskaber ved afgivningen af tilbud, samt koncerninternhandel uden kartelreglerne umiddelbart finder anvendelse. Miljøreglerne foranlediger overordnet set ligeledes rettigheder, således eksisterer umiddelbart en ret til indtrædelse i en eksisterende miljøgodkendelse, hvorunder kravene for virksomhedsudøvelsen er fastlagt, men rettigheden hertil består uanset, om der er tale om koncernforhold eller ej. Et miljøretligt ansvar kan derimod karakteriseres som en påhvilende pligt, idet et ulovligt forhold, herunder forebyggelse og afværgelse af forurening, skal bringes til ophør, men pligten hertil kan angiveligt ligeledes påhvile et andet koncernselskab end forurenerselskabet.

Afslutningsvis medfører insolvensretten oftest pligter for koncernen, således kan en formel selskabskonstruktion ikke tilsidesætte konkursretlige forpligtelser, men derimod eksisterer imidlertid en rettighed til modregning i UfR1994.621H for den omhandlende koncern, idet den, i relation til medkontrahenten, fremstår som en enhed. Den selvstændige retssubjektivitet indebærer, i tilknytning hertil, at et koncernselskab selvstændigt kan erklæres konkurs, hvorfor der angiveligt endvidere forefindes ret til at isolere et konkursramt selskab i koncernen gennem en rekonstruktion.

## 5. Retsområder

Det er en overordentlig tungtvejende hovedregel indenfor den traditionelle selskabsret, at et koncernselskab er en selvstændig juridisk person, hvorved selskabets formue er udskilt således fra ejerne, at selskabet isoleret opnår retsevne, handleevne, partsevne og procesevne, uafhængigt af koncernen.<sup>11</sup>

Koncernselskabets selvstændige retssubjektivitet indebærer herudover, at et moderselskab ikke hæfter for et datterselskabs forpligtelser, idet selskaberne alene hæfter for egen gæld, således er hæftelsen begrænset til selskabets egne aktiver, AL § 1, stk.2. Debitor er dermed oftest et eller flere selskaber i koncernen, men derimod ikke koncernen som en enhed, medmindre elementære selskabsretlige krav, herunder at det enkelte selskabs formue, aktiver og passiver klart kan identificeres og adskilles, ikke er opfyldt.<sup>12</sup>

Kreditorernes interesser, i relation til kontraheringen med et begrænset hæftende aktieselskab, varetages i særdeleshed gennem reglerne om formuens opretholdelse, AL § 69a, offentliggørelsen af årsrapporten, ÅRL § 154, stk.2, Konkurslovens (KL) nærstående begreb, KL § 2, nr.3, samt endeligt gennem retspraksis om hovedaktionærers erstatningsansvar eller hæftelse for anden gæld.<sup>13</sup>

Højesteret har i UfR2001.777H tilkendegivet opfattelsen om koncernselskabernes selvstændige retssubjektivitet, hvorved et moderselskab ikke findes at overtræde Markedsføringsloven, idet markedsføringen er foretaget af et datterselskab, således bemærker Højesteret hertil, at koncernselskaberne udgør selvstændige juridiske personer.

Gennemgangen nedenfor skal imidlertid nærmere analysere, hvornår det enkelte koncernselskabs ret og pligt, indenfor retsområderne, kan udstrækkes til ligeledes at omfatte andre selskaber i den formelle eller materielle koncern, hvorved hovedreglen om særbehandling modificeres. Det skal imidlertid her fremhæves, at en tilsidesættelse af den formelle opdeling på et antal selskaber ofte hviler på, at selskaberne fungerer som én virksomhed på tværs af de juridiske enheder, hvorfor identifikationen bevirker, at koncernselskaberne ulovhjemlet behandles som et retssubjekt, men statueringen heraf skal alene reserveres til tilfælde, hvor der er et praktisk behov herfor, samt det findes ubetænkelig i den konkrete situation.<sup>14</sup>

En identifikation i én sammenhæng er imidlertid ikke ensbetydende med, at koncernen fremstår som en enhed i alle henseender, hvorfor statueringen heraf ikke medfører en generel tilsidesættelse af det enkelte selskabs eksistens, således indebærer en identifikation i en eller anden partiel henseende ikke nødvendigvis ligeledes et grundlag for hæftelsesgennembrud.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 17

<sup>12</sup> Gomard, Bernhard; Aktieselskaber & anpartsselskaber; 4. omarbejdede udgave; 1. oplag; side 71

<sup>13</sup> LFF1972-73; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 1

<sup>14</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 5. udgave; 1. oplag; side 605

<sup>15</sup> U1985.352B

## 5.1. Selskabsret

Den selskabsretlige koncern kan karakteriseres som en hybrid, idet den i nogle relationer udgør en enhed, mens den i andre er at betragte som en flerhed af selskaber. Det selskabsretlige problem er således et udslag heraf, idet lovgivningen på den ene side anerkender, at koncernen opererer som en økonomisk enhed, samtidig med at Aktieselskabsloven på den anden side respekterer koncernselskabets selvstændige retssubjektivitet.<sup>16</sup>

Opmærksomheden skal her indledningsvist eftertrykkeligt henledes på, at koncernbestemmelserne i Aktieselskabsloven alene omhandler den formelle koncern, således er reglerne ikke aktuelle for en materiel koncern. Derimod er afsnittene vedrørende hæftelsesgennembrud og forkøbsret tilsvarende relevante for den materielle koncern. Den nedenstående opdeling af nærværende retsområde er fortaget i henhold til aktionærbeføjelsen i et selskab, således har moderselskabet mulighed for i datterselskabet at udøve en forvaltningsmæssig, økonomisk eller en dispositions mæssig beføjelse.

### 5.1.1. Forvaltningsmæssige beføjelser

Den forvaltningsmæssige beføjelse udgør magten i selskabet, således har aktionæren herigennem ret til at udøve indflydelse på selskabets forvaltning, navnlig gennem møderetten og stemmeretten på datterselskabets generalforsamling, men en koncernetablering aktiverer ligeledes en række pligter.<sup>17</sup>

#### 5.1.1.1. Enhed

Koncernetableringen medfører, til trods for selskabernes selvstændige retssubjektivitet, først og fremmest, at koncernen, i forhold til en række relationer i Aktieselskabsloven, kan karakteriseres som en enhed, herunder for så vidt hvad angår information, tilsyn, finansiering samt formål.

##### 5.1.1.1.1. Information (AL § 55)

Koncernen kan således anskues som en informationsmæssig enhed, eftersom bestyrelsen i moderselskabet er pligtig til at underrette datterselskabets bestyrelse, når koncernforbindelsen opstår, AL § 55, 1.pkt., således imødekommes herved risikoen for en uforvarende overtrædelse af en koncernpligt. Det anføres endvidere, at datterselskabets bestyrelse skal oplyse moderselskabet om alle forhold, AL § 55, 2.pkt., der er nødvendige for vurderingen af koncernens stilling samt resultatet af koncernens virksomhed. Moderselskabet har således herefter mulighed for, at udarbejde et koncernregnskab, foranledige fremlæggelsen af samtlige relevante oplysninger om koncernen på selskabets generalforsamling, AL § 76, stk.1, sidste led, samt endeligt fastlægge størrelsen af selskabets udbytte, idet forholdet herom er afhængigt af hensynet til koncernens forhold og konsolideringsbehov, AL § 110, stk.3. Den konkrete fortolkning af, hvad der er nødvendigt for nærværende vurdering, er bred, men det er imidlertid ikke ensbetydende med, at

---

<sup>16</sup> Andersen, Paul Krüger; Aktie- og anpartsselskabsret; 9. reviderede udgave; 1. oplag; side 90

<sup>17</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 381

datterselskabet altid skal opfylde kravet om videregivelse af oplysninger fra et moderselskab. Udleveringen kan eventuelt undlades, hvis oplysningerne omhandler strengt fortrolige forhold i datterselskabet, samt såfremt moderselskabet og datterselskabet er i konkurrence med hinanden, idet udleveringen således kan påføre sidstnævnte skade. Forholdet herom kan udledes af AL § 63, stk.1, 1. pkt., eftersom bemyndigede repræsentanter i datterselskabet herefter er afskåret fra at gennemføre dispositioner, der åbenbart påfører visse aktionærer eller andre en utilbørlig fordel på andre aktionærers eller selskabets bekostning, ligesom personkredsen ligeledes ikke kan efterkomme generalforsamlingsbeslutning, såfremt den strider mod loven eller selskabets vedtægter. Generalklausulen i AL § 63 må således have forrang frem for AL § 55, 2.pkt., således kan fortrolige oplysninger, under visse omstændigheder, tilbageholdes af datterselskabet.<sup>18</sup>

Afslutningsvis skal perifert anføres, at børsretlige regler ligeledes kan indskrænke anvendelsesområdet for AL § 55, 2.pkt., eftersom det anføres i Værdipapirhandelsloven (VHL) § 36, at besidderen af intern viden ikke må videregive oplysningen herom, medmindre videregivelsen er et normalt led i udøvelsen af vedkommendes beskæftigelse, erhverv eller funktion. I den forbindelse skal den nationale ret særligt tage hensyn til, jf. EF-Domstolen C-384/02, at undtagelsen fra forbuddet mod videregivelse af intern viden er undergivet streng fortolkning (præmis 27). Der skal ved bedømmelsen af, hvorvidt videregivelsen er en nødvendighed, henses til, at enhver videregivelse kan øge risikoen for en udnyttelse, der er i strid med formålet i Rådets direktiv 89/592 (præmis 36), ligesom følsomheden af den konkrete viden ligeledes skal medtages i betragtningen herom (præmis 37).

#### **5.1.1.1.2. Tilsyn (AL § 54, stk.3)**

Koncernopstandelsen indebærer endvidere, at moderselskabets bestyrelse skal føre tilsyn med datterselskabets formue, AL § 54, stk.3, 1.pkt., idet formuen heri ligeledes udgør en del af moderselskabets formue. Koncernen fremstår herved som en tilsynsmæssig enhed, således skal bestyrelsen i moderselskabet herefter tage stilling til, hvorvidt kapitalberedskabet i datterselskabet er forsvarligt i forhold til driften. Bestemmelsen præciserer dermed bestyrelsens opgave i forbindelse med tilsynet, men det er imidlertid en forudsætning for opfyldelsen heraf, at bestyrelsen har adgang til den fornødne og relevante information. I praksis er det oftest datterselskabets regnskabsafdeling samt direktion, der udformer informationsrapporteringen, men moderselskabets bestyrelse skal herefter foretage en efterprøvning af, hvorvidt materialet er tilstrækkeligt egnet til at vurdere koncernens stilling, således bør informationen overordnet set som minimum indeholde en grundlæggende regnskabsrapportering, nøgletal samt endeligt en rapportering om virksomhedens risikoprofil.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 110

<sup>19</sup> R&R 1994, nr.6, side 21

#### 5.1.1.1.3. Formål (AL § 4, stk.1, nr. 3)

Det fremhæves i AL § 4, stk.1, nr.3, at et selskabs vedtægter skal indeholde en bestemmelse om selskabets formål, således er koncernen herefter en formålmæssig enhed, idet datterselskabets aktiviteter skal omfattes indenfor moderselskabets formålsparagraf. Aktieselskabsloven indeholder imidlertid ingen umiddelbare sanktioner, såfremt koncernens overordnede formål ikke er i overensstemmelse hermed, således er den almindelige erstatningsret, i tilfælde heraf, eneste mulighed for en eventuel genopretning af en skadelidtes tab. Moderselskabet kan ligeledes, i forlængelse heraf, have en interesse i at definere et meget vidt formål, eftersom en vedtægtsændring, herunder en ændring af selskabets formål, kræver tiltrædelse fra mindst 2/3 af henholdsvis afgivne stemmer samt den repræsenterede kapital. Hvis moderselskabet har karakter af et holdingselskab, hvis eneste formål er at besidde kapitalinteresser i andre virksomheder, er angivelsen heraf i formålet tilstrækkeligt, således kan selskabet reelt opkøbe virksomheder indenfor hvilken som helst branche, medmindre branchebetegnelsen direkte fremgår af formålsbestemmelsen.<sup>20</sup>

#### 5.1.1.1.4. Koncernrepræsentation (AL § 49, stk.3)

Koncernrepræsentationen er kendetegnet ved, at medarbejderne i moderselskabet, samt dets her i landet registrerede datterselskaber, har ret til at besidde et antal bestyrelsesposter i moderselskabet. Det er imidlertid en betingelse herfor, at moderselskabet besidder flertallet af stemmerettighederne i datterselskaberne, ligesom selskaberne tilsammen skal have beskæftiget mindst 35 medarbejdere i gennemsnit over de tre seneste år. Grænsen for antallet af medarbejdere er dermed identisk for selskabs- og koncernrepræsentation, hvorfor en omgåelse af medarbejderrepræsentationen i bestyrelsen ikke kan forekomme gennem en opdeling af virksomheden. Det er dermed irrelevant for medarbejdernes rettighed til bestyrelsesrepræsentation, hvorvidt virksomheden befinder sig hos én juridisk person (selskabsrepræsentation) eller, om den er opdelt på et antal koncernforbundne selskaber (koncernrepræsentation).

Moderselskabets pligt udstrækkes således til ligeledes at omfatte medarbejderne i et datterselskab, således defineres nærværende pligt samlet for koncernen, men retten til repræsentation tilkommer imidlertid ikke ansatte i et udenlandsk datterselskab, ligesom det er en forudsætning, at rettighed benyttes af medarbejderne. Afslutningsvis skal bemærkes, at medarbejderne i moderselskabet og datterselskabet kan vælge 1/3 af medlemmerne i moderselskabets bestyrelse, men såfremt moderselskabet isoleret opfylder betingelsen for selskabsrepræsentation, AL § 49, stk.2, 3.pkt., kan medarbejderne heri, uafhængigt af datterselskaberne, selvstændigt udpege to af mandaterne.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Karnov note 18, til AL § 4, stk.1, nr.3

<sup>21</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6.udg.; 1. oplag; side 576

### 5.1.1.2. Ledelsesret

Det er, i tilknytning til en koncernetablering, af interesse at fastslå, hvorvidt et moderselskab kan forestå ledelsen af et datterselskab, således rettigheden til at drive moderselskabet herved udstrækkes til ligeledes at indbefatte en ledelse af datterselskabets virksomhed.

I litteraturen er det imidlertid omtvistet, hvorvidt Aktieselskabsloven indeholder hjemmel til, at moderselskabet kan udstede direkte instrukser til et datterselskabs direktion, hvorefter datterselskabets interesse kan tilsidesættes til fordel for koncernens overordnede stilling. Der er derimod generel enighed blandt forfatterne om, at en sådan koncernledelse forekommer i praksis. Den traditionelle selskabsret findes imidlertid ikke at indeholde hjemmel hertil, således er den retlige regulering af koncernretten ikke i overensstemmelse med realiteten i koncernen, idet moderselskabets indflydelse, som enhver anden aktionærs indflydelse, alene kan udøves på datterselskabets generalforsamling, AL § 65, stk.1. Det kan herudover ligeledes udledes af AL § 63, stk.1 samt § 80, at moderselskabet, i forbindelse hermed, udelukkende skal varetage interesserne i det enkelte datterselskab. Der kan imidlertid aftales retningslinier for kompetencefordelingen moderselskabets og datterselskabets bestyrelse, hvorefter dispositioner, der rækker udover det enkelte datterselskabs forhold eller omhandler virksomhedsovertagelser, først kan gennemføres, når beslutningen er godkendt af bestyrelsen i moderselskabet.<sup>22</sup>

Der er i tysk koncernret mulighed for dannelsen af aftalekoncerner (Vertragskonzern), Aktiengesetz (AktG) § 291, hvorefter et moderselskab, med hjemmel i AktG § 308, kan udstede bindende instrukser til datterselskabets direktion (Leitungsmacht), således kan datterselskabet ledes efter koncernens overordnede interesser (Beherrschungsvertrag). Aftalemodellen bringer dermed den retlige regulering af koncernretten i overensstemmelse med den faktiske realitet i erhvervslivet, men forholdet herom aktualiserer desuden vidtgående bestemmelser omhandlende beskyttelsen af koncernfremmede aktionærer og kreditorerne i datterselskabet, samt særlige regler vedrørende ledelsesansvar. Godkendelsen af koncernaftalen kræver tilslutning fra  $\frac{3}{4}$  af den på generalforsamlingen repræsenterede kapital, samt herudover simpelt flertal af afgivne stemmer (AktG §§ 293-294) på såvel moderselskabets som datterselskabets generalforsamling. En koncernaftale kan således gennemtrumfes af et moderselskab med den fornødne majoritet, således er moderselskabet ikke inhabil ved behandlingen af nærværende spørgsmål. Hvis en koncernledelse udøves, uden vedtagelsen af en formaliseret koncernaftale (faktischer Konzern), finder reglerne om aftalekoncerner tilsvarende anvendelse, men beskyttelsesreglerne intensiveres derimod yderligere.<sup>23</sup>

Beherskelsesaftalen medfører således, at datterselskabet stilles under moderselskabets ledelse, men aftalen påvirker alene beslutningskompetencen hos datterselskabets direktion, således berøres hverken datterselskabets bestyrelse eller generalforsamling heraf. Direktionen er forpligtet til at følge angivne instrukser fra moderselskabet, medmindre instruksene strider mod lovgivningen eller

<sup>22</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 115

<sup>23</sup> Hansen, Søren Friis; Europæisk koncernret; 1.udg.; 1. oplag; side 141 og 144



datterselskabets vedtægter, samt endeligt hvis det er åbenbart, at den ikke er i koncernens overordnede interesse. Datterselskabets vedtægter kan indeholde bestemmelser om, at en række dispositioner kræver bestyrelsens godkendelse, således kan bestyrelsen herigennem afvise gennemførelsen af en instruks fra moderselskabet. Moderselskabet har imidlertid herved mulighed for at gennemtvinge en instruks ved at gentage forholdet herom, men det er en forudsætning herfor, at moderselskabets bestyrelse ligeledes godkender dispositionen.<sup>24</sup>

Den ovenstående materielle koncernret kan næppe gennemføres på fælleseuropæisk niveau, idet reguleringen forekommer yderst kompliceret og avanceret, således er en fælleseuropæisk koncernret, i form af det tysk inspirerede 9. selskabsdirektiv fra 1984, endnu ikke gennemført. En fælles materiel koncernret er imidlertid ikke opgivet, således er der hentet inspiration fra andre europæiske lande, herunder navnlig en fransk dom fra Cour de Cassation, den såkaldte Rozenblum-doktrin, der for indeværende forsøges kodificeret på fællesskabsniveau.<sup>25</sup>

Det efterprøves i forbindelse med Rozenblum-doktrinen, hvorvidt overførelsen af midler fra enkelte koncernselskaber til et økonomisk belastet koncernselskab udgør misbrug af koncernselskabernes midler. Den konkrete overførsel findes imidlertid ikke at have karakter af misbrug, idet koncernen, grundet nært organisatorisk og økonomisk samarbejde, fungerer som en enhed, således kan et enkelt selskabs interesse ikke vurderes isoleret uden hensyntagen til koncernhelheden, hvorfor koncernledelsen, under disse omstændigheder, er berettiget.

I Rozenblum-doktrinen opstilles tre betingelser for, hvornår et moderselskab retmæssigt kan varetage ledelsen af et datterselskab, således forudsætter koncernledelsen en fast etableret koncernstruktur, samt udviklingen af en konsekvent og koordineret politik, i relation til koncernens virksomhed, ligesom der endeligt skal foretages en afbalanceret fordeling af fordele og ulemper mellem moderselskabet og datterselskabet.<sup>26</sup>

Forskningsgruppen Forum Europeum arbejder på at gøre Rozenblum-doktrinen til en bestanddel af fællesskabseuropæiske koncernret, men der er antageligvis enighed om, at doktrinen kriterier skal konkretiseres yderligere, idet de umiddelbart er for generelle og upræcise.<sup>27</sup>

EF-Domstolen har imidlertid på centrale områder udviklet et selvstændigt koncernbegreb, hvorved det er kendetegnende, at der bortses fra den formelle opdeling, hvorefter koncernen består af et antal selvstændige juridiske personer, såfremt selskaberne reelt fungerer som én virksomhed, jf. endvidere herom i afsnit 5.6.<sup>28</sup>

Der skal her indledningsvis kort anføres, at EF-Domstolen i Kommissionen mod Storbritannien, C-222/94, har statueret sambehandling, for så vidt angår EU's tv-direktiv, hvorved en koncern skal anses for hjemhørende i den medlemsstat, hvor den træffer beslutningerne vedrørende

---

<sup>24</sup> Hansen, Søren Friis; Europæisk koncernret; 1.udg.; 1. oplag; side 147

<sup>25</sup> NTS 2006; nr.4; side 87

<sup>26</sup> NTS 2004; nr.4; side 402

<sup>27</sup> NTS 2006; nr.4; side 87

<sup>28</sup> Festskrift til Claus Gulmann; 1. udgave; 1.oplag; side 510

programpolitikken og den endelige sammensætning heraf (præmis 58). En koncern vil således i denne sammenhæng blive betragtet som en enhed, uanset den formelle opdeling på et antal juridiske personer, hvorfor det enkelte datterselskab reelt kan betragtes som havende karakter af en filial. EF-Domstolen har endvidere i en præjudiciel afgørelse, *Parfums Rotschild*, C-218/86, tilkendegivet, at et datterselskab, der er overordentlig dybt integreret i et moderselskab, i procesretlig henseende kan blive betragtet som en filial af moderselskabet, hvorved moderselskabet har værneting i datterselskabets hjemland (præmis 17), men det må udtrykkelig erindres, at der er tale om en procesretlig dom, hvorfor den ikke må lede til overfortolkning.

### 5.1.1.3. Spørgsmålsret (AL § 76)

Et selskabs bestyrelse og direktion har pligt til at meddele om samtlige forhold på generalforsamlingen, såfremt det har betydning for bedømmelsen af enten årsrapporten, selskabets stilling eller spørgsmål, hvorom beslutning skal iværksættes. Oplysningspligten vedrører ikke alene selskabets isolerede forhold, men ligeledes selskabets forhold til andre koncernselskaber. Det er en generel forudsætning herfor, at oplysning herom forlanges fremsat af en aktionær samt at fremsættelsen kan ske uden væsentlig skade for selskabet. Bestyrelsen og direktionen skal dermed oplyse om samtlige selskaber i koncernen, hvad enten der er tale om et moder-, datter- eller søsterselskab, men den af aktionæren begærende information skal derimod, i en eller anden sammenhæng, have relation til generalforsamlingselskabet.<sup>29</sup>

### 5.1.1.4. Transparens

Selskaberne i en koncern kan, i forhold til et antal bestemmelser i Aktieselskabsloven, anses for transparente, idet forholdene i datterselskabet skal medregnes hos moderselskabet, således er koncernen en enhed i denne sammenhæng.

#### 5.1.1.4.1. Anmeldelsespligt for storaktionærer (AL § 28 a)

Det fremhæves af AL § 28a, stk. 1, at enhver, der besidder aktier i et aktieselskab, skal give meddelelse til selskabet, når enten aktiernes stemmeret eller pålydende værdi udgør mindst 5 % af henholdsvis aktiekapitalens stemmerettigheder og aktiekapitalen. Der skal ved opgørelsen heraf medregnes aktier, hvis stemmeret tilkommer en virksomhed (datterselskab), som den pågældende kontrollerer (moderselskabet), i henhold til AL § 2, stk. 2, således skal datterselskabets besiddelse, hvad enten det er dansk eller udenlandsk, i målselskabet indbefattes i moderselskabets opgørelse. Meddelelsespligten påhviler herefter moderselskabet, AL § 28a, stk.2, nr.1, således indebærer transparensen en udstrækning af moderselskabets pligt, idet datterselskabets besiddelser, i nærværende sammenhæng, skal henregnes til førstnævnte selskab.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 115

<sup>30</sup> Werlauff, Erik; Selskaberet; 6.udg.; 1. oplag; side 584

#### 5.1.1.4.2. Spekulationsforbud (AL § 53, stk3)

Medlemmerne af et selskabs bestyrelse og direktion skal, i forbindelse med indtrædelsen heri, meddele bestyrelsen om deres respektive aktiebesiddelse i selskabet samt i koncernselskaber, ligesom der løbende skal oplyses om efterfølgende erhvervelser eller afhændelser heri, AL § 53, stk.1. Den selskabsretlige transparens medfører i forlængelse heraf, AL § 53, stk.3, at den omhandlende personkreds ikke må udføre eller deltage i spekulationsforretninger vedrørende koncernens aktier, således overtrædes forbuddet, såfremt dispositionen, efter en konkret vurdering, findes at have karakter af spekulation. Overtrædelsen er, som udgangspunkt, sanktioneret med bøde, AL § 161, stk.1, men i grovere tilfælde kan forholdet antageligvis henføres til Straffeloven § 296, stk.1, nr.1, hvorefter udspreddelsen af urigtige eller vildledende oplysninger, der væsentligt kan påvirke prisen på værdipapirer, medfører bødestraf eller fængsel.<sup>31</sup>

#### 5.1.2. Økonomiske beføjelser

Aktionærens økonomiske beføjelse er kendetegnet ved pengene i selskabet, således har aktionæren herigennem ret til en andel af selskabets formue og afkast, hvorfor nærværende kategori omhandler forholdene vedrørende selskabets tilgang og afgang af kapital.<sup>32</sup>

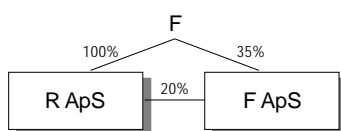
##### 5.1.2.1. Hæftelsesgennembrud

Der eksisterer, i relation til valget mellem en organisation med en eller flere retlige enheder, et utal af momenter, der kan medtages og har betydning herfor, men muligheden for at diversificere en koncern, hvorved risikoen minimeres, i form af selskabernes begrænsede hæftelse, er et væsentlig moment for oprettelsen af mere end ét selskab. Det er således et yderst intensivt indgreb i et kapital-selskabs fundamentale eksistensgrundlag, såfremt en lovhjemlet begrænset hæftelse, AL § 1, stk.2, ulovhjemlet tilsidesættes, hvorved et selskab, uden tilstedeværelsen af culpa, hæfter for et andet selskabs forpligtelser.

Hæftelsesgennembrud er ikke desto mindre statueret af Højesteret i UfR1997.1642H, hvorefter et anpartsselskab (Restaurationsselskab), i forbindelse med skifterettens opløsning af et søsteranpartsselskab (Festivalselskab) i 1992, ulovhjemlet hæfter for sidstnævntes gæld til Told- og Skattestyrelsen (T&S). Efter en reorganisering af strukturen i 1985 opnår en fysisk person bestemmende indflydelse i selskaberne, idet personen herefter ejer samtlige anparter i Restaurationsselskabet, samt i øvrigt 35 % af anparterne i Festivalselskabet, hvori førstnævnte selskab ligeledes er ejer af 20 % (i alt 55 %). Der er således, som tidligere bemærket, ikke tale om en formel koncern i selskabsretlig forstand, men derimod alene materiel koncern, men dommen har imidlertid ligeledes virkning for den formelle koncern.

<sup>31</sup> Karnov note 236, til AL § 53, stk. 3

<sup>32</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 381



Afholdelsen af festivalen konstrueres herefter således af den fysiske person, at Festivalselskabet står for arrangementet, mens retten til servering og lignende bortforpagtes til Restaurationsselskabet. Højesterets begrundelse for Restaurationsselskabet hæftelse for Festivalselskabet sker med henvisning til en betydelig sammenblanding af økonomi, ligesom det hertil endvidere fremhæves, at konstruktionen placerer overskuddet hos Restaurationsselskabet, hvorimod Festivalselskabet hvert år udsættes for en betydelig økonomisk risiko i forhold til egenkapitalen heri. Der findes imidlertid hverken grundlag for personlig hæftelse, idet privatøkonomi er holdt adskilt fra selskabsøkonomi, eller et erstatningsansvar, idet der ved valget af selskabskonstruktionen ikke er udvist culpa.

Højesteret stadfæster dermed Landsrettens dom, men det er imidlertid interessant at sammenholde begrundelserne herfor, idet dommen fra Højesteret indeholder en bemærkelsesværdig nuance i forhold til hæftelsesspørgsmålet. Landsretten finder, at konstruktionen alene kan opretholdes overfor T&S, grundet en nær forbindelse mellem den fysiske person og festivalen, såfremt der økonomisk er en klar og utvetydig opdeling af aktiviteten, navnlig henset til at Restaurationsselskabet reelt fungerer som en bank overfor Festivalselskabet. Efter en samlet bedømmelse findes selskabernes økonomi at være sammenblandet på en sådan måde, at søsterselskabets hæftelse overfor T&S aktualiseres. Der henvises ved begrundelsen herfor til, at aftaleindgåelse og fakturering i vidt omfang foretages under anvendelse af begrebet Midtfyns Festival, således er det ikke umiddelbart muligt at konstatere, hvilket selskab, der reelt har ansvaret for hvad. Det anføres endvidere, at Restaurationsselskabet har forestået betalingen, der er en forudsætning for gennemførelsen af festivalen i 1991, til kreditorer, samt endeligt at den aftalte fordeling af indtægter og udgifter i begrænset omfang er opretholdt.

Højesteret fremhæver ligeledes ovenstående momenter, men det bemærkes hertil endvidere, at udøvelsen af aktiviteten i Festivalselskabet er yderst risikobetonet, således er indtjeningen og egenkapitalen heri meget svingende. I modsætning hertil er Restaurationsselskabets risiko betydelig mindre, hvorfor indtjeningen i samtlige år er positiv, således vokser egenkapitalen heri hvert eneste år, selvom kapitaliseringen ikke er nødvendig for selskabets drift. Forpagtningsafgiften er endvidere, i forhold til sædvanlige markedsvilkår, særdeles favorabel for Restaurationsselskabet, idet den er uafhængig af omsætningen og indtjeningen, samtidig med at selskabet ikke afholder alle de påhvilende udgifter i henhold til forpagtningsaftalen.

Dommen er dermed et udtryk for, at der i dansk ret forefindes hæftelsesgennembrud, idet Restaurationsselskabet kommer til at hæfte for Festivalselskabet, der er underkapitaliseret i forhold til virksomhedsdriftens risiko. Det fremhæves endvidere, at beslutningen om den tilstedeværende kapitalisering i Festivalselskabet sker ud fra hensynet til en diversificering af risikoen i selskabet,

mens en overskudsgivende aktivitet samtidig hermed placeres i et andet selskab (Restaurationselskabet), ligesom selskaberne reelt udgør et retssubjekt overfor omverdenen.<sup>33</sup>

Det er imidlertid omtvistet i litteraturen, hvorvidt dommen er et udtryk for objektivt hæftelsesgennembrud eller om den alene er en identifikation mellem to søsterselskaber, hvorved selskaberne, i relation til en tvangskreditor, stilles som et retssubjekt, idet selskabernes økonomi er sammenblandet.<sup>34</sup> Det er hertil ligeledes fremført, at en tilsidesættelse af et begrænset ansvar savner mening, når der er udsigt til en aktualisering heraf.<sup>35</sup> Det må imidlertid heroverfor eftertrykkeligt anføres, at dommen udtrykkelig omhandler hæftelse og dermed ikke blot en partiel identifikation, hvilket ligeledes er anført i kommentaren til dommen.<sup>36</sup>

Dommen tilføjer ydermere, at selskabet i hvert fald hæfter overfor T&S, der har karakter af tvangskreditor, hvorfor sidstnævnte ikke frivilligt kontraherer med selskabet, men der introduceres imidlertid ikke herved en sondring mellem tvangskreditorer og frivillige kreditorer. Bemærkningen er alene en henvisning til, at frivillige kreditorer umiddelbart har mulighed for at indkalkulere en risiko for ikke-fuldstgørelse, således er hæftelsesgennembrud, under alle omstændigheder, mere nærliggende for tvangskreditorer.<sup>37</sup>

Hæftelsesgennembrud kan imidlertid ikke karakteriseres som et generelt fænomen, således er den lovhjemlede begrænsede hæftelse nærmest ufravigelig, idet forholdet herom netop karakteriserer den fundamentale forskel mellem kapital-selskaber og personselskaber. Koncernen har således i vidt omfang mulighed for at diversificere og minimere kapitalrisikoen heri, eftersom hæftelsesgennembrud udelukkende skal reserveres til tilfældene, hvor opretholdelsen af den begrænsede hæftelse er helt misvisende, samt overordentlig urimelig i forhold til en tvangskreditor. Der kan ikke umiddelbart opstilles faste holdepunkter for, hvornår hæftelsespligten udstrækkes til ligeledes at vedrøre et andet selskab, men det er ikke tilstrækkeligt, at sidstnævnte selskab blot er konkurs, jf. afsnit 4.3. Det må herefter være et grundlæggende krav, at selskabet efter en konkret vurdering findes at være kvalificeret underkapitaliseret, hvorved det er åbenbart, at den tilstedeværende kapital er i disharmoni i forhold til aktivitetens risiko.

I praksis er det muligt at forebygge hæftelsesgennembrud, således skal datterselskabet, efter en konkret vurdering, have en pæn egenkapital i forhold til driftens risiko og omfang, hvorfor lovens minimumskrav ikke nødvendigvis er tilstrækkeligt, ligesom der, i væsentlig omfang, løbende heri skal foretages reservedannelse af overskud. Det bør endvidere, for at opretholde adskillelsen mellem koncernselskaber, undlades at foretage lån til og fra et koncernselskab, tilsvarende herfor skal samtlige selskabsretlige formalia overholdes til punkt og prikke. Endeligt skal datterselskabets

---

<sup>33</sup> UfR2000.399B

<sup>34</sup> Hansen, Søren Friis m.fl.; Dansk selskabsret 1; 2. udgave; 1. oplag; side 138

<sup>35</sup> Gomard, Bernhard; Aktieselskaber & anpartsselskaber; 4. omarbejdede udgave; 1. oplag; side 83

<sup>36</sup> UfR2000.399B

<sup>37</sup> UfR2000.399B

bestyrelse og direktion bestå af selvstændige og uafhængige personer, således datterselskabet kan træffe selvstændige beslutninger i henhold til selskabets egne interesser.<sup>38</sup>

Det her fremførte, til forebyggelse af hæftelsesgennembrud, kan endvidere generelt modvirke risikoen for en i juridisk henseende ulovhjemlet identifikation, men således eksisterer omvendt ligeledes en potentiel risiko for identifikation mellem koncernselskaber, såfremt en af betingelserne ikke opfyldes. Afslutningsvist skal desuden bemærkes, at hæftelsesgennembrud antageligvis får større betydning i praksis efter afsigelsen af dommen i Centros, C-212/97, eftersom antallet af udenlandske selskaber uden kapitalkrav formentlig herefter stiger, men medlemslande, der tillader brugen af discountselskaber, har ligeledes grundsætninger omhandlende hæftelsesgennembrud, jf. endvidere afsnit 5.4 vedrørende two-cab.

### 5.1.2.2. Koncernlån (AL § 115 a)

Det er en hovedregel i selskabsretten, at der er forbud mod aktionærlån, AL § 115, stk.1, men forholdet herom modificeres imidlertid, såfremt selskaberne er koncernforbundne, således kan et datterselskab yde lån til eller stille sikkerhed for et moderselskab, hvorfor koncernen herved kan karakteriseres som en finansieringsmæssig enhed, AL § 115a, stk. 1. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at datterselskabet alene konstaterer reglens anvendelighed, således skal bestyrelsen og direktionen, i forlængelse heraf, ligeledes efterprøve den risikomæssige forsvarlighed af lånet eller sikkerhedsstillelsen. Personkredsen risikerer, i modsat fald, at ifalde et erstatningskrav overfor et eventuelt tab i selskabet, såfremt lånet ydes kritikløst uden sikkerhed til et økonomisk usolidt moderselskab. Det skal erindres hertil, at datterselskabets koncernfremmede aktionærer har mulighed for at anfægte lånevilkårene, hvis moderselskabet begunstiges på datterselskabets bekostning, AL § 63, stk.1 og § 80.<sup>39</sup>

Den nærværende undtagelsesregel er ligeledes anvendelig for et udenlandsk moderselskab, såfremt det befinder sig indenfor EU- eller EØS-området, eftersom et udenlandsk moderselskab skal have samme rettigheder som et indenlandsk moderselskab, således tilkommer en tilsvarende lånerettighed ligeledes førstnævnte.<sup>40</sup>

Det er, i tilknytning hertil, værd at bemærke, at undtagelsen om koncernlån i AL § 115a, stk.1 alene omhandler AL § 115, stk.1, 1.led, hvorfor der i koncernforhold ligeledes eksisterer et forbud mod selvfinansiering. Et datterselskab kan herefter, hverken yde lån, stille midler til rådighed eller sikkerhed, til finansieringen af en aktieerhvervelse i selskabet eller moderselskabet, AL § 115, stk.2 sammenholdt med AL § 115a, stk.1. I den henseende skal imidlertid skelnes mellem på den ene side selvfinansiering samt på den anden side efterfinansiering, således omfattes et efterfølgende lovligt udbytte, der står i forbindelse med et aktiekøb, ikke af forbuddet.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> TfS 1997.822

<sup>39</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 581

<sup>40</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1. udg.; 1. oplag; side 47

<sup>41</sup> Karnov note 402, til AL § 115a, stk. 1

Anvendelsesområdet for reglen i AL § 115, stk. 2 indskrænkes ikke desto mindre igennem AL § 115a, stk. 2, idet dispositioner, med henblik på en aktieerhvervelse fra eller til medarbejdere i selskabet eller i et datterselskab, ikke omfattes af forbuddet mod selvfinansiering. Det er en forudsætning herfor, at finansieringen alene udgøres af selskabets frie reserver, ligesom selskabets finansieringstilbud skal være et led i en generel medarbejderordning.<sup>42</sup>

Det skal imidlertid bemærkes, at Direktiv 2006/68 indebærer en ændring af kapitaldirektivets artikel 23 samt indsættelsen af en artikel 23a, hvorved selvfinansiering, under visse omstændigheder, tillades, hvorfor AL § 115, stk.2 eventuelt indskrænkes yderligere herved, såfremt bestemmelsen før eller siden implementeres i dansk ret (implementeringsfrist 15/4 2008). Det anføres i artikel 23, stk.1, at en medlemsstat, såfremt den, enten direkte eller indirekte, tillader selvfinansiering, skal betinge transaktionen af, at nedenstående krav opfyldes. I medfør heraf er det således en forudsætning, at transaktionen foretages i henhold til bestyrelsens eller direktionens ansvar, samt endvidere på rimelige markedsvilkår, ligesom kreditværdigheden hos tredjemanden, i tilstrækkelig grad, skal efterprøves. Det er herudover endvidere en betingelse, at ledelsen fremlægger dispositionen til forudgående godkendelse på generalforsamlingen, samt at den heroverfor udarbejder en skriftlig redegørelse, hvorved nærmere bevæggrunde for dispositionen offentliggøres. Den samlede finansiering skal kunne rummes indenfor selskabets frie reserver, således skal hertil opføres en reserve i balancen, svarende til den sammenlagte finansielle bistand, der dermed ikke herefter kan udloddes. Anvendes den finansielle bistand til erhvervelse af selskabets egne aktier eller en tegning af aktier heri, som led i en kapitaludvidelse, skal erhvervelsen ske til en rimelig pris. Endeligt er det et krav, såfremt bestyrelses- eller direktionsmedlemmer ligeledes varetager interesser på erhverversiden, at medlemsstaterne træffer passende sikkerhedsforanstaltninger, hvorefter det skal sikres, at transaktionen ikke er i strid med selskabets interesser.<sup>43</sup>

### 5.1.2.3. Fortegningsret (AL § 30, stk. 3)

Det er generelt gældende, at aktionærene, ved enhver kontant forhøjelse af aktiekapitalen, har ret til forholdsmæssig tegning af nye aktier, AL § 30, stk.1, men udgangspunktet modificeres imidlertid, hvis en fravigelse heraf er til fordel for medarbejderne i moderselskabet og datterselskabet, AL § 30, stk.3. Generalforsamlingen (større ordninger) eller bestyrelsen (mindre ordninger) kan herefter gennemføre en fravigelse af fortegningsretten med vedtægtsmajoritet, men det forudsættes herved, at medarbejderordningen er generel, således kan fravigelsen ikke opretholdes, hvis det alene er ledende medarbejdere, der opnår særlige gunstige forhold.<sup>44</sup>

I almindelighed vil en fravigelse af fortegningsretten til favørkurs kræve tiltrædelse af mindst 9/10 af såvel afgivne stemmer som den repræsenterede stemmeberettigede aktiekapital, jf. § 79, stk.2,

---

<sup>42</sup> Karnov note 403, til AL § 115a, stk. 2

<sup>43</sup> Direktiv 2006/68/EF af 6. september 2006; om en ændring af Rådets direktiv 77/91/EØF

<sup>44</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 575

nr.1, medmindre aktierne tilbydes medarbejdere i moderselskabet eller datterselskabet, således er retten hertil, i tilknytning til medarbejderne, defineret samlet for koncernselskaberne.<sup>45</sup>

Generalitetskravet er normalt sammenkoblet med en anvendelse af Ligningsloven § 7 A, men det er imidlertid ikke en absolut forudsætning, at ordningen indebærer skattefrihed, således kan medarbejdere i udenlandske datterselskaber ligeledes tilgodeses herigennem.<sup>46</sup>

#### **5.1.2.4. Udbytte (AL § 110, stk.3)**

Det enkelte selskab kan til udbytte anvende beløbet, der er opført som overført overskud og reserver i selskabets seneste årsrapport med fradrag af overført underskud, AL § 110, stk.1, men udbyttet må ikke overstige, hvad der er forsvarligt under hensyn til selskabets økonomiske stilling. Etableringen af en koncern indebærer imidlertid en nuance heri, idet en udbyttebetaling fra et moderselskab herefter ikke må overstige, hvad der er forsvarligt under hensyn til koncernens økonomiske stilling, således udgør koncernen, i relation til AL § 110, stk.3, en enhed. Et dansk moderselskab skal ligeledes medtage udenlandske datterselskaber i betragtningen herom, men omvendt er bestemmelsen naturligvis ikke gældende for et udenlandsk moderselskab, der har datterselskaber i Danmark.<sup>47</sup>

#### **5.1.2.5. Grænsen for egne aktier (AL § 48)**

Selskabets erhvervelse af egne aktier er, ligesom udbytte, et udtryk for, at der overføres midler fra selskabet til aktionærerne, eftersom selskabet køber aktier af aktionærerne, men beholdning må imidlertid ikke overstige en grænse på 10 % af selskabets aktiekapital. En koncern fremstår, i tilknytning til beholdningsopgørelsen, som en enhed, således er det i nærværende sammenhæng irrelevant, hvorvidt moderselskabet eller datterselskabet har ejendomsretten til aktierne, AL § 48, stk.1, 1.led. Moderselskabet skal, i forlængelse heraf, ligeledes medtælle aktiebesiddelsen hos udenlandske datterselskaber, idet der ellers er mulighed for en omgåelse af bestemmelsen.<sup>48</sup>

I tilknytning hertil skal imidlertid bemærkes, at Direktiv 2006/68, såfremt Danmark ønsker en implementering heraf (implementeringsfrist 15/4 2008) medfører en ændring af kapitaldirektivets artikel 19, der omhandler selskabets erhvervelse af egne aktier, hvorefter grænsen for beholdningen ikke må ligge under 10 %, af den tegnede kapital, men der er intet til hinder for, at grænsens størrelse hæves, artikel 19, stk.1, litra c, punkt i. Det fremgår af artikel 19, stk.1, at medlemsstaterne kan tillade selskabets erhvervelse af egne aktier, med forbehold for reglerne omhandlende ligebehandling, insiderhandel og kursmanipulation, såfremt tilladelsen betinges af en række krav.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Karnov note 153, til AL § 30, stk.3

<sup>46</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 122

<sup>47</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 127

<sup>48</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 576

<sup>49</sup> Direktiv 2006/68/EF af 6. september 2006; om en ændring af Rådets direktiv 77/91/EØF



### 5.1.3. Dispositions-mæssige beføjelser

Den dispositions-mæssige beføjelse omhandler aktionærens mulighed for udtræden, navnlig retten til at disponere over aktierne, i form af salg eller pantsætning, men retten hertil kan imidlertid være indskrænket gennem en forkøbsrettighed, hvorefter aktionæren ikke valgfrit kan bestemme, hvem køberen skal være.<sup>50</sup>

#### 5.1.3.1. Forkøbsret

En forkøbsret udgør en omsættelighedsbegrænsning i den normalt frie adgang til at omsætte et aktiv, således kan et selskab ikke herefter overdrage aktivet uden iagttagelsen af rettigheden. En forkøbsrettighed er dermed kendetegnet ved, at rettighedshaveren, inden et salg gennemføres, skal have mulighed for at udnytte sin ret. Det er imidlertid en forudsætning for udløsning heraf, at et konkret salg er påtænkt til anden side, hvorimod indehaveren af en køberet, under visse nærmere opregnede omstændigheder, har ret til at købe, selvom der ikke foreligger et tilbud fra anden side.<sup>51</sup> Indskrænkningen i en genstands omsættelighed kan følge af enten lovgivningen, herunder reglerne om tilbudspligt indenfor lejelovgivningen og forsyningssektoren, eller af selskabets vedtægter, ligesom forkøbsretten kan være aftalt i en aktieoverenskomst. Det skal således indledningsvist fremhæves, at koncernen generelt skal respektere en forkøbsrettighed, hvad enten den er manifesteret igennem lov, vedtægter eller aftale.

##### 5.1.3.1.1. Aktier

Det er hovedreglen, i henhold til AL § 18, stk.1, at aktier er frit omsættelige, medmindre lovgivningen indeholder en modificering heraf eller såfremt selskabets vedtægter, vedrørende navneaktier, nærmere fastsætter en begrænsning i omsætteligheden, AL § 18, stk.2, 2. pkt. Omsættelighedsindskrænkningen kan, selvom den ikke er noteret i selskabets vedtægter, ligeledes følge af en aktionæroverenskomst.<sup>52</sup>

Fortolkningen af en rettighedsoverdragelse, der har karakter af et væsentligt indgreb i ejerbeføjelsen, er tilbageholdende, således forpligtes en overdrager ikke udover, hvad der med sikkerhed kan udledes af loven eller løftet.<sup>53</sup>

Retspraksis har fortolket en forkøbsrettighed i UfR1966.145H, hvori en kommune, i forbindelse med et grundsalg til et aktieselskab under stiftelse, bibeholder en forkøbsret hertil, hvorfor selskabet ikke kan afstå grunden til anden side, forinden den er tilbudt kommunen. Det er, i tilknytning hertil, meningen, at aktieselskabet, hvori køberen er eneejer, skal videreføre den fysiske købers virksomhed, men planerne herom opgives, hvorfor samtlige aktier, i det endnu uregistrerede selskab, herefter overdrages til anden side. Kommunen gør herefter gældende, at forkøbsretten til grunden er

<sup>50</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 381

<sup>51</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 355

<sup>52</sup> Karnov note 93, til AL § 18, stk.1.

<sup>53</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 353

udløst, idet aktieoverdragelsen reelt er en overdragelse af grunden, samt at aktionæren er klar over, at det er en forudsætning, at selv samme konkret bebygger grunden. Aktionæren anfører hertil, at aktierne er frit omsættelige, hvorfor forkøbsrettigheden ikke udløses herved, idet kommunen ikke har indsat et forbehold om, at aktierne ikke må overdrages. Højesteret finder, at aktionæren er pligtig til at afgive fortjenesten til kommunen, idet det må stå klart for aktionæren, i henhold til skødet § 4, at grunden ikke kan overdrages med fortjeneste, før den er tilbudt kommunen. Det bemærkes eftertrykkeligt hertil, at aktionæren, for at omgå forpligtelsen, i stedet for et salg af grunden, overdrager aktierne i selskabet, således skal den personligt oppebårne fortjeneste afgives til kommunen.

Dommen er kommenteret i UfR1970.261B, hvori det fremhæves, at tvisten omhandler, om kommunen, der har accepteret den nye aktiekøber, har krav på den af sælger indvundne gevinst. Dommen antager imidlertid ikke forholdet herom som en selvfølge, idet begrundelsen sker i henhold til to led, således 1) at det efter skødet § 4 må stå køberen klart, at der ikke må indvindes en fortjeneste ved videresalg, samt 2) at køberen, når denne søger en omgåelse af rettighedens aktualisering, skal aflevere den indvundne fortjeneste.<sup>54</sup>

Dommens begrundelse hviler dermed på en fortolkning af den konkrete aftale (skødet), således vil det omhandlende aktiesalg, som altovervejende hovedregel, ikke udløse forkøbsrettigheden til grunden. Det er således herefter op til rettighedshaveren at specificere i aftalen, i tilknytning til en kontrahering med et aktieselskab, hvorvidt en majoritetsændring i selskabet aktualiserer rettighedens indtræden, jf. endvidere hertil afsnit 5.3.3.<sup>55</sup>

Der er frihed til i selskabets vedtægter at optage en hvilken som helst omsættelighedsbegrænsning, hvorfor der til smidiggørelsen af administrationen indeholdes en række ikke udtømmende bestemmelser i loven, ligesom det heri anføres, at åbenbart urimelige vilkår kan tilsidesættes af domstolene.<sup>56</sup>

Administrationen af forkøbsrettigheder omtales således i AL § 19, hvori det blandt andet foreskrives, at vedtægterne ligeledes skal indeholde nærmere regler om fristen for udnyttelsen af forkøbsretten, samt endvidere at aktieprisen fastsættes af skønsmænd, medmindre vedtægterne indeholder en nærmere stillingtagen hertil.

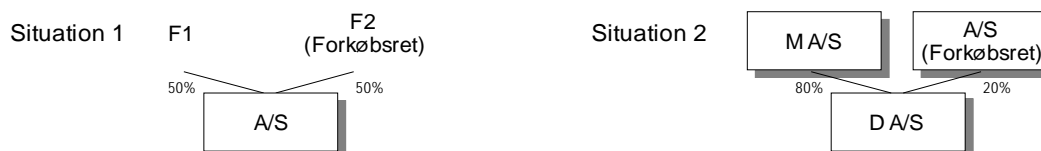
I koncernforhold indebærer ovenstående således, at et moderselskabs adgang til frit at omsætte aktier i datterselskabet kan være gennem sidstnævnte selskabs vedtægter, jf. situation 2 nedenfor. I den nedenstående illustration med de fysiske personer (situation 1) kan den fysiske person (F1) ikke overdrage aktierne i A/S til anden side, forinden tilbudt er fremsat overfor F2, idet sidstnævnte har en forkøbsret til aktierne gennem selskabets vedtægter eller en aktieoverenskomst.

---

<sup>54</sup> UfR1970.261B

<sup>55</sup> UfR1986.27B samt Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 39

<sup>56</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 351



Forholdene i situation 2 er ændret, således aktionærerne i stedet er juridiske personer, ligesom M A/S og D A/S udgør en koncern, men resultatet heraf er umiddelbart i overensstemmelse med situation 1, idet koncernen ikke herved har karakter af en enhed. Det kan således udledes, at M A/S ikke uden videre kan afhænde aktierne i D A/S, uden tilbud er fremsat overfor A/S, idet en omgåelse af forkøbsretten ellers er mulig, jf. hertil desuden UfR1985.664V i afsnit 5.3.1, hvor en koncernintern overdragelse udløser en rettighedshavers licens. Der eksisterede imidlertid en nuance i forholdet, idet en forkøbsrettighed i selskabets vedtægter kan ophæves med almindelig vedtægtsmajoritet, AL § 78, således er en dobbelt 2/3 majoritet tilstrækkelig hertil. Det er en forudsætning herfor, at omsættelighedsbegrænsningen kan karakteriseres som en almindelig vedtægtsbestemmelse, hvorfor den herved hverken må være udformet som en individualrettighed for hver enkelt aktionær eller være manifesteret ved forskrift om, at en ophævelse af rettigheden kræver samtlige aktionærers tiltrædelse eller anden særlig majoritet. Det må derimod fastholdes, at en skærpelse af omsættelighedsbegrænsningen kræver dobbelt 9/10 majoritet, AL § 79, stk.2.<sup>57</sup>

Afslutningsvis skal ydermere bemærkes hertil, at en afhændelse af aktierne i M A/S ikke udløser forkøbsrettigheden til aktierne i D A/S, idet ejeren af aktierne heri fortsat er den samme juridiske person. Der er således ikke umiddelbart holdepunkter for at forpligte M A/S i videre omfang, end hvad der konkret kan udledes af omstændighederne, således vil et salg af aktierne i M A/S alene udløse rettigheden, såfremt det udtrykkeligt er specificeret, at en majoritetsændring i M A/S indebærer en aktualisering af forkøbsrettigheden, jf. hertil UfR1993.868H i nedenstående afsnit.

### 5.1.3.1.2. Udlejningsejendom (LL §§ 100-105)

Der er i Lejelovens (LL) §§ 100-105 indsat beskyttelsespræceptive regler omhandlende udlejers generelle tilbudspligt overfor lejerne i en udlejningsejendom, således skal lejerne tilbydes at overtage ejendommen på andelsbasis, inden den kan afhændes til anden side. Tilbudspligtens aktualisering er betinget af en række krav, således er det en forudsætning her, at udlejningsejendommen indeholder mindst tretten beboelsesejendomme, hvis ejendommen anvendes til blandede benyttede lejemål, mens seks beboelsesejendomme er tilstrækkeligt, såfremt den udelukkende anvendes til beboelse.<sup>58</sup>

Overordnet set indtræder tilbudspligten, i henhold til LL § 102, stk.1, 1.pkt., når en udlejningsejendom, helt eller delvist, overdrages i form af salg, gave, fusion eller mageskifte (bytte), hvorimod en erhvervelse, som følge af arv, ikke er omfattet heraf, medmindre erhververen er en

<sup>57</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 352

<sup>58</sup> Husen, Anne Louise; Boliglovene; 2004; 4. reviderede udgave; 1. oplag; side 176

juridisk person. En formålsfortolkning undtager endvidere en erhvervelse på tvangsauktion, selvom der reelt er tale om en overdragelse.<sup>59</sup>

Reglernes anvendelighed er herudover betinget af, at den direkte ejendomsoverdragelse sker til andre end blandt andet staten, kommuner, eller en medejer, ligesom regelsættet respekterer private forkøbsrettigheder og køberettigheder, hvis tinglysning heraf er foretaget inden 3. maj 1979.<sup>60</sup>

I forbindelse med ændringen af Lejeloven i 1986, indsættes et 2. pkt. i LL § 102, stk.1, hvorefter tilbudspligten finder tilsvarende anvendelse ved overdragelse af aktier, såfremt erhververen herved opnår den afgørende indflydelse (majoritet) i selskabet. Betænkningen til ændringen fremhæver, at de daværende regler er formuleret på en sådan måde, at en modsætnings slutning kan føre til, at enhver overdragelse af en ejendom til en juridisk person ikke omfattes af reglerne, medmindre erhvervelsen sker i henhold til arv.<sup>61</sup>

Bestemmelsen er siden hen præciseret, men uden nærmere realitetsændring, således indtræder tilbudspligten, når erhververen opnår majoriteten af stemmerne i selskabet. Reglen er således en yderst indgribende foranstaltning i handlefriheden, eftersom det, lejerne skal tilbydes (ejendom), ikke er identisk med det tredjemand har i sinde at erhverve (aktier).<sup>62</sup>

Der er imidlertid mulighed for at videreoverdrage en erhvervet tilbudspligtig ejendom til andre end lejerne, enten gennem et direkte salg af ejendommen eller ved en majoritetsoverdragelse, hvis skødet er anmeldt til tinglysning, senest et år efter ejendommen er tilbudt lejerne, LL § 103, stk.6. Afhændelsen skal dermed ske på samme vilkår, hvorunder ejendommen tidligere er tilbudt lejerne, hvorfor en lavere videresalgspris umiddelbart vil udløse pligten, hvilket derimod ikke er tilfældet, hvis videreoverdragelse sker til en højere pris. Der skal imidlertid ikke ske ny tinglysning, når tilbudspligten udløses i tilknytning til en aktieoverdragelse, således er det alene afgørende, hvornår den endelige aftale foreligger, hvilket ikke nødvendigvis behøver at være overdragelsesdagen, eftersom en overdragelse kan ske med tilbagevirkende kraft.<sup>63</sup>

Det er, i relation til nærværende emne, af interesse at fastslå, hvorvidt en identifikation kan medføre tilbudspligtens indtræden, selvom majoritetsoverdragelsen forefindes i et andet selskab end det, der ejer den tilbudspligtige ejendom. Højesteret har i UfR1993.868H konkret tilkendegivet, at bestemmelsen i LL § 102, stk.1, 2.pkt. ikke er anvendelig, såfremt overdragelsen af aktiemajoritet sker i et moderselskab, hvis datterselskab (ejendomsselskab) ejer en af tilbudspligten omfattet ejendom, således kan pligten ikke udstrækkes til at indbefatte ændringer i et moderselskab.

---

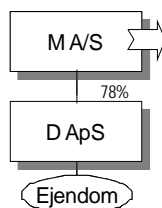
<sup>59</sup> Karnov note 797, til LL § 12, stk. 2

<sup>60</sup> Husen, Anne Louise; Boliglovene; 2004; 4. reviderede udgave; 1. oplag; side 177

<sup>61</sup> LFF1985-86; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); nr. 7

<sup>62</sup> LFF1990-91; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 1, nr.3

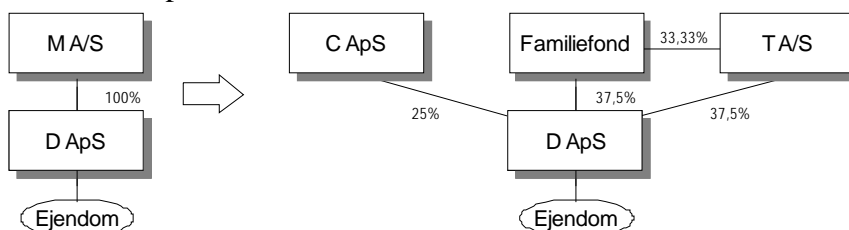
<sup>63</sup> T:BB 2006; nr.1/II; side 155



Det anføres, som begrundelse for dommen, at anvendelsesområdet ikke kan udstrækkes udover, hvad ordlyd og motiver med sikkerhed kan føre til, idet bestemmelsen er et væsentligt indgreb i ejerens handlefrihed. Højesteret stadfæster hermed Landsrettens dom i UfR1992.303Ø, men begrundelserne er ikke identiske, idet førstnævnte henviser til bestemmelsens motiver og ordlyd, hvorimod sidstnævnte giver udtryk for, at en analog anvendelse ikke er mulig ved overdragelse af aktiemajoriteten hos moderselskabet.

Den konkrete overdragelse findes ikke konkret at være en omgåelse af tilbudspligten, selvom moderselskabets aktiviteter, i væsentligt omfang, er tilknyttet datterselskabets virksomhed, hvorfor en påstand om identifikation mellem selskaberne afvises indirekte. Bestemmelsen skal således fortolkes indskrænkende i forhold hertil, men det er imidlertid ikke ensbetydende med en generel anvendelse heraf ved fortolkningen af lejeloven.<sup>64</sup>

Det er, som anført ovenfor, en betingelse for aktualiseringen af tilbudspligten, at erhververen efter overdragelsen opnår majoriteten af stemmerne i selskabet, der ejer udlejningsejendommen omfattet af nærværende regler, hvorfor tilbud ikke skal fremsættes, hvis der ikke erhverves stemmemajoritet. Det her fremførte er fastslået af Landsretten i UfR2004.2221Ø, hvor tilbudspligten ikke udløses, i forbindelse med et aktieselskabs overdragelse af anparterne i et datterselskab (ejendomsselskab), idet ingen af erhververne herefter opnår stemmemajoritet i selskabet. I det konkrete tilfælde overdrages således 37½ % til såvel en familiefond som et aktieselskab, ligesom overdragelsen af de resterende 25 % sker til et anpartsselskab, hvilket er illustreret herunder.



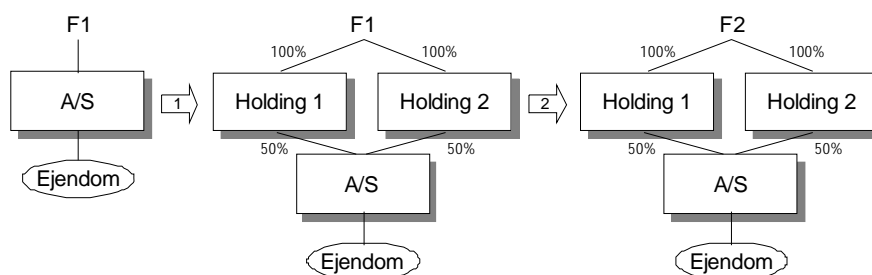
Det fremføres, at den respektive fordeling af anparterne ikke er et udtryk for en omgåelse af tilbudspligten, således muliggør økonomien i anpartsselskabet alene en erhvervelse på 25 % af kapitalen, ligesom den resterende kapital herefter skal fordeles ligeligt. Landsretten finder, efter en fortolkning af LL § 102, stk.1, 2.pkt., ikke at nærværende overdragelse er omfattet af bestemmelsen, eftersom ingen af erhververne opnår den fornødne majoritet. Forklaringen vedrørende baggrunden for fordelingen af anparterne indebærer givetvis, at der ligeledes ikke statueres omgåelse, men det er således ikke herefter udelukket, at en konkret påvist omgåelseshensigt kan medføre et modsat resultat. Begrundelsen i Boligretten hviler på, at der ikke findes tilstrækkelig hjemmel til en mere

<sup>64</sup> T:BB 2006; nr.1/II; side 167

vidtgående fortolkning af lovens krav, om opnåelse af majoritet, uanset personsammenfaldet i ejerkredsen af selskaberne.

Endeligt skal hertil endvidere bemærkes, at det er fremført, at dispositionen i UfR2004.2221Ø formentlig kunne sidestilles med et ejerskifte i ejendommen, såfremt 2. pkt. i LL § 102, stk.1 ikke blev indført, idet opnåelsen af majoritet, efter bestemmelsens 1.pkt., ikke er afgørende for tilbudspligten.<sup>65</sup>

Det kan, efter ovenstående gennemgang af UfR1993.868H og UfR2004.2221Ø, således udledes, at det gennem simple selskabskonstruktioner er muligt at undvige nærværende bestemmelser, medmindre en identifikation mellem involverede selskaber kan begrundes ud fra et omgåelsessynspunkt. Den nedenstående illustrerede konstruktion bevirker således ikke umiddelbart, at tilbudspligten udløses, uanset om de fysiske personer (F1 og F2) udskiftes med juridiske personer.



Kilde: T:BB2006; 2006; nr.1/II; side 170 (redigeret)

Det er således, efter ovenstående model, indirekte muligt for en fysisk person (F1), gennem en omstrukturering, at overdrage ejendommen til en anden fysisk person (F2), uden at tilbudspligten herved udløses. Trin 1 i den ovenstående illustration kan foretages i overensstemmelse med UfR2004.2221Ø, idet LL § 102, stk.1, 2.pkt. ikke herved finder anvendelse, idet hverken Holding 1 eller 2 opnår majoritet. Andet trin omfattes heller ikke af bestemmelsens anvendelsesområde, fordi overdragelsen her sker på moderselskabsniveau, hvilket efter UfR1993.868H ikke udløser tilbudspligten. Ejendommen har herefter indirekte skiftet ejer uden iagttagelse af tilbudspligten, men omstruktureringen kan imidlertid have anseelige skattemæssige konsekvenser.<sup>66</sup>

Det er antageligvis ikke herefter udelukket, at konstruktionen alligevel aktualiserer tilbudspligten i forbindelse med trin 1, idet en identifikation, grundet en omgåelseshensigt, mellem Holding 1 og 2 herved medfører en opnåelse af majoritet, hvorved dispositionen omfattes af LL § 102, stk.1, 2.pkt. En identifikation mellem selskaberne er nærliggende, såfremt konstruktionen alene er begrundet i en omgåelse af tilbudspligten, hvorfor formaliteten (en proformakonstruktion) konkret kan tilsidesættes frem for realiteten, således pligten i stedet defineres samlet. I bedømmelsen heraf kan eventuelt henses til, hvorvidt begrundelsen for omstruktureringen er saglig samt om der eksisterer et væsentligt personsammenfald i selskaberne.

<sup>65</sup> Faber, Louise; Afståelsesret og andre former for lejerskifte; 2006; 1. udgave; 1. oplag; side 111

<sup>66</sup> T:BB 2006; nr.1/II; side 167

### 5.1.3.1.3. Forsyningssektor

Perifert skal, i tilknytning til nærværende emne, endvidere bemærkes, at der, indenfor reguleringen af forsyningssektoren, forefindes bestemmelser omhandlende forkøbsrettigheder, herunder blandt andet Elforsyningsloven (EL) § 35.

Det er således anført i EL § 35, stk.1, 1.pkt., at visse transmissionsnet, der er stillet til rådighed for en systemansvarlig virksomhed, og ejerandele i transmissionsvirksomheder, der ejer sådanne net, udelukkende kan afstås til staten. En virksomhed, der ejer transmissionsandele, har herudover endvidere pligt til at afstå samtlige transmissionsandele til staten, såfremt der sker ejerskifte heri, EL § 35, stk.2. Det fremhæves, at et ejerskifte forekommer, hvis 1) 50 % af ejerandelene i en ejervirksomhed (datterselskabet) eller i en virksomhed (moderselskabet), der direkte eller indirekte besidder majoritetsandele i førstnævnte, skifter ejer, 2) samt hvis virksomhederne omfattet af nr.1 enten a) ved erhvervelsen eller senere opnår bestemmende indflydelse eller b) mister den bestemmende indflydelse heri. Bestemmelsen definerer dermed tre situationer, hvorved statens rettighed og pligt, idet et ejerskifte, i lovens forstand, finder sted, således udstrækkes datterselskabets afståelsespligt til ligeledes at indbefatte et ejerskifte på moderselskabsniveau.<sup>67</sup>

Selskabsretlige omstruktureringer er, i henhold til EL § 35, stk.5, imidlertid ikke omfattet af EL § 35, stk.1-2, men det er en forudsætning herfor, at ejerkredsen herefter er identisk med ejerkredsen i selskaber forinden omstruktureringen, således vederlæggelsen udelukkende ske i aktier.<sup>68</sup>

En overdragelse af ejerandele i et opstået selskab skal imidlertid efterprøves i forhold til omstændighederne før omstruktureringen, således udløses afståelsespligten, hvis afståelsen, af en tilsvarende andel før omstruktureringen, aktualiserer en pligt hertil.<sup>69</sup>

Afslutningsvis skal bemærkes, at udnyttelsen af forkøbsrettigheder, køberettigheder og tegningsrettigheder ikke udløser afståelsespligten efter EL § 35, stk.1 og 2, såfremt rettigheden er stiftet før den 21. april 2004, EL § 35, stk.6.

---

<sup>67</sup> Karnov note 191, til EL § 35, stk.2

<sup>68</sup> Karnov note 195, til EL § 35, stk.5

<sup>69</sup> Karnov note 197, til EL § 35, stk.5

## 5.2. Regnskabsret

Årsregnskabsloven indeholder regelsættet vedrørende udarbejdelsen af årsrapporten, der for selskabets ledelse, kreditorer samt aktionærer udgør en essentiel informationskilde om selskabets økonomiske formåen. Et selskabs årsrapport er herudover endvidere af direkte betydning for selskabets mulighed for udlodning af udbytte, AL § 110, forhøjelse og nedsættelse af kapitalen i selskabet, AL § 29 og § 44 a, samt endeligt kapitalbevarelsesreglen, AL § 69a.<sup>70</sup>

Det påhviler herudover endvidere en modervirksomhed at udarbejde et koncernregnskab, ÅRL § 3, stk.1 sammenholdt med ÅRL § 109, stk.1, men en regnskabsmæssige koncern er imidlertid ikke nødvendigvis identisk med en selskabsretlig koncern, selvom koncernkriterierne er enslydende, idet regelsættene tilgodeser forskellige formål, jf. ligeledes afsnit 3.1. Formålet med det regnskabsretlige koncernbegreb er at udsondre den reelle, økonomiske koncern, som er relevant og af betydning for regnskabsbrugernes informationsbehov, således indgår her samtlige erhvervsdrivende virksomheder, men udarbejdelsen af et koncernregnskab er, i nærværende sammenhæng, umiddelbart alene aktuel for den formelle koncern. Et moderselskab har herefter pligt til at udarbejde et selvstændigt regnskab samt et koncernregnskab, der således kan karakteriseres som en yderligere informationskilde til omverdenen. Koncernregnskabet har, modsat den selvstændige årsrapport, imidlertid ikke samme direkte betydning i Aktieselskabsloven, således er det alene AL § 110, stk.3, der reelt knytter en bemærkning hertil. Udarbejdelsen af et koncernregnskab kan have betydning for datterselskabets selvstændige årsrapport, idet en udarbejdelse heraf, under visse omstændigheder, kan udlades for et datterselskab uden aktivitet, således indsendes i stedet, i henhold til ÅRL § 146, stk. 4, en undtagelseserklæring, ÅRL § 6, stk.1. Et datterselskab er uden aktivitet, såfremt det i regnskabsåret, hverken direkte eller indirekte udøver erhvervsdrivende aktivitet eller besidder kapitalandele, samt såfremt det ikke er påført risici, ÅRL § 6, stk.2.<sup>71</sup>

Det skal imidlertid indledningsvist bemærkes, at særlovgivningen indeholder bestemmelser om koncernregnskaber, herunder navnlig vedrørende pengeinstitutter og forsikringselskaber, men nedenfor fremhæves udelukkende bestemmelserne i Årsregnskabsloven.

### 5.2.1. Koncernregnskab

Regelsættet vedrørende aflæggelsen af koncernregnskaber har sit udspring i EU-retten, i form af det 7. selskabsdirektiv (83/349/EØF) omhandlende konsoliderede regnskaber, der efterfølgende er implementeret i Årsregnskabsloven ved lov nr. 308 af 16. maj 1990. Implementeringen har således medført, at der i loven indeholdes bestemmelser om, hvem pligten til udarbejdelsen af koncernregnskaber påhviler (kapitel 13), samt hvorledes udarbejdelsen heraf specifikt skal foretages (kapitel 14), ligesom der endeligt eksisterer regler vedrørende fusionsregnskaber (kapitel 15).<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Andersen, Paul Krüger; Aktie- og anpartsselskabsret; 9. reviderede udgave; 1. oplag; side 405

<sup>71</sup> Årsrapporten; Kommentarer til årsregnskabslovens bestemmelser; 5. bogudgave (elektronisk); kommentar (699)

<sup>72</sup> Årsrapporten; Kommentarer til årsregnskabslovens bestemmelser; 5. bogudgave (elektronisk); kommentar (699)



Koncernregnskabet udarbejdes således, at virksomhederne fremstår som en enkelt virksomhed, hvorfor konsolideringen herefter skal sammendrage koncernens samlede resultat, aktiver samt passiver, ÅRL § 115. Pligten til udarbejdelsen af et koncernregnskab modificeres imidlertid i vidt omfang, således kan aflæggelsen undlades i små koncerner, ÅRL § 110, samt i subkoncerner, ÅRL § 112. Undtagelsen i ÅRL § 110 er betinget af, at hverken modervirksomheden eller dattervirksomheden er omfattet af regnskabsklasse D, hvortil henhører børsnoterede og statslige selskaber, hvorimod anvendelsen af ÅRL § 112 alene er betinget af, at modervirksomheden ikke tilhører denne kategori, ÅRL § 109, stk.2.<sup>73</sup>

Modervirksomheden kan herefter undlade aflæggelsen af et koncernregnskab, ÅRL § 110, stk.1, hvis koncernen ikke samlet på balancetidspunktet overskrider to af følgende størrelser: 1) En balancesum på kr. 29 millioner, 2) en nettoomsætning på kr. 58 millioner eller 3) et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede på 50 i løbet af regnskabsåret. Adgangen til at anvende nærværende undtagelse ændres alene, ÅRL § 110, stk.3, såfremt koncernen har overskredet eller ikke længere overskrider to af grænserne i to på hinanden følgende regnskabsår.

Herudover kan en modervirksomhed, der ligeledes er en dattervirksomhed, undlade udarbejdelsen af koncernregnskabet, ÅRL § 112, stk.1, såfremt dettes moder er undergivet lovgivningen i EU eller EØS. Det er imidlertid en forudsætning herfor, at den højere modervirksomhed enten a) besidder mindst 90 % af kapitalandelene i den lavere modervirksomhed og minoritetsdeltagerne over for sidstnævnte selskab har godkendt undladelsen eller b) besidder mindre end 90 % af kapitalandelene i den lavere modervirksomhed og sidstnævnte ikke senest 6 måneder før regnskabsårets udløb fra minoritetsdeltagere har modtaget krav om udarbejdelse af et koncernregnskab. Det forudsættes herved, at den højere modervirksomhed udarbejder et koncernregnskab, ligesom regnskabet skal revideres i overensstemmelse med lovgivningen i denne medlemsstat. Under lignende omstændigheder er det muligt, ÅRL § 112, stk.2, at friholde en modervirksomhed for pligten til aflæggelsen af koncernregnskabet, såfremt den højere modervirksomhed er hjemhørende udenfor EU eller EØS.

Udarbejdelsen af et koncernregnskab hviler på princippet om fuld konsolidering, hvorved samtlige regnskaber fra konsoliderede virksomheder indgår i koncernregnskabet, men en dattervirksomhed kan imidlertid undtagelsesvist holdes udenfor konsolideringen. Dattervirksomheden skal ikke nødvendigvis konsolideres i koncernregnskabet, hvis modervirksomhedens udøvelse af rettigheder heri vedvarende er begrænset eller nødvendige oplysninger hertil ikke kan indhentes inden for en rimelig frist eller uden uforholdsmæssigt store omkostninger, ligesom udeladelsen endeligt kan forekomme, såfremt kapitalbesiddelsen i dattervirksomheden alene er foretaget med henblik på efterfølgende overdragelse, og den ikke tidligere har indgået i koncernregnskabet ved konsolidering.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 388

<sup>74</sup> Årsrapporten; Kommentarer til årsregnskabslovens bestemmelser; 5. bogudgave (elektronisk); kommentar (730)

Konsolideringen indebærer dermed, ÅRL § 117, stk.1, at identiske posteringer sammentælles, men der skal eventuelt foretages nødvendige omklassifikationer herved, idet en postering i koncernsammenhæng konkret kan få en ændret betydning i koncernregnskabet. Tilpasning kan herudover endvidere aktualiseres grundet det forhold, at der i koncernregnskabet forefindes poster, der ikke indgår i en selvstændig årsrapport, herunder minoritetsinteressers andel af egenkapital og resultat.<sup>75</sup>

Koncernregnskabet balance, resultatopgørelse og pengestrømsopgørelse skal opstilles efter reglerne for årsregnskaber i regnskabsklasse C, medmindre modervirksomheden henhører til regnskabsklasse D, ÅRL § 118, stk.1, således skal konsoliderede datterselskabers regnskaber, med henblik på konsolideringen, indregnes i koncernregnskabet efter metoderne heri. Det samlede regnskab for koncernen fremtræder som om, der kun er tale om én virksomhed, således indebærer forholdet herom desuden, at interne posteringer skal elimineres ved udarbejdelsen, ÅRL § 120, stk. 1. Der skal herefter foretages eliminering af tilgodehavender og forpligtelser samt indtægter og omkostninger, der er et udslag af interne transaktioner mellem konsoliderede virksomheder. Herudover elimineres endvidere interne gevinster og tab, der indgår til bogført værdi, medmindre transaktionen er på normale markedsvilkår, således kan dispenseres herfra, hvis elimineringen kræver uforholdsmæssigt store omkostninger, ÅRL § 120, stk.2.<sup>76</sup>

Det kan herefter udledes, at koncernregnskabet udviser koncernens samlede resultat, aktiver, passiver, finansielle stilling, anvendt regnskabspraksis og noteapparatet, således fremstår koncernen herved som en enhed. Afslutningsvis kan endvidere udledes, at pligten til at udarbejde en selvstændig årsrapport påhviler alle selskaber, hvad enten det har karakter af moderselskab eller datterselskab, men moderselskabets pligt udstrækkes i et vist omfang, grundet koncernetableringen, eftersom det ligeledes påhviler et moderselskab at forestå udarbejdelsen af et koncernregnskab.

---

<sup>75</sup> Karnov note 262, til ÅRL § 117, stk.1

<sup>76</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1. udg.; 1. oplag; side 391

### 5.3. Aftaleret

Det er centralt indenfor aftaleretten, at en aftale kan stifte, præcisere eller forandre et formueretligt retsforhold, således udgør denne generelt det juridiske fundament, når parternes formueretlige stilling skal fastlægges. Overordnet set består aftalegrundlaget dermed af et antal løfter, hvorefter parterne overfor hinanden påføres formueretlige rettigheder og pligter.<sup>77</sup>

Et koncernselskabs selvstændige retssubjektivitet medfører, i tilknytning hertil, at selskaberne kan være part i aftalegrundlaget, hvad enten der er tale om handel, sikkerhedsstillelse eller eventuelt en låneaftale.

#### 5.3.1. Koncerninterne overdragelser

Koncernselskabernes selvstændige retssubjektivitet indebærer således, at selskaberne i en koncern, blandt andet, kan indgå aftaler med hinanden angående en vare eller en ydelse, men aftalen skal naturligvis respektere eventuelle rettigheder herover. Forholdet herom overses imidlertid af en koncern i UfR1985.664V, således indebærer en overdragelse, i forbindelse med en strukturændring, fra moderselskabet til et nyoprettet helejet datterselskab udløsningen af en licensafgift. Koncernen kan således ikke herved anses for at udgøre en enhed, hvorfor dispositionen ikke har karakter af en intern transaktion. Det anføres med betydelig vægt, at produkterne føres udenfor moderselskabets rådighedssfære, ligesom overførelsen foretages af et selskab, hvormed rettighedshaveren ikke har indgået en aftale, hvorfor dennes rettigheder herved forringes. Hensynet til medkontrahenten er dermed afgørende for dommens udfald, idet pligten til afregningen af licensafgiften påhviler moderselskabet og ikke datterselskabet, eftersom en aftale alene påfører parterne heri rettigheder og pligter (aftalens relativitet). Der er således ikke grundlag for identifikation mellem selskaberne i relation til licensaftalen, idet afregningspligten ikke kan udstrækkes til ligeledes at påhvile datterselskabet. Dommen er dermed en klar tilkendegivelse af, at koncernselskaberne, i forhold til tredjemand, i en samhandelssituation skal betragtes som selvstændige juridiske personer, hvorfor licensafgiften konkret udløses.

I overensstemmelse med ovenstående er en koncernintern virksomhedsoverdragelse ligeledes et udtryk for en handel mellem de involverede koncernselskaber, men i tilknytning hertil er det interessant, hvorledes en arbejdstagers rettigheder påvirkes heraf. EF-Domstolen har behandlet spørgsmålet herom i *Amalgamated Construction*, C-234/98, hvori anmodes om en fortolkning af, hvorledes arbejdstagers rettigheder skal varetages, i relation til direktiv 77/187 (nu direktiv 2001/23), når virksomhedsoverdragelsen forekommer indenfor en koncern. EF-Domstolen finder herefter ikke, at der i direktivet er holdepunkt for, at hensynet, hvorefter koncernen udgør en enhed, har fortrinsret frem for den formelle adskillelse mellem selskaberne, således har selskaberne herved karakter af selvstændige juridiske personer. Domstolen bemærker, at det vil være i strid med direktivet, såfremt overdragelsen ikke omfattes heraf, eftersom det herigennem skal sikres, at

---

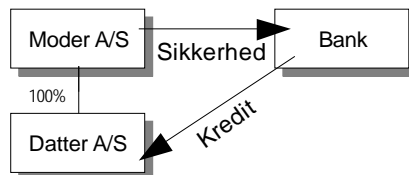
<sup>77</sup> Andersen, Mads Bryde; Grundlæggende aftaleret; 2. omarbejdede udgave; 1. oplag; side 13

arbejdstagerens rettigheder opretholdes i videst muligt omfang, når en virksomhed skifter indehaver, hvorfor arbejdstageren kan forblive heri, under samme betingelser og vilkår som hos overdrageren. Direktivet er herefter anvendeligt på en overførsel mellem koncernselskaber, som har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles (præmis 21). En virksomhedsoverførelse skal herved, i henhold til direktivet, forstås således, at der mellem koncernselskaberne overføres en økonomisk enhed, hvortil henhører en organiseret helhed af personer og aktiver, hvorefter det er muligt at udøve virksomhed med selvstændigt formål (præmis 39).

Det kan dermed udledes af dommen, at hensynet til medarbejdernes rettigheder er mere tungtvejende end hensynet til at definere koncernen samlet, således skaber direktivet ved koncernoverdragelse ligeledes grundlag for universalsuccession i forhold til medarbejderne. Erhververen indtræder herefter i eksisterende rettigheder og pligter, således medfører den selvstændige juridiske personlighed direktivets anvendelse.

### 5.3.2. Sikkerhedsstillelse

Sikkerhedsstillelse mellem koncernselskaber forekommer ofte i forbindelse med erhvervslivets finansiering, således er formålet hermed hovedsagligt at fremskaffe fremmedkapital til et kapitalkrævende koncernselskab, hvorfor finansieringen er et alternativ til koncernintern långivning. En sikkerhedsstillelse er dermed kendetegnet ved et trepartsforhold, hvilket blandt andet kan illustreres på nedenstående måde:



Der kan, som eksempel på sikkerhedsstillelser, fremhæves kaution, tredjemandspant, samt endeligt støtteerklæringer, men en tilbagetrædelseserklæring, hvorved et kreditorselskab efterstiller fordringen mod debitor til fordel for en anden kreditor mod samme debitor, har imidlertid ikke karakter af en sikkerhedsstillelse.<sup>78</sup>

I koncernforhold kan et moderselskab således retmæssig stille sikkerhed for et datterselskab, men det er imidlertid en betingelse, for moderselskaber i regnskabsklasse C og D, at den samlede sikkerhedsstillelse for selskaber i koncernen særskilt specificeres i regnskabet, ÅRL § 97 og § 102, stk.1. Det skal hertil indledningsvist bemærkes, at en støtteerklæring normalt ikke udgør en eventualforpligtelse i årsrapporten, idet moderselskabet oftest alene er moralsk forpligtet til at opfylde erklæringens indhold.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> R&R 2005, nr.10, side 36

<sup>79</sup> Årsrapporten; Kommentarer til årsregnskabslovens bestemmelser; 5. bogudgave (elektronisk); kommentar (461)

### 5.3.2.1. Kaution

Det er muligt for et moderselskab, i forbindelse med et datterselskabs optagelse af lån eller kredit, at afgive kaution eller stille tredjemandspant overfor en ekstern långiver, hvorfor moderselskabet er forpligtet aftaleretligt overfor långiveren til at hæfte for datterselskabet. Begreberne kaution og tredjemandspant er nært beslægtede, men tredjemandspantsætteren indestår imidlertid ikke personligt for debitorens fordring, således hæfter denne alene med pantet. Et kautionsløfte kan imidlertid være begrænset, hvorved et maksimumbeløb for kautionistens forpligtelse angives, ligesom det endvidere kan være begrænset til en del af fordringen (fuld kaution for en del), men kautionisten hæfter som udgangspunkt for hele skyldforholdet, medmindre en begrænsning heraf forefindes i aftalen. Kreditor kan, i forlængelse heraf, desuden kræve en alskyldserklæring, hvorved hæftelsen indbefatter alt, hvad debitor skylder eller kommer til at skyldes kreditor. En påtaget kaution er dermed et udtryk for et løfte om, at kautionisten, i tilfælde af skyldnerens misligholdelse, i overensstemmelse med kautionsaftalen enten indfrier fordringen eller dækker kreditors tab i forbindelse hermed.<sup>80</sup>

Den konkrete kaution kan ikke desto mindre antage forskellige former, hvis kendetegn er karakteriseret ved tidspunktet for kautionistens ydelsespligt, således kan enten forekomme simpel kaution, selvskyldnerkaution, tabskaution eller endeligt anfordringskaution. En simpel kaution indebærer, at forpligtelsen først udløses, når debitorens manglende betalingsevne kan godtgøres gennem udtømmende retsforfølgning, mens ydelsespligten for tabskautionen indtræder, såfremt tabets størrelse kan bevises, ligesom hæftelsen herved udelukkende andrager tab og således ikke hele gælden, som ved en simpel kaution. Kautionen kan tillige udformes i form af en selvskyldnerkaution, hvorved hæftelsen, som ved øvrige kautioner, er subsidiær, men her indtræder betalingspligten, såfremt sidste rettidige betalingsdag i hovedskyldforholdet er udløbet. Endeligt indtræder kautionsforpligtelsen ved anfordringskautionen, der kan karakteriseres som en variant af selvskyldnerkaution, når påkrav herom fremsættes overfor kautionisten, således bestemmer kreditor, hvornår kautionistens ydelsespligt aktualiseres.<sup>81</sup>

Det er en forudsætning for et kautionsløftes binding, at kautionisten med rimelig klarhed har påtaget forpligtelsen, hvilket er tilkendegivet i UfR2002.1464H, idet moderselskabet ikke hæfter som selvskyldner for datterselskabet. I forbindelse med en leverance til datterselskabet fremgår det af ordrebekræftelsen, men imidlertid ikke af tilbuddet, at moderselskabet kautionerer som selvskyldner, men ordrebekræftelsen returneres imidlertid ikke i underskrevet form. Det fremhæves under sagen, at der er indgået en mundtlig kautionsaftale, men idet beviset herfor ikke kan fremføres, hæfter moderselskabet ikke for leverandørens krav mod datterselskabet.

Moderselskabet bør imidlertid ikke uden videre stille sikkerhed for et datterselskab, idet ledelsens handling, i forbindelse hermed, konkret kan karakteriseres for værende ansvarspådragende, AL §

---

<sup>80</sup> R&R 2005, nr.10, side 36

<sup>81</sup> Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 363-372

142, såfremt den burde være afvist, grundet datterselskabets eventuelle ringe økonomi. Helt konkrete omstændigheder kan endvidere medføre, at en erklæring om sikkerhedsstilling ikke har retsvirkning, hvis etableringen heraf alene er begrundet i uvedkommende interesser for moderselskabet, samt forholdet herom er indlysende for løftemodtageren, jf. hertil om UfR1977.526H i afsnit 5.7.2.<sup>82</sup>

Afslutningsvis kan det udledes, at kautionen dermed er en tilsigtet hæftelse overfor én kreditor, således har kautionen ikke karakter af en generel hæftelse for datterselskabets gæld, hvorfor moderselskabet ikke hæfter i alle henseender. Lovgivningen i Danmark indeholder endnu ingen regler om generelle hæftelsesordninger, men bestemmelser herom forefindes derimod i tysk ret, hvorefter en beherskelsesaftale medfører, at datterselskabet undergives moderselskabets bestemmende indflydelse, ligesom sidstnævnte skal udligne tab hos datterselskabet, der er et udslag af aftalen herom, jf. afsnit 5.1.1.2 om ledelsesret.<sup>83</sup>

### 5.3.2.2. Støtteerklæring

Et moderselskab kan ligeledes, overfor datterselskabets kreditorer, afgive en støtteerklæring, men hvor kautionen og tredjemands pantet indebærer en juridisk forpligtelse, er støtteerklæringen oftest udelukkende moralsk forpligtende. Erklæringen herom kan karakteriseres som indispositiv, idet alene faktiske forhold er omhandlet heraf, hvorimod en kaution er dispositiv og dermed retligt bindende. Den konkrete udformning af en støtteerklæring kan imidlertid medføre en utilsigtet juridisk forpligtelse for udstederen, således kan erklæringen spænde fra udtalelser af beroligende karakter til et juridisk forpligtende løfte.<sup>84</sup>

Udstedelsen af støtteerklæringer, frem for kaution eller tredjemands pant, er oftest enten begrundet i, at moderselskabet principielt ikke afgiver håndfaste sikkerhedsstillinger, eller det vil undgå specifikation heraf i årsrapporten.<sup>85</sup>

Det er ikke umiddelbart muligt at opstille entydige kriterier for, hvornår en støtteerklæring er enten indispositiv eller dispositiv, men der kan imidlertid fremhæves momenter, der er afgørende for bedømmelsen. Først og fremmest kan baggrunden for erklæringens udstedelse være af afgørende betydning, navnlig såfremt udstederen forinden afslår at stille kaution, men forholdet modificeres, hvis erklæringen indeholder et stærkt dispositivt ordvalg. Bedømmelsen i nærværende sammenhæng kan endvidere hvile på, hvem der udfærdiger erklæringen, idet uklarheder heri kan fortolkes til ugunst for forfatteren (in dubio contra stipulatorem). Anvendelsesområdet for uklarhedsreglen er imidlertid begrænset til tilfældene, hvor læsemåden har to ligeværdige fortolkninger, hvorfor den ikke generelt kan anvendes til en ugunstig fortolkning mod affatteren. Herudover kan endvidere henses til, hvorledes støtteerklæringen konkret er udformet, idet en klar

---

<sup>82</sup> R&R 1992, nr. 6, side 55

<sup>83</sup> R&R 1992, nr. 6, side 55

<sup>84</sup> Årsrapporten; Kommentarer til årsregnskabslovens bestemmelser; 5. bogudgave (elektronisk); kommentar (461)

<sup>85</sup> R&R 1999, nr.11, side 8

dispositiv ordlyd medfører et juridisk forpligtende løfte for afgiveren, selvom erklæringens overskrift og indledende ordvalg kan karakteriseres som indispositivt.<sup>86</sup>

Retspraksis har i væsentligt omfang behandlet momentet herom, således kan især fremhæves UfR1994.470H, hvori støtteerklæringen er retligt forpligtende. I det konkrete tilfælde fremsætter Thyholms Tømmerhandel A/S, i forbindelse med udvidelsen af en kassekredit for Engesvang Trælasthan A/S, hvori førstnævnte ejer 50 % af aktierne, en hensigtserklæring, idet en kaution herfor forinden er afslået. I hensigtserklæringen anføres herefter, at afgiverselskabet om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde forpligtelserne overfor banken. Herudover anføres endvidere, at udstederen vil følge udviklingen i selskabet nøje, ligesom det ikke vil afhænde eller pantsætte aktieposter heri, men forholdende herom er ikke tillagt afgørende betydning i dommen.

Højesteret bemærker indledningsvist, at det er indholdet af erklæringen, der er bestemmende for, hvorvidt erklæringen er juridisk bindende, således findes erklæringen, i det konkrete tilfælde, at indebære et løfte om likviditetstilførsel, idet den afslutningsvis er dispositiv, selvom der står hensigtserklæring i overskriften og indledningen heri er indispositivt. Det er herefter op til udstederen at godtgøre, at erklæringen ikke har virkning i overensstemmelsen med indholdet, men, eftersom forholdet herom ikke bevises, hæfter afgiveren i det konkrete tilfælde. Det skal bemærkes, at dissensens opfattelse i Højesteret og Landsretten er, at hæftelsen ikke aktualiseres, idet udstederen forinden afviser at stille kaution herfor.

Dommen er kommenteret i UfR1994.436B, hvori det fremhæves, at støtteerklæringer kan kategoriseres som enten svage, mellemstærke og stærke, samt at inddelingen bestemmes af erklæringens karakter og genstand. Erklæringens karakter kan herefter opdeles i oplysninger, hensigter (det er vor hensigt/politik/praksis at) og løfter (vi forpligter os til), hvorefter alene sidstnævnte umiddelbart er klart bindende for udstederen. Herefter er det således spørgsmålet, hvad forpligtelsen konkret indebærer, hvorfor inddelingen af erklæringens genstand sker i henhold til, hvor direkte forpligtelsen er karakteriseret, således er det alene løftet, i den konkrete dom, om tilførslen af tilstrækkelige likvide midler, hvorefter selskabet er i stand til at opfylde forpligtelserne over for banken, der indebærer en juridisk forpligtelse, hvorfor løftet herom utvivlsomt er en stærk erklæring.<sup>87</sup>

Højesteret har imidlertid efterfølgende i retspraksis stillet betydelige krav til erklæringens præcision for en statuering af hæftelse, således kan her fremføres UfR1998.455H, hvorved der ikke er tilstrækkeligt grundlag herfor, idet en erklæring omhandlende, at stå bag nogle holderforretninger, er af for upræcis og utvetydig karakter. Repræsentanten for et britisk selskab (Nomura) afgiver erklæringen herom, i forbindelse med en finanskonstruktion, hvor danske firmaer besidder værdipapirer for førstnævnte samt dets danske datterselskab (ScanBroker), således forventes det

---

<sup>86</sup> Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 422-424

<sup>87</sup> UfR1994.436B

herefter, at selskaberne køber værdipapirerne af de danske firmaer med rentetillæg. Forventningen om tilbagekøb brister imidlertid, eftersom det danske datterselskab økonomisk ikke er i stand hertil, hvorfor det herefter er til domstolsprøvelse, hvorvidt erklæringen indebærer en hæftelse. Højesteret svarer afkræftende herpå, idet erklæringen ikke indebærer nogen indeståelse, ligesom rækkevidden af udtalelsen, på intet tidspunkt, præciseres, hvorfor Nomura ikke findes at være retligt forpligtet.

I overensstemmelse med ovenstående er Højesteret i UfR1998.1289H ligeledes afvisende overfor at statuere hæftelse, hvor SCS Holding afgiver en hensigtserklæring (letter of comfort) til en bank, idet datterselskabet udvider en valutaramme. Erklæringen indeholder en konkret oplysning om, at holdingselskabet økonomisk vil støtte datterselskabet med henblik på, at sidstnævnte er i stand til at opfylde forpligtelserne over for banken. Det bemærkes af Højesterets flertal, ligesom i UfR1994.470H, at støtteerklæringens konkrete indhold er afgørende for den retlige forpligtelse. Holdingselskabet findes ikke udtrykkeligt forpligtet til en tilførsel af likvide midler for at opfylde forpligtelsen overfor banken, idet erklæringen alene er af faktisk karakter, men én dommer finder imidlertid at hæftelsen er aktuel, eftersom erklæringen er i overensstemmelse med erklæringen i UfR1994.470H. Det er af afgørende betydning for dommens udfald, at løftet kan opfyldes uden tilførsel af likviditet, således er genstanden for opfyldelse af forpligtelsen ikke identisk med genstanden i UfR1994.470H.

Endeligt skal fra retspraksis fremhæves UfR1999.1989H, hvor en sparekasse, i tilknytning med en kundes køb af en butik, erklærer, at købesummen er stillet til køberens rådighed. Efter de konkrete omstændigheder er det, i forbindelse med kundens konkurs, således af betydning om erklæringen indeholder et løfte fra banken til sælgeren, hvorved banken hæfter, eller om den alene er en faktisk oplysning, således banken ikke indestår for beløbet. Højesteret finder, i modsætning til flertallet i Landsretten, at udtalelsen alene indeholder en faktisk oplysning, således indestår banken ikke for, at købesummen bliver betalt til sælgeren, hvorfor kontoen alene indgår i køberens bo.

Herudover kan det, i bedømmelsen af om støtteerklæringen er dispositiv eller indispositiv, endvidere være af betydning, hvorvidt modtageren er bekendt med den regnskabsmæssige behandling af erklæringen. Det skal hertil erindres, at den regnskabsmæssige specifikation alene omhandler juridisk bindende eventualforpligtelser, således kan modtagerens kendskab hertil eventuelt influere på fortolkningen af indholdet i erklæringen, men moment er angiveligt af ringe betydning.<sup>88</sup>

Det kan udledes af ovenstående domspraksis, at en støtteerklæring ikke altid er bindende for afgiveren, således er det en betingelse herfor, at erklæringen indeholder elementer af en juridisk forpligtelse, hvorfor erklæringen skal specificeres ud over det moralsk og kommercielt forpligtende. En støtteerklæring, der er ukonkret samt udelukkende af oplysende eller historisk karakter, indeholder ikke umiddelbart et løfte, hvilket derimod er tilfældet, hvis den består af klart formulerede og ubetingede løfter. Afgrænsningen heraf er imidlertid ikke entydig, men det er

---

<sup>88</sup> Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 424



antaget, at dansk ret er mere restriktiv vedrørende anerkendelsen af erklæringernes bindende karakter, end andre EU-lande, således er lovvalget i internationale forhold af afgørende betydning.<sup>89</sup> Der kan overfor et moderselskab, der har afgivet en indispositiv støtteerklæring, imidlertid fremsættes krav om erstatning, såfremt moderselskabet handler i strid med erklæringens indhold, og herved udsætter modtageren for en tabsrisiko. Erstatningsansvaret er herefter navnlig relevant, såfremt det godkendes, at datterselskabet fortager en radikal ændring af forretningspolitikken eller konsolideringsgrundlaget, ligesom erstatningen kan aktualiseres, hvis moderselskabet forsømmer en lovet overvågning af datterselskabet. Det skal imidlertid fremhæves, at erklæringens indhold alene kan påberåbes af erklæringsmodtageren, hvad enten den hviler på et kautions- eller erstatningsretligt grundlag, hvorfor retten ikke tilkommer et datterselskabs bo.<sup>90</sup>

Afslutningsvis skal det påpeges, at støtteerklæringen kan karakteriseres som en utilsigtet hæftelse overfor én modtager, men hertil kan endvidere tilføjes, at moderselskabet undtagelsesvist, gennem identifikation og hæftelsesgennembrud, utilsigtet kan komme til at hæfte overfor en større kreds af kreditorer. Hæftelsesgennembruddet kan således betegnes som en variant af et moderselskabs utilsigtede hæftelse for et datterselskabs gæld, men her skal blot erindres, at gennembruddet er mest nærliggende overfor retsbrudskreditorer og således ikke umiddelbart overfor en aftalekreditor, herunder långiver og kreditgiver, jf. afsnit 5.1.2.1.<sup>91</sup>

### 5.3.3. Covenants

Långiver har, i forbindelse med beløbsmæssigt store lån, behov for styringsinstrumenter til at kontrollere kreditrisikoen i det enkelte lånearrangement, idet nærværende lån oftest ydes uden hverken tingsretlig eller aftaleretlig sikkerhed. Låntagerselskabets aktivmasse udgør således ikke en fornøden sikkerhed for långiveren, ligesom pantsætningsegne aktiver oftest allerede er behæftet med pant, hvorfor långiveren herved reelt sidestilles med en aktionær i selskabet. Sikkerheden er dermed alene knyttet til forventningen om låntagerens fremtidige realisering af cash flow, således har långiveren en klar interesse i selskabets økonomiske stilling og udvikling, ligesom det tilsvarende er centralt herfor, at kreditrisikoen ikke efterfølgende forøges. Den tilstedeværende aktivmasse ved lånets etablering udgør dermed grundlaget for fastsættelsen af finansieringsvilkårene i engagementet, hvorfor det ligeledes er af betydning, at låntagerselskabet ikke undervejs afhænder eller pantsætter aktiver. Indtræder forholdene herom, hvorved kreditrisikoen forøges, eksisterer normalt ingen konkret mulighed for sanktion, eftersom en trussel om en opsigelse af lånearrangementet ikke kan anvendes til en vilkårsændring, idet en låneaftale oftest er uopsigelig i en eller anden tidsperiode. Långiveren bør således, i særdeleshed vedrørende

---

<sup>89</sup> R&R 2005, nr.10, side 36

<sup>90</sup> R&R.1992, nr.6, side 55

<sup>91</sup> R&R.1992, nr.6, side 55

lån uden sikkerhed, indsætte en udtrykkelig kontraktuel bestemmelse (covenants), hvorefter låntagerens særlige forpligtelser nærmere specificeres.<sup>92</sup>

En långiver har således mulighed for i låneaftalen at indsætte et utal af covenants, der overordnet kan inddeles i tre kategorier; nemlig information covenants, finansielle covenants samt endeligt negative pledge covenants, herunder pari passu og asset disposal covenants. I medfør af information covenants påhviler det låntagerselskabet at holde långiveren løbende orienteret om forhold, der er af væsentlig betydning for selskabets økonomi, hvorfor oplysningen kan omhandle forhold vedrørende selskabets regnskab, udviklingen i forventede cash flows samt eksistensen af truende eller aktuelle sagsanlæg. Den potentielle långiver har således mulighed for herigennem at modtage oplysninger fra selskabet udover, hvad der konkret følger af Aktieselskabsloven og Årsregnskabsloven, men omfanget heraf kan imidlertid begrænses af VHL § 36, hvorefter der er forbud mod videregivelse af intern viden. Videregivelsen af en intern viden er ikke desto mindre retsmæssig, såfremt den er et normalt led i vedkommendes beskæftigelse, erhverv eller funktion, hvorfor det her er afgørende, hvorvidt selskabet, efter en konkret vurdering, har en saglig grund til at videregive informationen til långiveren.<sup>93</sup>

Der kan igennem finansielle covenants stilles krav til selskabets egenkapital, likviditet og solvens, således långiveren får løbende indblik i selskabets finansielle formåen, ligesom långiveren herved påføres en række handlingsalternativer, såfremt opstillede krav ikke er opfyldt.<sup>94</sup>

I modsætning hertil indebærer negative pledge covenants derimod normalt et løfte om ikke at pantsætte selskabets aktivmasse eller stille anden sikkerhed til fordel for tredjemand, hvorfor den kan karakteriseres som en tingsretlig undladelsesforpligtelse. En negativ pledge nyder ikke umiddelbart tingsretlig beskyttelse, således er en disposition, foretaget i strid med en undladelseserklæring, alene ugyldig, hvis den involverede tredjemand har et konkret kendskab til erklæringens indhold, samt såfremt denne er fuldt bevist om, at dispositionen er i strid med långiverens rettigheder.<sup>95</sup>

Retspraksis har tilkendegivet denne opfattelse i J.U.1998.43V, hvori en banks kendskab til en negative pledge ikke bevises, hvorfor en konkret foretaget disposition ikke er ugyldig. Moderselskabet afgiver, i tilknytning hertil, en hensigtserklæring overfor banken omhandlende et helejet datterselskab, men erklæringen findes imidlertid at indeholde et klart og ubetinget løfte, hvorfor indholdet heraf er retligt forpligtende. Det fremføres, at moderselskabet ligeledes har afgivet en negative pledge overfor sin hovedbankforbindelse, hvorefter udstedelsen af retligt bindende garantier alene kan ske med denne banks samtykke, men beviset for kendskabet føres imidlertid ikke, således kan kravet retmæssigt anmeldes i moderselskabets konkursbo.

---

<sup>92</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 388

<sup>93</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 396 og 413

<sup>94</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 418

<sup>95</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 423 og 460

Undladelseserklæringer kan imidlertid fra 2006, efter indførelsen af TL § 43, stk.2, tinglyses i personbogen, således skal tredjemand herefter respektere, at låntagerens mulighed for individuel pant, TL § 47, virksomhedspant, TL § 47 c, samt fordringspant, TL § 47 d, er indskrænket.

Pari passu covenants skal, i modsætning til en ren negative pledge, modvirke diskrimination på det obligationsretlige plan, således er det herefter muligt at aftale et forbud mod, at låntagerselskabet stiller sikkerhed eller indgår i andre arrangementer, der kan forrykke ligestillingen blandt usikrede kreditorer. Klausulen påvirker ikke umiddelbart moderselskabets mulighed for at stille kaution eller anden garanti for låntagerselskabets kreditorer, medmindre forholdet herom er udtrykkeligt specificeret. Endeligt kan til denne gruppering ligeledes henregnes asset disposal covenants, hvorefter långiveren, i et vist omfang, har mulighed for at kontrollere og forbyde låntagerselskabets ikke-driftsmæssige aktivudskillelse, eftersom der ellers sker en forringelse af långiverens fyldestgørelsesmulighed.<sup>96</sup>

Långiveren kan således igennem covenants udøve en direkte indflydelse på låntagerens dispositioner, idet der herefter er mulighed for enten at forbyde visse transaktioner eller alternativt at opstille betingelser for gennemførelsen heraf. Håndhævelsen af covenants sker primært via låneaftalens forfaldsklausuler, hvorfor långiveren herefter er berettiget til at ophæve låneaftalen, hvis der sker overtrædelse af en covenant. Det er imidlertid en forudsætning for indtrædelsen af det ekstraordinære forfald, at misligholdelsen er væsentlig, hvilket således afhænger af, hvorvidt forpligtelsen er central for låneforholdet, samt om låntager er eller burde være bekendt hermed. En forfaldsklausul indskrænker således, i modsætning til covenants, ikke låntagerens dispositionsmuligheder, men knytter i stedet en bestemt begivenhed sammen med et forfald.<sup>97</sup>

Det er en generel retsgrundsætning, at et debtorskifte kræver lovhjemmel eller samtykke fra kreditor, således kan låntagerens (debitor) forpligtelse, i henhold til en låneaftale, ikke uden videre overgå til en ny debitor. Der forefindes imidlertid hjemmel hertil (universalsuccession) i forbindelse med fusion, AL § 134 h, og spaltning, AL § 136, således overgår samtlige rettigheder og pligter fra det indskydende til det modtagende selskab, men derimod eksisterer der ved virksomhedsoverdragelse (tilførsel af aktiver) alene hjemmel til universalsuccession i relation til medarbejdere. Universalsuccession indebærer således et lovbundet debtorskifte, men långiveren (kreditor) kan, idet der er aftalefrihed i låneaftalen, imødekomme risikoen herfor ved indsættelsen af covenants, hvorefter det specificeres, at deltagelsen i fusion eller spaltning er forfaldsgrund.<sup>98</sup>

En majoritetsændring i et låntagerselskab indebærer normalt ikke en forfaldsgrund med henvisning til bristede forudsætninger, således er ændringen ikke et udtryk for et debtorskifte, idet debtorselskabet stadig består herefter. Retspraksis har fastslået forholdet herom i UfR1969.25H, hvori et ejerskifteafdrag på en pantsat ejendom ikke udløses, i forbindelse med en afhændelse af samtlige aktier samt en vedtægtsændring af selskabets navn og formål. I forlængelse heraf er det

<sup>96</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 469 og 472

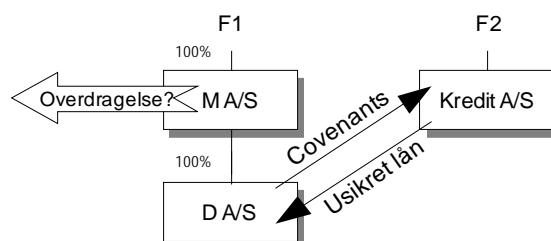
<sup>97</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 480, 482 og 558

<sup>98</sup> Werlauff, Erik; Selskabsret; 6. udgave; 1. oplag; side 151 og 734

anført i pantebrevet, at der skal betales afdrag ved hvert ejerskifte, hvorfor det er af betydning for dommens afsigelse, hvorvidt aktiesalget og vedtægtsændringen indebærer et ejerskifte. Flertallet (4-3) finder, at kreditor må påregne, når pantedeblitor er et aktieselskab, at der efter aktieselskabsrettens regler kan gennemføres væsentlige ændringer indenfor debitorselskabets bestående rammer. Det er herefter ikke alene afgørende, hvilken økonomisk realitet ændringerne medfører, ligesom der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at sidestille ændringen med et ejerskifte i relation til pantebrevsklausulerne om ejerskifteafdrag. Mindretallet finder imidlertid, at de væsentlige ændringer i selskabets forhold reelt indebærer en skabelse af et nyt selskab, hvorfor ejerskifteafdraget herved er forfaldent, ligesom restgælden endvidere herefter findes at være forfalden, idet betalingen af ejerskifteafdraget er udeblevet.<sup>99</sup>

Det kan således udledes heraf, at en majoritetsændring i et låntagerselskab, som altovervejende udgangspunkt, ikke medfører en forfaldsgrund, uanset om selskabet indgår i en koncern eller ej. Der kan dermed efterfølgende indtræde selskabsretlige ændringer i låntagerens identitet, hvorved långiverens oprindelige kreditvurdering og forudsætninger ændres, hvorfor det ikke kan udelukkes, at lånerisikoen efterfølgende forøges. Låntagerselskabets eventuelle nye ejere kan således have et ønske om at ændre gældssætningen eller udbyttebetalingen, hvorved den finansielle risiko, under alle omstændigheder, forøges, men långiver kan imødekomme risikoen herfor ved indsættelse af covenants i aftalen, således kan låntagerens deltagelse heri begrænses.<sup>100</sup>

I koncernforhold kan en majoritetsændring illustreres på nedenstående måde, således er det herved spørgsmålet, om moderselskabet (M A/S) kan afhænde aktierne i datterselskabet (D A/S) uden indvirkning på låneaftalen mellem D A/S og Kredit A/S.



Det skal fastholdes, at majoritetsændringen ikke indebærer en forfaldsgrund, idet långiveren herefter kontraherer med den samme juridiske person, men forholdet modificeres imidlertid, hvis det præciseres, at forfald indtræder, såfremt låntagerselskabet, stemme- eller kapitalmæssigt, overtages af en anden juridisk eller fysisk person. Det kan endvidere aftales en negative pledge mellem moderselskabet og Kredit A/S, i forbindelse med finansieringen af datterselskabet, hvorefter moderselskabet ikke kan afhænde eller belåne aktierne i datterselskabet uden forudgående accept fra Kredit A/S. Låneaftalen kan dermed udarbejdes således, at koncernen fremstår som en enhed i forhold til långiveren, eftersom det i en covenant kan specificeres, at det er uden relevans for gældens forfald, i hvilket koncernselskab en eventuel ændring eller misligholdelse forekommer.

<sup>99</sup> Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 39

<sup>100</sup> Tamasauskas, Andreas; Erhvervslivets lånoptagelse; 1. udgave; 1. oplag; side 392

## 5.4. Erstatningsret

Det grundlæggende formål med erstatningsretten er at regulere forholdet mellem skadevolder og skadelidte, hvorfor der herigennem sker en fastlæggelse af betingelserne for, hvornår erstatningspligten indtræder. Det er en forudsætning herfor, at der eksisterer et ansvarsgrundlag og et tab, ligesom der skal være årsagsforbindelse mellem ansvarsgrundlagets handling eller undladelse og indtrædelsen af skaden (kausalitet), samt endeligt at tabet er påregneligt (adækvans). Ansvarsgrundlaget er, medmindre anden udtrykkelig hjemmel forefindes, herefter en culpanorm, hvorved ansvar alene er aktuelt, såfremt skaden er forvoldt forsætligt eller uagtsomt (grov og simpel). Den uhjemlede culparegel, der dermed hviler på retspraksis, er normalt betegnet som dansk rets almindelige erstatningsregel, hvorfor den reelt er ansvarsgrundlagets minimumsregel.<sup>101</sup>

I koncernforhold kan et moderselskab (majoriteten) herefter være erstatningsansvarlig, i henhold til den almindelige erstatningsregel, hvis en retsstridig udnyttelse af selskabsstrukturen kan bevises, men alternativt til erstatningsansvaret skal imidlertid erindres ovenstående vedrørende hæftelsesgennembrud, idet moderselskabet herigennem kan komme til at hæfte for et datterselskab, selvom culpa udelukkende forefindes hos sidstnævnte.<sup>102</sup>

Det sidstnævnte forhold er aktuelt i two-cab sagerne fra USA, således statueredes hæftelsesgennembrud i *Robinson v. Chase Maintenance Corporation* overfor et moderselskab, men imidlertid ikke, ligesom *Walkovsky v. Charlton*, over for den fysiske person bag selskaberne. De konkrete omstændigheder i *Robinson v. Chase Maintenance Corporation* forholder sig således, at koncernen består af et moderselskab samt 51 datterselskaber, hvori der i hvert er henlagt to ”yellow cabs”, idet opdelingen skal imødekomme risikoen for, at en enkelt taxis skadegørende handling i alt for væsentligt omfang påvirker egenkapitalen. Hæftelsesgennembruddet overfor moderselskabet, i forbindelse med en tilkendt erstatning hos et datterselskab, begrundes med henvisning til, at kapitalen i hvert af datterselskaberne er beskeden, ligesom opdelingen af driftsrisikoen er kunstig, idet risikosegmenteringen sker på tværs af én virksomhedsaktivitet, selvom den konkret udgør et naturligt hele, jf. ovenfor afsnit 5.1.2.1 vedrørende hæftelsesgennembrud i dansk ret.<sup>103</sup>

### 5.4.1. Ledelses- & aktionæransvar (AL § 140 + § 142)

Aktieselskabsloven indeholder bestemmelser om erstatning i AL § 140 og § 142, hvorefter førstnævnte bestemmelse omhandler stiftere, medlemmer af bestyrelsen og direktører, hvorimod anvendelsesområdet for sidstnævnte alene er relevant for aktionærene i selskabet.

Den første personkreds er herefter pligtig til erstatte skader, der er påført selskabet, hvis der ved udførelsen af det respektive hverv er handlet forsætlig eller uagtsomt, ligesom erstatning overfor aktionærer, kreditorer eller tredjemand kan aktualiseres, såfremt bestemmelser i loven eller

---

<sup>101</sup> Eyben, Bo von m.fl.; Lærebog i erstatningsret; 5. udgave; 1. oplag; side 3

<sup>102</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1.udg.; 1. oplag; side 134

<sup>103</sup> Werlauff, Erik; Selskabsmasken; side 38, 337 samt 434

vedtægterne overtrædes. Det er således tilstrækkeligt for erstatningsansvaret herefter, at handlingen eller undladelsen har karakter af simpel uagtsomhed, således beror tilstedeværelsen heraf på en konkret vurdering af foreliggende omstændigheder. Erstatningsansvaret kan således forekomme, såfremt der, ved hvervets udførelse, sker tilsidesættelse af klart definerede pligter, i henhold til lovgivningen, vedtægterne eller grundlæggende retsprincipper, ligesom en uhæderlig eller illoyal handlemåde endvidere kan føre hertil.<sup>104</sup>

I modsætning hertil er en aktionær, AL § 142, 1.pkt., alene umiddelbart pligtig til at erstatte tab tilføjet selskabet, aktionærer eller tredjemand, såfremt denne forsætligt eller groft uagtsomt overtræder selskabets vedtægter eller bestemmelser i loven. Det skal bemærkes hertil, at aktionæren ikke har pligt til at deltage på selskabets generalforsamling, hvorfor erstatningsansvaret udelukkende er relevant overfor aktive aktionærer, men konkrete forhold kan foretage en modificering heraf. Bestemmelsen er herefter anvendelig, hvis aktionæren aktivt medvirker til en ulovlig beslutning på selskabets generalforsamling, hvilket kan forekomme, såfremt dispositionen vedrører ulovlige udbetalinger fra selskabet, krænkelse af minoritetsaktionær eller stemmeafgivelsen knyttes til en bevidst godkendelse af et urigtigt regnskab.<sup>105</sup>

Det er herudover fastslået i UfR1999.1080V, at en illoyal handling ligeledes kan karakteriseres som ansvarspådragende, hvorefter en anpartshaver, der ejer selskabet ligeligt med en anden, nægter at deltage i en lovpligtig kapitalforhøjelse, ligesom tilbud om enten indløsning eller yderligere indskud fra den anden anpartshaver herefter afslås. Landsretten bemærker, at nægtelsen er begrundet i samarbejdsforholdene, herunder de økonomiske vilkår, samt at blokeringen af kapitalforhøjelsen kan medføre selskabets likvidation, hvorfor anpartshaveren, under disse omstændigheder, handler ansvarspådragende.

Aktionæren har imidlertid ingen pligt til at fremme selskabets interesser, således er det antageligvis tilladt for aktionæren at konkurrere med selskabet, når blot aktionæren ikke misbruger oplysninger, fra generalforsamlingen eller selskabets ledelse, om selskabets forretningshemmeligheder.<sup>106</sup>

Bestemmelsernes ansvarsgrundlag er således culpa, men der er imidlertid en nuance i tilregnelsens form, idet aktionæransvaret alene udløses ved forsæt og grov uagtsomhed, hvorimod simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt ved ledelsesansvaret. Et selskab med aktionærstatus kan således ifalde et erstatningsansvar, såfremt en handling eller undladelse har karakter af forsæt eller grov uagtsomhed, men simpel uagtsomhed kan ikke desto mindre være ansvarspådragende, idet forholdet for en majoritetsaktionær (moderselskab) ligeledes kan bedømmes efter den almindelige erstatningsregel.

Det forhold, at simpel uagtsomhed, under visse omstændigheder, er et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag for en majoritetsaktionær, er fastslået af Højesteret i UfR1997.364H, hvorved et moderselskab, i forbindelse med afhændelsen af aktierne i et datterselskab (overskudsselskab), er

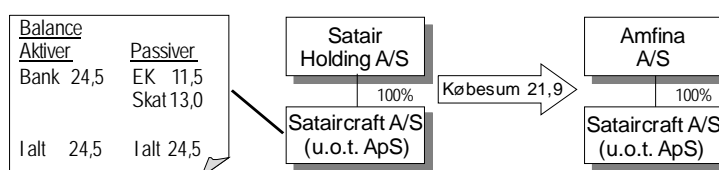
---

<sup>104</sup> UfR1994.183B

<sup>105</sup> Andersen, Paul Krüger; Aktie- og anpartsselskabsret; 9. reviderede udgave; 1. oplag; side 468

<sup>106</sup> Karnov note 551, til AL § 142, 1.pkt

ansvarlig, i henhold til den almindelige erstatningsregel, overfor skattevæsenets tab. Omstændigheder i den omhandlende dom forholder sig således, at Satair Holding A/S (moderselskabet) sælger et datterselskab, hvis aktiver udelukkende består af et bankindestående andragende omtrent kr. 24,5 millioner, ligesom passiverne indbefatter en egenkapital i omegnen af kr. 11,5 millioner, samt herudover alene en latent skattegæld, i form af selskabsskat og eventualskat, på omtrent kr. 13 millioner. Køberselskabet tilkendegiver, i tilknytning til overdragelsen, at skattetilsvaret i selskabet, forinden regnskabsårets udløb, udlignes gennem en erhvervelse af afskrivningsberettigede leasingaktiver. Købesummen andrager således herefter cirka kr. 21,9 millioner, svarende til egenkapitalen med tillæg af kurs 80 for skattegælden, hvilket kan illustreres herved:



Det aftales mellem parterne, at betalingen for aktierne skal ske ved en bankoverførelse fra Amfina A/S til Satair Holding A/S, ligesom bankindestående i Sataircraft samtidig hermed frigives, således overføres beløbet til en konto oprettet i køberens pengeinstitut. Det er en forudsætning for gennemførelsen af herværende transaktioner, at en regnskabsomlægning i Sataircraft godkendes, ligesom det er en betingelse, at selskabet senest på overtagelsesdatoen bekræfter at have modtaget uigenkaldeligt købstilbud på leasingaktiverne. Den krævede investering foretages imidlertid ikke, hvorfor konkursboet herefter forsøger at inddrive kravet hos Satair Holding A/S, enten via en tilbagebetalingspligt (forbud mod selvfinansiering), eller et erstatningskrav. Det skal her bemærkes, at bedømmelsen i dommen sker efter daværende bestemmelser i Anpartsselskabsloven, således afgøres tilbagebetalingspligten på baggrund af ApL § 84, der er i overensstemmelse med nuværende ApL § 49 og AL § 115, ligesom erstatningsspørgsmålet hviler på ApL § 110 og § 112, der svarer til nugældende ApL 80a og 80c samt AL § 140 og § 142.<sup>107</sup>

Forbuddet mod selvfinansiering indebærer, at et selskab hverken må yde lån eller stille midler til rådighed ved erhvervelsen af aktierne heri, således findes den anvendte konstruktion ikke i overensstemmelse hermed, idet overskudsselskabet, i vidt omfang, erhverves med egne midler. Højesteret er imidlertid af den opfattelse, at tilbagebetalingspligten ikke konkret kan påhvile Satair Holding A/S (sælgeren), men derimod alene køberen af overskudsselskabet, ligesom flertallet (6-2) ydermere ikke finder grundlag for en objektiv hæftelse, ApL § 84, stk.5, idet den ulovlige disposition hverken er truffet eller opretholdt af dette selskab. Dissensen mener imidlertid at en objektiv hæftelse kan statuere med hjemmel i ApL § 84, stk. 5, idet Satair Holding A/S har deltaget i tilsidesættelsen af selvfinansieringsforbuddet.

<sup>107</sup> LBKG nr. 660 af 25. september 1991 (daværende ApL) sammenholdt med nugældende AL og ApL

I relation til spørgsmålet om erstatningsansvaret tilkendegiver Højesteret, at betingelserne herfor er opfyldt, hvorfor Satair Holding A/S er erstatningsansvarlig overfor skattevæsenets tab, idet selskabet, i forbindelse med salget af overskudsselskabet, tilsidesætter skattevæsenets interesser. Det er interessant herved, at domsafgørelsen herom hviler på dansk rets almindelige erstatningsregler og således ikke ApL § 112, idet selskabet er eneejer og faktisk leder overskudsselskabet indtil salget. Det fremhæves eftertrykkeligt, at ledelsen af selskaberne i koncernen er fælles, samt at det er moderselskabets faktiske ledelse, der iværksætter overførelsen af bankbeholdningen, hvorefter kontoen står til køberens rådighed. Det anføres endvidere, at afhændelsen alene har til formål at undgå skattebetalingen, hvorfor salget ikke har karakter af en normal forretningsmæssig disposition, hvilket ligeledes er underbygget af, at selskabet, i forhold til en likvidation, opnår et merprovenu andragende kurs 80 af skattetilsvaret.

Højesteret finder dermed, i relation hertil, at selskabet, under disse omstændigheder, har anledning til at henlede opmærksomheden på risikoen for, at konstruktionen indebærer en tilsidesættelse af skattevæsenets interesser. Det er således afgørende for erstatningsansvaret, at selskabet bør være opmærksom på den betydelige risiko for, at investeringerne ikke gennemføres, ligesom risikoen herfor er betydelig, når købesummen for overskudsselskabet finansieres med egne midler. Den nærværende risiko eksisterer altid, i forbindelse med en afhændelse af overskudsselskaber, hvis eneste aktiv er en pengebeholdning, ligesom selvfinansieringen er nærliggende i det konkrete tilfælde, idet købesummens betaling og frigivelsen af bankbeholdningen har valør på samme dato. Selskabet findes herefter uforsvarligt at have tilsidesat skattevæsenets interesser, eftersom der ikke reelt iværksættes foranstaltninger for at afværge risikoen for tab, således er selskabet, på denne baggrund, erstatningsansvarlig herfor.

Dommen giver imidlertid ikke udtryk for, hvad der reelt skal foretages for at imødekomme risikoen for skattevæsenets tab, således må afgørelsen af, om den udviste agtpågivenhed er fornøden, herefter hvile på en konkret vurdering af foreliggende omstændigheder.<sup>108</sup>

Det er centralt, i forskellen mellem den objektive tilbagebetalingspligt og det culpabaserede erstatningsansvar, om sælger aktivt stiller selskabets midler til rådighed for køberen, eller om denne alene handler uforsigtigt, hvormed kreditor udsættes for en tabsrisiko. Det er således ikke i erstatningssagerne forbudt mod selvfinansiering, der er det afgørende element, idet uagtsomheden ligeledes kan manifesteres på anden vis.<sup>109</sup>

Det fastslås ikke i dommen, hvorvidt moderselskabets handling er simpel eller grov uagtsomhed, men det kan udledes heraf, at et moderselskab, der udøver faktisk koncernledelse over et datterselskab, herefter er ansvarlig, efter den almindelige erstatningsregel, for tab forvoldt ved

---

<sup>108</sup> TFS1997.114

<sup>109</sup> TFS1998.702



simpel uagtsomhed, ligesom det i almindelighed er fastslået i AL § 140 vedrørende stiftere, bestyrelsesmedlemmer samt direktører.<sup>110</sup>

Et faktisk ledende moderselskab skal herved, hvad angår erstatningsspørgsmålet, bedømmes således, at ledelsen i moderselskabet ligeledes anses for ledelsen i datterselskabet, således er simpel uagtsomhed, i begge relationer, et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag.<sup>111</sup>

Afslutningsvis kan anføres, at der, for overdragelser efter den 1. juli 1994, er indsat en ny bestemmelse i Selskabsskatteloven § 33A, hvorefter den, der overdrager kapitalandele i et overskudsselskab til overpris, under visse betingelser, hæfter med overdragelsessummen for betalingen af påhvilende skatter og afgifter på overdragelsestidspunktet. Bestemmelsen supplerer således reglerne om forbud mod selvfinansiering og erstatning, men det er herefter ikke et krav for hæftelsen, at sælgeren har truffet eller opretholdt den ulovlige disposition, ligesom bestemmelsens anvendelse ikke forudsætter en tilstedeværelse af culpa hos overdrageren.

#### 5.4.2. Compensatio lucri cum damno & modregning

Det skal, i nærværende sammenhæng, analyseres, hvorvidt en koncerndannelse kan medføre en afvigelse af modregningsbetingelsen om gensidighed, samt om en eventuelt overskydende vinding ved et koncernselskabs tabsopgørelse, i henhold til det erstatningsretlige princip om compensatio lucri cum damno, skal overføres til fradrag i en tabsopgørelse hos et andet koncernselskab. Der er imidlertid den forskel mellem modregning og compensatio lucri cum damno, at der ved sidstnævnte ikke opstår et modkrav, såfremt vindingen overstiger det opståede tab, hvorimod der i en normal modregningssituation fortsat eksisterer et tilgodehavende og en skyld, såfremt hovedkravet oversiger modkravet og omvendt.<sup>112</sup>

Adgangen til modregning, der hviler på en rettsædvane på lovniveau, er et udtryk for, at parterne opnår fyldestgørelse for et krav gennem befrielsen af en skyld, idet krav og modkrav modregnes i hinanden, hvorved et af kravene herefter ophører. Det er imidlertid en betingelse for modregning, at kravene er komputable og afviklingsmodne, ligesom der skal foreligge identitet i relation til hovedkrav og modkrav (gensidighedsbetingelse), hvorfor hovedkravets kreditor er identisk med modkravets debitor og omvendt, samt endeligt forudsættes modkravet at være af en vis klarhed. Betingelsen om gensidighed indebærer, at en juridisk eller fysisk person, der har gæld til ét koncernselskab, men et tilgodehavende hos et andet, umiddelbart er afskåret fra adgangen til modregning herimellem, idet gensidighedsbetingelsen ikke herved er opfyldt.<sup>113</sup>

Retspraksis har i U1967.48H tilkendegivet opfattelsen herom, således er den omhandlende betingelse ikke konkret opfyldt mellem to nært forbundne virksomheder. I den konkrete dom kan en enkeltmandsvirksomheds gæld til et konkursramt aktieselskab således ikke modregnes i et

---

<sup>110</sup> UfR1998.175B

<sup>111</sup> R&R 1997, nr. 3, side 9

<sup>112</sup> TfS1998.178

<sup>113</sup> Werlauff, Erik; Skyldforhold; Obligationsretlige grundbegreber; side 185

interessentskabs tilgodehavende hos selv samme, eftersom det fællesejede interessentskab har en selvstændig stilling i forhold til den personlige virksomhed. Det er bemærkelsesværdigt, at kommentaren til dommen i UfR1967.89B anfører, at såfremt afgørelsen i stedet omhandler to aktieselskaber, er adgangen til modregning aldeles udelukket, hvorfor en fravigelse af betingelsen om gensidighed kræver en overordentlig tungtvejende begrundelse.<sup>114</sup>

Landsretten har taget stilling til de i indledningen anførte betragtninger vedrørende modregning og *compensatio lucri cum damno* i TfS1998.153Ø, hvori modregning finder sted mellem et selskabs opståede vinding mod en personlig drevet virksomheds tab, i forbindelse med indførelsen af den fællesskabsstridige ambi. Landsretten finder i den konkrete dom, at der mellem virksomhederne eksisterer et til identitet grænsende fællesskab, hvorfor gensidighedsbetingelsen er opfyldt, idet der herved henvises til sammenfaldende ejerkreds, drift og samhandel, ligesom det findes ubetænkeligt at fastslå, at selskabets besparelser ligeledes er kommet de fysiske ejere til gode, hvorfor de må tåle en modregning.

Der kan endvidere hertil fremhæves et yderligere eksempel i SKM2002.352Ø, hvor Landsretten ligeledes finder, at et til identitet grænsende fællesskab er tilstede, her mellem en udlejer og en lejer af en ejendom, idet udlejeren sammen med sin familie behersker komplementarselskabet i det kommanditselskab, der konkret er lejer af ejendommen. Det lægges herefter til grund, at udlejeren er den reelle ejer af kommanditselskabet, ligesom det findes ubetænkeligt at fastslå, at fastsættelsen af lejen er sket ud fra prispolitikken i koncernen, hvorfor kommanditselskabet, ved den manglende opkrævning af ambi sammen med lejen, opnår en berigelse svarende til den af udlejer betalte ambi. Problematikken, i nærværende sammenhæng, er en følge af EF-Domstolens præjudicielle afgørelse i Dansk Denkvit, C-200/90, 31. marts 1992, hvorved den daværende ambi erklæres fællesskabsstridig, således opstår herved et erstatningskrav mod staten andragende den uretmæssige opkrævede afgift. I forbindelse med indførelsen af ambi bortfalder samtidig hermed et antal afgifter, hvorfor der, efter *compensatio lucri cum damno*, skal tages højde herfor ved opgørelsen af tabet.

I TfS1998.153Ø indebærer den ovenstående betragtning således, at selskabet ikke har et tilbagesøgningskrav mod staten, idet vindingen klart overstiger tabet. Der forefindes derimod et tab hos den personlige virksomhed, men Landsretten finder imidlertid ikke, at det nærværende tab skal tilbagebetales, eftersom selskabets overskydende vinding overføres til fradrag i den personlige virksomheds tabsopgørelse. Det forestående indgreb herved kan karakteriseres som yderst vidtgående og intensivt, idet debitor (staten) bringer et selskabs vinding, til trods for at *compensatio lucri cum damno* ikke medfører opstanden af et modkrav, til modregning i en anden skadelidtes krav mod debitor. Dommen findes imidlertid, efter en konkret vurdering, at være korrekt, idet selskabet og den personlige virksomhed reelt fungerer som én integreret virksomhed, hvilket reelt indebærer, at en af virksomhederne ikke selvstændigt kan afhændes, eftersom selskabet er dybt

---

<sup>114</sup> TfS1998.178

indkapslet i den personlige virksomhed, ligesom et berigelseshensyn peger en anelse i retning heraf, idet besparelsen i selskabet omtrent er ti gange større end tabet i den personlige virksomhed.

Der kan endvidere til herværende problematik fremhæves SKM2001.138H samt SKM2001.139H, hvori andelshaverne konkret identificeres med andelsselskabet, hvorved førstnævnte ikke har et tilbagesøgningskrav mod staten, idet efterbetalingerne til andelshaverne, fra det berigede andelsselskab, mindst svarer til den af andelshaverne betalte ambi.

Den altovervejende hovedregel, i tilknytning til herværende betragtninger, er uanfægteligt, at identitetsbetingelsen ikke er opfyldt mellem koncernselskaber eller andre selskaber, ligesom et tab, i erstatningsretlig henseende, skal opgøres selvstændigt for et skadelidt selskab, eftersom en koncernkonstruktion ikke etableres eller indrettes således, at den, ved en skadegørende handling, opnår vinding. Identifikation mellem to skadelidte selskaber, med en hermed følgende tvangsmæssig modregning, er imidlertid berettiget, såfremt selskaberne, efter en konkret helhedsvurdering, reelt fungerer som en integreret enhed. Det skal imidlertid fastholdes, at det er helhedsvurderingen, der er afgørende ved bedømmelsen heraf, således kan enkeltstående momenter ikke alene bære det intensive indgreb, hvorfor hovedreglen absolut skal fastholdes, medmindre tungtvejende hensyn kan begrunde en modificering heraf.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> TFS1998.178

## 5.5. Miljøret

Det overordnede formål med reguleringen af miljøretten er at beskytte miljøet og menneskers sundhed, hvorved lovgivningen er tilrettelagt gennem udstedelsen af tilladelser, påbud og forbud, hvorfor det her er relevant at fastslå, hvorvidt en identifikation kan udstrække ret og pligt, i henhold til Jordforureningsloven (JFL) og Miljøbeskyttelsesloven (MBL).

Indledningsvis skal anvendelsesområdet for ovenstående love imidlertid nærmere afgrænses, idet en jordforurening umiddelbart er omfattet af begge regelsæt, men anvendelsen af Miljøbeskyttelsesloven forudsætter, i modsætning til Jordforureningsloven, tilstedeværelsen af en ansvarspådragende handling, ligesom den tilsvarende finder anvendelse ved forurening af luft, vand og støj. Et undersøgelsespåbud, i forbindelse med en jordforurening, kan herefter udstedes med hjemmel i Jordforureningsloven, såfremt forureningen ikke er ophørt senest 1. januar 1992, JFL § 40, stk.2, men er forureningen ophørt her forinden, forefindes ikke hjemmel til udstedelsen af undersøgelsespåbud, medmindre betingelserne i MBL § 72 er opfyldt. Det er herudover muligt at meddele påbud om oprydning og afværgelse, hvilket kan foretages i henhold til JFL § 41, såfremt forureningen kan henføres til et tidspunkt efter 1. januar 2001, ellers finder bestemmelserne i Miljøbeskyttelsesloven anvendelse.<sup>116</sup>

Håndhævelsen af miljøretlige problemstillinger skal, efter indførelsen af JFL § 41, dermed ske ved udstedelsen af forvaltningsretlige påbud, således er det ikke længere en forudsætning herfor, at der er handlet ansvarspådragende, hvorfor udgangspunkt er et ubetinget offentligretligt forureneransvar uden anvendelse af erstatningsretlige principper.<sup>117</sup>

Definitionen af subjektet for påbud i JFL § 41, stk.3, nr.1 henviser til den, der erhvervsmæssigt driver den forurenende virksomhed, mens andre juridiske eller fysiske personer, der medvirker hertil gennem uforsvarlig adfærd, er omfattet af JFL § 41, stk.3, nr. 2. I koncernforhold kan et moderselskab muligvis anses for at drive virksomheden, når den forurenende aktivitet er placeret i et datterselskab, hvis førstnævnte vedtager alle reelle og væsentlige beslutninger herom, idet datterselskabet herved alene har karakter af en marionet.<sup>118</sup>

Fastlæggelsen af Miljøbeskyttelseslovens påbuds- og forbudsadressat er derimod afhængig af, hvilken konkret bestemmelse, der er anvendelig i den foreliggende situation. Der indeholdes således i loven en interessant sondring mellem på den ene side listevirksomheder (særligt forurenende virksomhed), hvis virksomhedsaktivitet kræver miljøgodkendelse, MBL § 33, stk.1, samt desuden omfattes af et objektivi ansvar, Miljøerstatningsloven (MEL) § 3, stk.1, og på den anden side andre virksomheder end listevirksomheder, MBL § 42, stk.1. Der kan herefter overfor driftsherren, i henhold til MBL § 41, udstedes påbud om nedbringelse af væsentlig forurening samt iværksættelse af bestemte foranstaltninger, ligesom et nedbringelsespåbud, MBL § 42, kan meddeles driftsherren i

---

<sup>116</sup> Påbud i jordforureningssager; Orientering fra Miljøstyrelsen; 2001; nr. 8

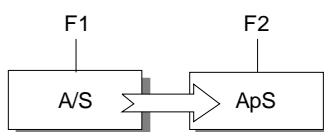
<sup>117</sup> LFF1998-99; Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (Elektronisk udgave); § 41; side 37

<sup>118</sup> Hansen; Thomas Bøgholm; Justitia nr. 1; Januar 2000; 23. Årgang; side 32

andre virksomheder, såfremt virksomhedsudøvelsen medfører uhygiejniske forhold eller væsentlig forurening. Herudover skal tilsynsmyndigheden endvidere foranledige, at ulovlige forhold bringes i overensstemmelse med lovgivningen, medmindre forholdet er af uvæsentlig betydning, MBL § 68-69, hvorfor reglerne i loven skelner mellem konstitutive påbud, hvorved betingelserne for retten til udøvelsen af virksomheden fastlægges (normerende pligt), samt lovliggørelsespåbud, der indeholder en forpligtelse til at bringe ulovligheden til ophør (ansvar).<sup>119</sup>

Det skal hertil fremhæves, at pligtsubjektet (den aktuelle driftsherre) ikke nødvendigvis er identisk med ansvarssubjektet (forårsageren af den ulovlige handling), således kan et offentligt miljøansvar ikke altid placeres hos den aktuelle driftsherre, hvilket, i modsætning hertil, er en mulighed indenfor arealanvendelseslovgivningen. Den ansvarlige er dermed kendetegnet som den, der ikke opfylder en pligt i loven eller i et påbud, hvorfor tilsynsmyndigheden kan bringe ulovligheden til ophør gennem et lovliggørelsespåbud eller ved selvhjælpshandlinger for dennes regning, MBL § 69, stk.1, nr.4 og § 70.<sup>120</sup>

Det er herefter interessant, om en ulovhjemlet identifikation kan placere et offentligt ansvar hos et andet selskab end forurenerselskabet, hvorved forurenerselskabets pligt udstrækkes til at omfatte et andet selskab, uanset anvendelsen af legalitetsprincippet indenfor den offentlige forvaltning. Højesteret har, i forbindelse med straffesagen UfR2001.2045H, i et vist omfang taget stilling hertil, idet dommen omhandler, hvorvidt et anpartsselskab, ved erhvervelsen og fortsættelsen af en virksomhedsaktivitet, indtræder i den eksisterende miljøgodkendelses rettigheder og pligter. Der eksisterer, på tidspunktet for overdragelsen, et betydeligt oparbejdet kemikalieaffald, der er i strid med vilkårene i miljøgodkendelsen. Omstændighederne herom forholder sig således, at der allerede i miljøgodkendelsen fra 1992 er anført en pligt til fjernelse af kemikalieaffaldet, ligesom der udstedes yderligere påbud herom i 1994, mens førstnævnte forhold stadig verserer hos Miljøklagenævnet. I forbindelse med aktieselskabets konkursbehandling overdrager konkursboet virksomheden til et nystiftet anpartsselskab, der oprettes af to hidtidige administrerende direktører i førstnævnte selskab, ligesom personkredsen har nære familiemæssige bånd til aktieselskabets ejere.



Driften i anpartsselskabet videreføres herefter, på grundlag af den eksisterende miljøgodkendelse, men ikke desto mindre stadfæster Miljøklagenævnet vilkåret i miljøgodkendelsen, om fjernelsen af affaldet overfor anpartsselskabet, men selskabet har imidlertid ikke økonomisk mulighed for at opfylde påbuddet, hvorfor der nedlægges forbud mod fortsat drift, ligesom straffesagen indledes.

Højesteret bemærker, at ejerne, i kraft af beskæftigelsen hos aktieselskabet, er bekendt med godkendelsens vilkår samt meddelte påbud, således finder Højesteret, i hvert fald under disse

<sup>119</sup> UfR2003.193B

<sup>120</sup> UfR2003.193B

omstændigheder, at anpartsselskabet, ved erhvervelsen og videreførelsen, indtræder i pligten til bortskaffelsen af affaldet. Den manglende overholdelse heraf medfører herefter strafansvar for anpartsselskabets ledelse, der fastsættes til frihedsstraf på 40 dages betinget hæfte samt en tillægsbøde andragende kr. 300.000. Det skal hertil fremhæves, at forholdet vedrørende anpartsselskabet ikke er anket til Højesteret, således er bøden heroverfor fastsat af Landsretten i UfR2000.493Ø til kr. 800.000.

Dommen er efterfølgende underkastet nærmere fortolkning, idet der herefter er uvished om rækkevidden af MBL § 41, samt om den er et udtryk for en afstandstagen til den af Landsretten statuerede identifikation. Begrundelsen i Landsretten sker, i betydeligt omfang, med henvisning til, at selskaberne i alt væsentlighed, såvel indadtil som udadtil, er sammenfaldende, uanset ejerkredsen ikke er identisk. Det anføres til støtte herfor, at den tiltalte allerede i 1989 reelt overtager ledelsen og driften af aktieselskabet, ligesom der herved endvidere henses til, at anpartsselskabet har en betydelig interesse i en videreførelse af den hidtidige aktivitet fra lokaliteten, idet rettigheden hertil hviler på den allerede udstedte miljøgodkendelse. Endeligt findes det ubetænkeligt at lægge til grund, at anpartsselskabet, ud fra en identifikationslignende betragtning, indtræder i miljøgodkendelsens pligter, hvorfor en manglende overholdelse heraf kan medføre strafansvar.

Det er fremført i UfR2001.479B, at den mulige afstandstagen til identifikationen angiveligt ikke skal tillægges for megen betydning, idet det heri findes betænkeligt, om en eksisterende virksomhedsejer er ansvarlig for ulovligheder hidrørende fra en tidligere ejer, medmindre begrundelsen herfor er identifikation. Det er endvidere opfattelsen, ligesom i UfR2003.193B, at fjernelsen af affaldet konkret skal ske ved et lovliggørelsespåbud, MBL § 69, eftersom der er tale om et ulovligt forhold, således er et normerende påbud, MBL § 41, ikke tilstrækkeligt. Det anføres hertil, at hvis den nærmere afgræsning heraf ikke tillægges betydning, kan myndighederne herefter forpligte en efterfølgende virksomhedsejer til opfyldelsen af tidligere ulovligheder, hvilket alene er aktuelt, hvis begrundelsen herfor er identifikation.<sup>121</sup>

I UfR2003.193B tilkendegives, i overensstemmelse med nærværende dom, at en virksomhedskøber kan indtræde i en eksisterende miljøgodkendelse, hvorved køber succederer i ret og pligt, men det er en forudsætning herfor, at virksomheden forbliver på den i miljøgodkendelsen anførte lokalitet. Der kan herefter succederes i godkendelser, tilladelser, påbud og forbud, hvis de er begrundet i virksomhedsrelaterede forhold, hvorfor succession ikke forekommer, når udstedelsen er knyttet til personlige eller subjektive forhold, idet miljøansvaret er et forureneransvar og dermed ikke et virksomhedsansvar. Det bemærkes afslutningsvis, at dommen omhandler pligtsuccession, eftersom det konkret anvendte påbud har karakter af konstitutive påbud og således ikke lovliggørelsespåbud, hvorfor den ikke er et udtryk for ansvarssuccession, idet forholdet herom alene er aktuelt, såfremt begrundelsen hviler på en statuering af identifikation.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> UfR2001.479B

<sup>122</sup> UfR2003.193B

Det skal bemærkes, at dommen omhandler forhold før ikrafttrædelsen af reglerne om succession i JFL § 45, stk.1-2 samt MBL § 83a, stk.4-5, der finder anvendelse for overdragelsesaftaler indgået senere end 1. januar 2000, samt hvis en jordforurening er aktualiseret. Det er imidlertid stadig et relativt uafklaret spørgsmål, om en identifikation, uden en overdragelse forekommer, kan sidestille et forurenerselskab med et andet selskab i miljøretlig henseende.<sup>123</sup>

Den kommenterede Jordforureningslov fremhæver, at selskabsretlig identifikation næppe uden videre kan anvendes, idet angivelsen af påbudsadressaten sker i henhold til offentlig ret, således kan alene operatørselskabet meddeles påbud, medmindre et andet selskab selvstændigt opfylder betingelsen i JFL § 43, stk.3.<sup>124</sup>

Identifikationsspørgsmålet indenfor miljøretten er endvidere behandlet i Justitia 2000, nr.1, hvori det ligeledes anses for usikkert, om en identifikation eller et ansvarsgennembrud kan begrunde en videre hæftelse, end hvad der følger af erstatningsrettens almindelige culpaansvar.<sup>125</sup>

Jordforureningsudvalg overvejede muligheden for lovgivning om identifikation, således er det fremhævet i betænkningen til Jordforureningsloven, at identifikation formentlig ligeledes kan anvendes indenfor miljøretten, såfremt et stærkt interessesammenfald samt en omgåelseshensigt dokumenteres, men problemstillingen overlades i sidste ende til domstolene.<sup>126</sup>

Der må imidlertid være mulighed for at statuere identifikation, uden tilstedeværelsen af hverken overdragelse og succession, i et videre omfang end anført i den kommenterede lov og behandlingen i Justitia, således skal hertil erindres, at udarbejdelsen af førnævnte er sket forinden afsigelsen af UfR2001.2045H og UfR2000.493Ø. Der forefindes imidlertid hverken megen retspraksis eller litteratur om identifikation indenfor miljøretten, men en konkret vurdering må undtagelsesvist kunne føre til en statuering heraf, hvorved pligten, i henhold til et offentligretligt ansvar, får virkning for et andet selskab end forurenerselskabet. Udledningen herom understøttes, i et vist omfang, af dels betænkningen til Jordforureningsloven samt dels UfR2001.479B og UfR2003.193B, eftersom der heri ligeledes er fremført betragtninger om muligheden for miljøretlig identifikation i forbindelse med et offentligretligt ansvar. En statuering af identifikation vil herefter antageligvis være nærliggende overfor formelt eller materielt koncernforbundne selskaber, hvis selskaberne reelt fungerer som en enhed eller er sammenfaldende, ligesom det endvidere kan tillægges betydning, hvorvidt selskabsopdelingen er et udtryk for en forretningsmæssig eller driftsmæssig realitet, eller om den formelle konstruktion alene skal varetage et omgåelseshensyn.

Der kan endvidere henvises til, at der indenfor det miljøretlige regelsæt er skabt hjemmel til hæftelsesgennembrud i amerikansk, tysk samt til dels svensk ret, hvorved selskabet, der står bag forurenerselskabet, kan gøres ansvarlig for en indtruffen forurening.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Moe, Mogens m.fl.; Miljøret; 5. udgave; 1. oplag; side 152

<sup>124</sup> Pagh; Peter; Jordforureningsloven med kommentarer; 2000; 1. udgave; 1. oplag; side 253

<sup>125</sup> Hansen; Thomas Bøgholm; Justitia nr. 1; Januar 2000; 23. Årgang; side 36

<sup>126</sup> Betænkning fra Miljøstyrelsen; 1995; nr. 1; side 207

<sup>127</sup> Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Dansk og international koncernret og koncernskatteret; 1. udg.; 1. oplag; side 134

Der opstår ligeledes en interessant problemstilling, i tilknytning til anvendelsen af reglerne om selvhjælpshandlinger, hvorefter tilsynsmyndigheden på adressatselskabets regning kan foranledige udførelsen af påbudte foranstaltninger. I forlængelse heraf kan, som kuriosum tilføjes, at der ved jordforurening ikke er ret til udpantning for afholdte udgifter hertil, i modsætning til anden forurening, hvorfor myndigheden ved manglende betaling alene er henvist til domstolsprøvelse, JFL § 90, stk.1, nr.5 sammenholdt med MBL § 70, stk.3. Domstolene har herefter konkret vurderet omhandlede tvister efter erstatningsrettens almindelige principper, hvorved myndigheden anses for den skadelidte part, mens forureneren oftest er identisk med skadevolderen.<sup>128</sup>

Der er imidlertid ingen garanti for, at et erstatningsansvarligt selskab har tilstrækkelig kapital til at erstatte tabet vedrørende regningen for selvhjælpshandlingen, således er det ulovhjemlede hæftelsesgennembrud muligvis anvendeligt, navnlig henset til at myndigheden er retsbrudskreditor, ligesom opretholdelsen af en begrænset hæftelse kan være urimelig i tilfældene, hvor et forurenersansvar er indkapslet i et tyndt kapitaliseret datterselskab, jf. om hæftelsesgennembrud i afsnit 5.1.2.1.

I forbindelse med implementeringen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/35/EF af 21. april 2004 (Miljøansvarsdirektivet) fremsatte Miljøministeren lovforslag nr. 175-176, men Danmark nåede imidlertid ikke, at implementere direktivet inden fristen den 30. april 2007, idet lovforslagene trækkes tilbage 22.maj 2007.<sup>129</sup>

Der er efterfølgende den 12. marts 2008 fremsat to nye lovforslag nr. 118 og 119, der herved skal implementere Miljøansvarsdirektivet i dansk lovgivning, men forholdet herom ses ikke at påvirke muligheden for at statuere identifikation eller hæftelsesgennembrud, således er ovenstående gennemgang ligeledes aktuel efter nærværende implementering. Om direktivets operatørbegreb herefter kan opfyldes af et moderselskab til et forurenende datterselskab afhænger af, hvem der reelt har den relevante økonomiske beslutningskompetence, ligesom der herved kan henses til, om virksomheden i datterselskabet, gennem moderselskabets overordnede ledelse, er tilrettelagt på en sådan måde, at miljøskaden er uundgåelig.<sup>130</sup>

Afslutningsvis kan således udledes, at et selskab selvstændigt kan opfylde betingelserne for at være et ansvarssubjekt, ligesom et moderselskab, gennem en direkte ledelse af datterselskabet, herved kan handle erstatningspådragende samt endeligt må en undtagelsesvis statuering af identifikation og hæftelsesgennembrud, kunne sidestille et andet koncernselskab med forurenerselskabet.

---

<sup>128</sup> Moe, Mogens m.fl.; Miljøret; 5. udgave; 1. oplag; side 151

<sup>129</sup> Basse, Ellen Margrethe; Miljøretten; Bind 4; Forurenende anlæg og processer; 2.udgave; 1.oplag; side 145

<sup>130</sup> Basse, Ellen Margrethe; Miljøretten; Bind 3; Affald, jord, vand og råstoffer; 2.udgave; 1.oplag; side 62



## 5.6. Udbuds- & konkurrenceregler

Udbudsreglerne indeholder formelle procedurer vedrørende offentlige myndigheders indkøb og anskaffelser, herunder tildeling af offentlige kontrakter, hvis den samlede værdi heraf overstiger en fastsat tærskelværdi, således skal reglerne garantere, at markedsøkonomiens tendenser ligeledes finder anvendelse indenfor den offentlige sektor.<sup>131</sup>

Det er dermed reglernes overordnede formål, at medvirke til skabelsen af det indre marked, idet der herved åbnes op for konkurrencen, ligesom risikoen for anvendelsen af andre hensyn end økonomiske hos myndigheden herved minimeres. Der eksisterer tre kategorier af anskaffelser indenfor udbudsreglerne, nemlig bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter, hvorefter der er pligt til udbud eller udlicitering, såfremt den ordregivende myndighed kontraherer til anden side.<sup>132</sup>

Det kan, som supplement til sidstnævnte, dermed tilføjes, at udbudsreglerne ikke hindrer en national ordning, hvorved en ordregivende myndighed tildeler kontrakten direkte til et 100 % ejet selskab, uden fremsættelse af offentlige udbud, idet overdragelsen sker indenfor enheden. EF-Domstolen har fastslået forholdet herom i AMTAB Servizio SpA, C-410/04, der omhandler tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, men det er imidlertid herefter en forudsætning for undladelsen af offentlig udbud, at myndigheden fører en kontrol med selskabet, der er identisk med en tilsvarende kontrol indenfor egne tjenestegrene, ligesom datterselskabet skal udføre hovedparten af sin virksomhed for myndigheden (præmis 33).

Det er en forudsætning for pådømmelsen af en virksomheds egnethed, at kravet om dokumentation, i henhold til udbudsbekendtgørelsen, er opfyldt, men det er imidlertid ikke alle virksomheder, der herefter har krav på en evaluering af et konkret tilbud. Der skelnes, i tilknytning hertil, mellem på den ene side begrænsede udbud og udbud med forhandling samt på den anden side offentlige udbud, hvor det er karakteristisk for førstnævnte kategori, at der, i tidsmæssig henseende, er en adskillelse mellem bedømmelsen af egnetheden og selve evalueringen af det konkrete tilbud, således er retten til afgivelsen af tilbud udelukkende aktuel for prækvalificerede virksomheder. Den ordregivende myndighed kan dermed ikke acceptere et tilbud fra et ikke-prækvalificeret selskab, selvom selskabet er koncernforbundet med et prækvalificeret selskab, hvorimod retten til fremsættelsen af tilbud, ved offentlige udbud, påhviler alle egnede virksomheder.<sup>133</sup>

Der opstilles i udbudsfasen en række udbudskriterier, hvorefter den enkelte virksomheds egnethed skal vurderes, således henses, blandt andet, til virksomhedens faglige og tekniske kvalifikationer, samt om virksomheden råder over fornødne finansielle og økonomiske ressourcer.<sup>134</sup>

Det er således, i tilknytning hertil, interessant at fastslå, hvorvidt et tilbudsafgivende koncernselskab skal opfylde fastsatte kriterier selvstændigt eller om der, til opfyldelsen heraf, kan henvises til andre

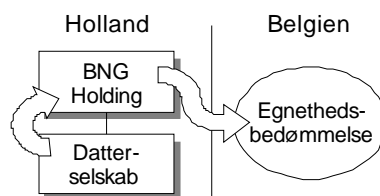
<sup>131</sup> Konkurrencestyrelsen; 9. juni 2006; Udbudsregler – så kan du lære det; afsnit 8. a); www.ks.dk

<sup>132</sup> Fabricius, Jesper og Offersen, René; EU's udbudsregler i praksis; 2. udgave; 1. oplag; side 21

<sup>133</sup> Fabricius, Jesper og Offersen, René; EU's udbudsregler i praksis; 2. udgave; 1. oplag; side 279 + 282

<sup>134</sup> Konkurrencestyrelsen; 9. juni 2006; Udbudsregler – så kan du lære det; afsnit 8. a); www.ks.dk

koncernselskaber, hvorved koncernen kan fremstå som en enhed. Domstolen har, igennem et præjudicielt spørgsmål, givet udtryk for, at et moderselskab, der afgiver tilbud på offentlige bygge- og anlægsarbejder, ved dokumentation for tilstedeværelsen af den fornødne sagkundskab og erfaring, ligeledes kan medtage et datterselskabs kvalifikationer, jf. Ballast Nedam Groep, C-389/92 (BNG I), samt C-5/97 (BNG II).



Den sidstnævnte dom er en præcisering og uddybning af den førstnævnte, hvorfor det herefter er en betingelse for henvisningen, at den dominerende juridiske person reelt fører bevis for en dispositionsret over et datterselskabs sagkundskab. Moderselskabet kan således ikke automatisk foretage en henvisning, ligesom den ordregivende myndighed har ret til at efterprøve, hvorvidt kvalifikationer reelt er opfyldt (BNG II, præmis 11). Dommene er dermed et udtryk for, at datterselskabets ekspertise direkte kan betragtes som tilhørende moderselskabet, idet koncernen, i nærværende sammenhæng, herved kan anses for at udgøre en enhed.<sup>135</sup>

Det foreskrives herudover, at den nationale godkendelsesmyndighed er forpligtet til at tage hensyn til samtlige oplysninger vedrørende koncernselskaberne (præmis 14), hvorimod førstnævnte dom alene indebærer en tilladelse hertil (præmis 18). Det anerkendes således, i herværende partielle henseende, at koncernen fremstår som en enhed på tværs af den formelle opdeling, hvorfor et holdingselskab ikke kan udelukkes fra tilbudsgivningen (BNG II, præmis 10).

Henvisningen til et andet selskab, under en udbudsprocedure, kan imidlertid ligeledes ske til et andet selskab end et datterselskab, hvilket er præciseret af EF-Domstolens præjudicielle afgørelse i Ruhrwasser AG (Holst Italia SpA), C-176/98, vedrørende udbud af offentlige tjenesteydelser, hvorefter et selskab kan henvise til sagkundskaben hos en medstifter af selskabet. Domstolen tilkendegiver således, at der kan henvises til kvalifikationerne hos andre retssubjekter, uanset hvorledes selskabet ellers er retligt forbundet hermed, men det er ligeledes en betingelse herfor, at der føres reelt bevis for råderetten (præmis 31), således er forholdet herom ligeledes anvendeligt indenfor en materiel koncern.

Det skal således bemærkes, at den ordregivende myndighed, i forbindelse med egnethedsbedømmelsen, ikke kan stille krav om, at det tilbudsafgivende selskab selvstændigt opfylder samtlige fastsatte kriterier, hvis selskabet kan godtgøre at have rådighed over en eventuel manglende ressource. I forlængelse af ovenstående praksis fra EF-Domstolen kan det afslutningsvis tilføjes, at der efterfølgende, med hensyn til økonomisk og teknisk formåen, er indført bestemmelser herom i Udbudsdirektivet artikel 47, stk.2 og 48, stk.3.

<sup>135</sup> Festskrift til Claus Gulmann; 1. udgave; 1. oplag; side 499

Det europæiske fællesskab hviler på et princip om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, hvorved det er konkurrencerettens formål at fremme den økonomiske efficiens, idet der herigennem foretages indgreb mod konkurrencebegrænsende aftaler, EF-traktatens artikel 81, samt ligeledes mod misbrug af dominerende stilling, EF-traktatens artikel 82.

Det skal anføres hertil, at konkurrencereglerne ligeledes er anvendelige ved ordregivende myndigheders aftaler, i henhold til udbudsreglerne, hvis myndighedens aktivitet har karakter af erhvervsvirksomhed. Regelsættene herom er dermed principielt uafhængige, således er en aftale, i overensstemmelse med udbudsreglerne, ugyldig, såfremt den er konkurrencebegrænsende.<sup>136</sup>

Det fremgår, blandt andet, af EF-traktatens artikel 81 (daværende artikel 85), at samtlige aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, samt har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for EU, er uforenelig med fællesmarkedet og dermed forbudt. Det er dermed, i nærværende sammenhæng, interessant, hvorledes koncernbegrebet afgrænses i forhold til konkurrencereglernes virksomhedsbegreb, således har EF-Domstolen, i forlængelse heraf, i Parker, C-73/95 P, konkret taget stilling til, om en aftale mellem koncernforbundne selskaber er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. Det kan herefter konkluderes, at artikel 81 ikke finder anvendelse, såfremt der foreligger én økonomisk enhed, således kan koncernen, i konkurrenceretlig henseende, betragtes som én virksomhed, selvom en koncernintern aftale ligeledes har virkning udenfor koncernen. Parker-koncernen anses herved for en økonomisk enhed, idet datterselskaberne alene agerer gennem direkte instrukser fra moderselskabet, hvorfor det ikke selvstændigt fastsætter den kommercielle adfærd på markedet. Datterselskaberne her dermed ingen reel selvstændighed, i forhold til adfærden på markedet (præmis 16), idet salgs- og marketingsvirksomheden, herunder kontrol af økonomiske forhold samt fastlæggelsen af produktkatalog, ledes af en områdegruppe udpeget af moderselskabet (præmis 15). Koncernens handlemåde kan dermed ikke forbydes konkurrenceretligt, såfremt den, uanset den formelle opdeling, reelt har karakter af én virksomhed, idet undladelsespligten, i relation til konkurrenceforvridende aftaler, herved defineres samlet for koncernen. Det skal herefter afslutningsvis bemærkes, at artikel 81 ikke er anvendelig på en aftale, indenfor en økonomisk enhed, mellem et koncernselskab og et moderselskab, hvorved den overordnede kommercielle adfærd på markedet fastlægges, ligesom en aftale med et andet koncernselskab end moderselskabet heller ikke omfattes heraf, hvis selskaberne er undergivet den samme centrale kontrol, i tilknytning til nærværende adfærd.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Fabricius, Jesper og Offersen, René; EU's udbudsregler i praksis; 2. udgave; 1. oplag; side 40

<sup>137</sup> Hansen, Kim Lundgaard; EU-konkurrenceretten; 1. udgave; 1. oplag; side 46

## 5.7. Insolvensret

Indenfor insolvensretten forefindes hovedsagligt reglerne vedrørende konkurs, der herved kan karakteriseres som insolvensbehandlingssystemets grundinstrument, men Konkursloven (KL) indeholder endvidere bestemmelser om akkord, gældssanering og betalingsstandsning. I forbindelse med en konkurs likvideres skyldnerens formue, hvorefter provenuet udloddes til ligelig fordeling mellem kreditorerne, efter rækkefølgen i konkursordnen, hvorfor der ikke må forekomme en forfordeling af visse kreditorer, hvilket garanteres via lovens regler om omstødelse.<sup>138</sup>

Gennemgangen nedenfor er således centreret om konkurs og omstødelse, idet retspraksis her indenfor har statueret identifikation, navnlig såfremt den selskabsretlige formalitet ikke er i overensstemmelse med realiteten.

### 5.7.1. Konkurs

Et koncernselskabs selvstændige retssubjektivitet indebærer, at det selvstændigt kan erklæres konkurs, således skal Skifteretten for hvert enkelt selskab i koncernen, hvorom konkursbegæring er indgivet, vurdere, hvorvidt det er solvent eller insolvent, ligesom der skal opgøres selvstændige bo for de herefter konkurserklærede selskaberne.<sup>139</sup>

Det er, i relation til en selvstændig konkursbehandling, af afgørende betydning, hvorvidt koncernselskabet reelt driver en virksomhed med hertil hørende karakteristika, eller om selskabet alene er en formalitet, hvorved oprettelsen alene hviler på enten en omgåelse eller en forfordeling af visse kreditorer. Identifikationen mellem selskaberne er dermed nærliggende og en ikke videre intensiv foranstaltning, hvis et selskab er en formalitet, hvorfor retspraksis, i en række tilfælde, herved har defineret ret og pligt samlet for de involverende koncernselskaber. Der kan hertil eksempelvis fremhæves UfR1980.806V, hvor medarbejderne i et datterselskab kan anmelde lønkravene i moderselskabet, idet selskaberne, igennem identifikation, anses for ét retssubjekt i den konkrete sammenhæng. Omstændigheder forholder sig således, at produktionen, samt tilhørende medarbejdere, overdrages fra moderselskabet til et datterselskab, hvorefter førstnævnte selskab køber produktionen hos sidstnævnte for et beløb svarende til lønudgifterne. Landsretten tilsidesætter imidlertid denne selskabsretlige konstruktion, idet en fastholdelse heraf medfører, at medarbejderne stilles urimeligt, såfremt moderselskabet ikke hæfter for lønkravene. Det fremhæves, i begrundelsen for dommen, at moderselskabet ejer samtlige aktier i datterselskabet, samt at aktiekapitalen straks efter stiftelsen udlånes til moderselskabet, hvorfor der ikke er kapital i datterselskabet. Der henvises endvidere eftertrykkeligt til, at den overordnede ledelse i selskaberne er identisk, hvorfor bestyrelsen i datterselskabet ikke reelt har selvstændig beslutningsmyndighed, således fungerer datterselskabet udelukkende som mellemed ved lønudbetalinger.

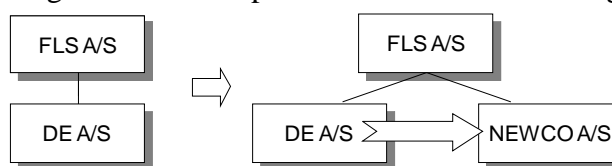
<sup>138</sup> Petersen, Lars Lindenchrone m.fl.; Dansk insolvensret; 1. udgave; 1. oplag; side 17

<sup>139</sup> Gomard, Bernhard; Aktieselskaber & anpartsselskaber; 4. omarbejdede udgave; 1. oplag; side 71

Afslutningsvis kan således fremhæves, at moderselskabet, efter de foreliggende omstændigheder, er den reelle arbejdsgiver, ligesom datterselskabet alene, grundet lønmodtagerhensyn, er oprettet proforma, hvorfor det herved er nærliggende at udtrække pligten, gennem identifikation mellem moderselskabet og datterselskabet, i relation til medarbejdernes lønprivilegium.

Forholdet om en selvstændig konkursbehandling indebærer formentlig ligeledes, at det er juridisk holdbart, i rekonstruktionsøjemed, at isolere et kriseramte selskab i en koncern, mens virksomhedsaktivitet herefter overdrages og videreføres i et søsterselskab. Det er imidlertid en forudsætning for bibeholdelsen af aktiviteten, at en hidtidigt oparbejdet formue, samt et kapitaliseret armslængde vederlag for virksomheden, herunder goodwill, forbliver fastlåst i det kriseramte selskab. Konstruktionen medfører således ikke, at kreditorernes stilling forringes, idet den fastlåste kapital varetager deres interesser i det kriseramte selskab, men herudover er det naturligtvis et krav, at selskabets aktiver fordeles ligeligt. Det er herudover en betingelse for den juridiske holdbarhed af rekonstruktionen, at usikret gæld ikke medfølger til søsterselskabet, hvilket derimod er tilfældet i UfR1989.812H, hvorfor en udækket kreditor tilkendes erstatning for det herved opståede tab.<sup>140</sup>

Den ovenstående rekonstruktionsmodel er i praksis anvendt af Dansk Eternitfabrik A/S, hvor en rekonstruktion er aktuel, idet der eksisterer en nærliggende fare for kostbare mangelsager mod selskabet, således overføres aktiviteten heri, på armslængde vilkår, til et nyt søsterselskab, hvorved førstnævnte selskab står tilbage som skraldespand for de verserende mangelsager.



I den konkrete tvist bliver eventualkravet imidlertid ikke til et aktuelkrav, UfR2002.249H, men til trods herfor er der formentlig, selvom den juridiske holdbarhed af rekonstruktionen ikke er prøvet for domstolene, ikke efterfølgende noget at bebrejde hverken moderselskabet eller det nye søsterselskab, hvis betingelserne ovenfor er opfyldt, samt at der mellem søsterselskaberne foreligger og opretholdes en klar adskillelse.<sup>141</sup>

Der skal, som afslutning herpå, ligeledes fremhæves UfR1997.179H, der er endnu et eksempel på en rekonstruktion, men i denne sammenhæng fremsættes et tilkendt mangelskrav hos et anpartsselskab efterfølgende mod den fysiske anpartshaver. I tilknytning til den konkrete rekonstruktion overføres aktiviteten fra et helejet anpartsselskab til et andet helejet anpartsselskab af den fysiske person, hvorefter omsætningen i førstnævnte falder drastisk, men ikke desto mindre afholdes vedvarende personale- og andre driftsudgifter heri. Selskabet erklæres herefter konkurs, hvorved boet slutes uden dækning af usikrede kreditorer, således forsøges ansvaret at gøres gældende overfor den fysiske hovedanpartshaver. Højesteret finder imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at den bestemmende indflydelse i selskaberne er anvendt til at tilrettelægge

<sup>140</sup> Werlauff, Erik; Selskabsskatteret 2007/08; 9. udgave; 1. oplag; side 575

<sup>141</sup> Werlauff, Erik; Selskabsskatteret 2007/08; 9. udgave; 1. oplag; side 576

forbindelsen således, at en personlig hæftelse er aktuel. Det kan imidlertid udledes af dommen, at den herværende rekonstruktion er tæt på grænsen af det juridisk tilladelige, idet der herved kan henvises til, at sagens omkostninger, efter de foreliggende omstændigheder, bortfalder, samt Højesterets formulering i begrundelsen, jf. desuden afsnit 5.1.2.1 om hæftelsesgennembrud.<sup>142</sup>

### 5.7.2. Omstødelse

Det er en grundlæggende betingelse indenfor konkursretten, at kreditorerne skal fyldestgøres ligeligt, således må en berigelse af visse kreditorer frem for andre ikke finde sted. Omstødsreglerne i Konkursloven kapitel 8 medvirker til en sikring heraf, idet der herigennem opnås en form for beskyttelse med tilbagevirkende kraft. Kreditorbeskyttelsen indebærer, at dispositioner foretaget indenfor et vist tidsrum af fristdagen, under visse betingelser, kan fordres omstødt. Der sker, i forhold til transaktioner mellem koncernselskaber, endvidere en udvidelse af tidsperioden, idet koncernselskaber, i henhold til KL § 2, nr.3, har karakter af nærstående.

Omstødsesspørgsmålet i koncernforhold er af retspraksis behandlet i UfR1968.766H, hvor det er til afgørelse, om en beløbsmodtager kan støtte ret på et datterselskabs betaling forud for moderselskabets konkurs, eller om udbetalingen reelt hidrører fra moderselskabet. Højesteret statuerer, i den konkrete tvist, identifikation mellem selskaberne, idet datterselskabet hverken har aktiekapital eller anden kapital til rådighed, ligesom direktionen er identisk, samt at datterselskabets formål reelt alene er at administrere moderselskabets indtægter. Det er endvidere ved sagens afgørelse lagt til grund, at kreditorerne er bekendt med, at beløbet reelt hidrører fra det konkursramte selskab, hvorfor kreditorerne ikke kan støtte ret på eksistensen af datterselskabet i forhold til moderselskabets konkursbo. De omhandlende kreditorer stilles således efterfølgende som om, betalingerne kommer direkte fra moderselskabet, hvorfor beløbene skal tilbagebetales hertil, idet dispositionen ellers medfører en forfordeling heraf. Det kan således udledes af dommen, at hensynet til de øvrige kreditorer i moderselskabet, der stilles bedre ved identifikationen, overtrumfer hensynet til kreditorer, der opnår en begunstigelse gennem den formelle opdeling.

Der kan, som endnu et eksempel på en tilsidesættelse af en formel selskabskonstruktion, fremhæves UfR1977.526H, hvor to selskaber reelt udgør en enhed, hvorfor en sikkerhedsstillelse fra det ene selskab for det andet selskabs gæld kan omstødes efter dagældende KL § 21, eftersom der reelt er tale om pant for egen gæld. Identifikationen begrundes med, at der med hensyn til ledelsen, samt de økonomiske og regnskabsmæssige forhold, ikke foreligger nogen klar adskillelse mellem selskaberne. Herudover bemærkes desuden, at det for pantaver har stået klart, at den nære sammenhæng mellem selskaberne er af væsentlig betydning for sikkerhedsstillelsen, således kan panteretten ikke gøres gældende overfor boet.

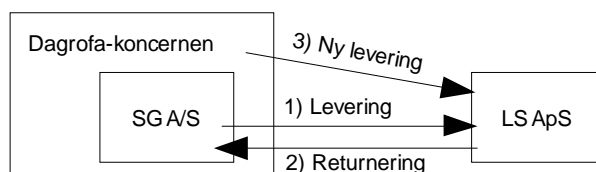
Det kan dermed fremhæves, at tilsidesættelsen af det formelle sker til fordel for det reelle, hvorfor ret og pligt, i relation til omstødelse, defineres samlet, idet der ikke eksisterer en klar adskillelse

---

<sup>142</sup> TFS1997.822

mellem selskaberne. Intensiteten i nærværende indgreb kan imidlertid ikke karakteriseres som videre intensivt, når der ligeledes henses til, at kreditorerne er bekendt med selskabernes reelle forhold.

Identifikationen er imidlertid statueret til fordel for en koncern i UfR1994.621H, idet koncernen herefter betragtes som én leverandør, hvorfor der ikke kan ske omstødelse af en varereturnering til et koncernselskab, hvorved forfalden gæld indfries, idet der efterfølgende sker levering fra andre koncernselskaber.



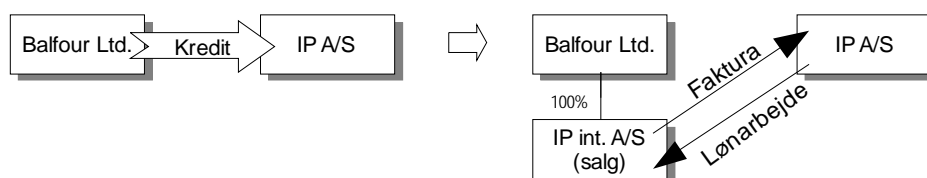
Landsretten finder ikke desto mindre, at returneringen udgør en betaling med usædvanlige betalingsmidler, hvorfor omstødelse er aktuel, idet kreditor herigennem opnår en berigelse, således hviler dommen på en flerhedsbetragtning af koncernen. Holdningen herom afvises imidlertid af Højesteret, idet koncernen, i forbindelse med omstødelsspørgsmålet, er at anse for en enhed. Begrundelsen for enhedsbetragtningen sker med henvisning til, at ordreafgivelse alene sker til ét koncernselskab, hvorefter den opsplittes alt efter hvilken virksomhed, der er leveringsdygtig, således har kunden reelt ingen indflydelse på, hvorfra i koncernen leverancen hidrører. Endvidere fremhæves en konkret procedure i koncernen, hvorefter samtlige selskaber, i tilfælde af en misligholdelse overfor ét koncernselskab, skal standse leverancerne, samt endeligt at koncernen, efter returneringen af varerne, genoptager leveringen. Returneringen er således ikke til skade for kundens kreditorer, eftersom koncernen samlet udvider kreditten heroverfor, i form af vareleverancer fra andre koncernselskaber (modregning), ligesom det er en formsag hertil, hvorfra i koncernen leveringen forefindes.

### 5.7.3. Finansiering via selskabsopsplitning

Finansiering via selskabsopsplitning er normalt kendetegnet ved, at en eksisterende virksomhed opdeles i et hovedselskab (moderselskab) og et finansselskab (datterselskab), hvorved det i større omfang er muligt at finansiere moderselskabets fortsatte drift. Overordnet indebærer konstruktionen, at moderselskabet herefter overfører aktiverne, der skal danne sikkerhed for den fortsatte finansiering, til datterselskabet. Långiver yder således, i takt med overførelserne, kredit til datterselskabet, ligesom datterselskabet løbende overfører modtagne beløb til moderselskabet, hvorved moderselskabet fortsat finansieres. Det aftales endvidere, at långiveren, i vidt omfang, skal være den eneste tilstedeværende kreditor i datterselskabet, men det er imidlertid af afgørende betydning for opretholdelsen heraf, at der ikke kan statueres identifikation mellem selskaberne.<sup>143</sup>

<sup>143</sup> UfR1987.82B

Der kan eksempelvis fra retspraksis fremhæves UfR1978.880H, hvori finansieringskonstruktionen er lidt anderledes end ovenstående, men ikke desto mindre afvises et selskab, uden reel drift, separatiststilling i et varelager, eftersom selskabet identificeres med et konkursramt selskab. Grundet betalingsvanskeligheder hos et aktieselskab (IP A/S) aftales en moratorieordning med tre af selskabets største kreditorer, heriblandt et engelsk finansieringsselskab (Balfour Ltd.), der i den anledning opretter et dansk varelagerselskab (IP int. A/S), hvorigennem den fortsatte finansiering af førstnævnte skal foregå. Der vedtages, i forbindelse hermed en samarbejdsaftale, hvorefter aktieselskabet udelukkende skal udføre lønarbejde, samt stille personale og kontorfaciliteter til rådighed, for varelagerselskabet, hvorimod sidstnævnte selskab skal forestå leveringen af råvarerne hertil, ligesom det endelige salg sker herigennem, således skal konstruktionen medføre, at ejendomsretten til råvarer og færdigvarer tilhører varelagerselskabet.

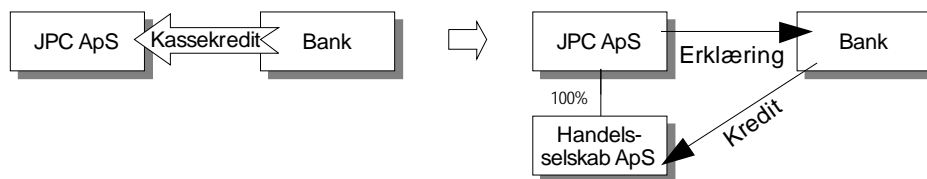


Højesteret tilsidesætter imidlertid ovenstående konstruktion, idet samarbejdsaftalen ikke skaber ejendomsret for varelagerselskabet, således forudsætter en sådan rettighed, at selskabet udøver en reel og selvstændig erhvervsvirksomhed, hvilket hverken er aktuelt med hensyn til køb af råvarer eller i forbindelse med salget af færdigvarer. Dommens begrundelse henviser herved til, at færdigvaresalget sker for aktieselskabets regning og risiko, idet eventuelle tab skal bæres heraf, ligesom det ligeledes indestår for kundernes direkte betaling til varelagerselskabet. Formålet med konstruktionen er således alene at sikre og begunstige finansieringsselskabets tilgodehavende hos aktieselskabet, i forhold til øvrige kreditorer, hvorfor tilsidesættelsen af den formelle konstruktion indebærer, at ejendomsretten til varelageret ikke kan opretholdes.

Det kan dermed udledes heraf, at domstolene ikke anerkender enhver form for sikkerhed, således kan en formel selskabskonstruktion ikke medføre en omgåelse af konkursrettens regler om pant i varelager, hvortil det er et krav for opnåelsen af omsætnings- og kreditorbeskyttelse, at sikringsakten, her rådighedsberøvelse, iagttages, medmindre overdragelsen er en reel disposition.

Det kan fremføres endnu et eksempel, UfR1986.697V, hvorved der sker finansiering gennem selskabsopsplitning, men heri statueres imidlertid ikke identifikation mellem et konkursramt moderselskab og dets datterfinansselskab, i forbindelse med en betaling foretaget efter fristdagen. Moderselskabet opretter herved et nyt helejet datterselskab til fakturabelåning, idet selskabet er i likviditetsvanskeligheder, således får långiver, gennem finansieringskonstruktionen, sikkerhed i udestående fordringer hos datterselskabet. Der fremsættes endvidere en tilbagetrædelseserklæring overfor banken, hvori det anføres, at moderselskabet træder tilbage med selskabets tilgodehavende hos datterselskabet til fordel for banken.

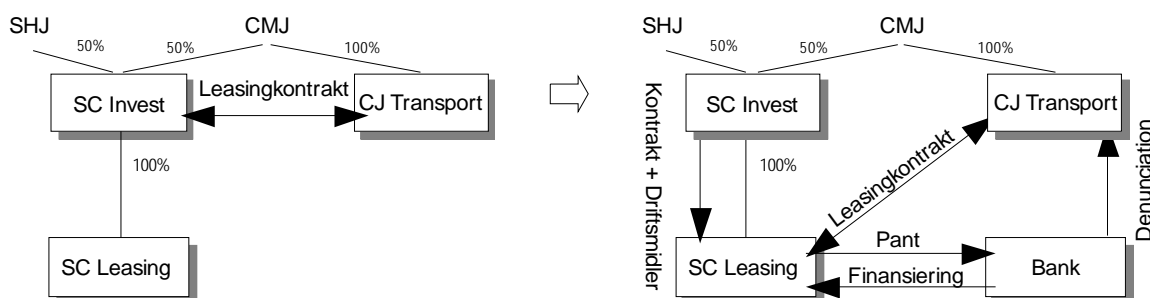




Forretningsgangen ved optagelse af ordre hos koncernen er herefter tilrettelagt således, at der udstedes faktura af moderselskabet i datterselskabets navn, hvorefter betalingen skal ske til sidstnævnte, ligesom der internt i koncernen fremsendes en faktura, med 5 % rabat, fra moderselskabet til datterselskabet. Moderselskabets konkursbo påstår imidlertid omstødelse af en betaling foretaget af datterselskabet efter frisdagen i moderselskabet, under anbringende om at selskaberne er identiske, men forholdet herom afvises af Landsretten. Afvisningen begrundes med, at selskabernes økonomi og regnskab er holdt adskilt, ligesom tab på datterselskabets udestående fordringer bæres af selv samme, samt at selskaberne har selvstændig bankkonto. Konstruktionen findes ligeledes at være etableret for at sikre den kommende finansiering af virksomheden, og således ikke for til banken at stille sikkerhed for gammel gæld, idet adskillelsen mellem selskaberne er reel, hvorved den formelle opdeling stemmer overens med den reelle aktivitet i selskaberne.

Finansieringsarrangementet opretholdes dermed i dommen, eftersom ejendomsretten til varerne reelt er overdraget til datterfinansselskabet, men findes overdragelsen, i modsætning hertil, alene at vedrøre fordringerne, stilles krav om en iagttagelse af sikringsakten (denunciation) for opnåelsen af omsætnings- og kreditorbeskyttelse. Det er således af betydning for domsafsigelsen, at der er tale om reelle virksomheder, hvori udøves selvstændig erhvervsvirksomhed med tilhørende fortjeneste og risiko, hvorfor finanskonstruktionen ikke konkret findes at være kunstig.

Der kan, som afsluttende eksempel på et sikkerhedsarrangement, ligeledes tilføjes UfR2002.139H, hvor en bank findes erstatningsansvarlig for skatteministeriets momstax, i forbindelse med afhændelsen af angiveligt håndpantset driftsmateriel. I den konkrete sag overdrager SC Invest, der driver leasingvirksomhed med køb og udlejning af lastvognstog, i 1992 en væsentlig del af leasingkontrakterne, samt underliggende driftsmidler, til datterselskabet SC Leasing. Datterselskabet er helejet og har samme ledelse som moderselskabet, ligesom omtrent  $\frac{3}{4}$  af overdragne leasingkontrakter er indgået med CJ Transport, hvis relation til førstnævnte selskaber er meget nær, jf. nedenstående illustration. Finansieringen af datterselskabets køb af lastvognstogene, der efterfølgende leases til CJ Transport, sker gennem bankfinansiering, hvorved banken, til gengæld herfor, får håndpant i driftsmidlerne. I forlængelse heraf foretager banken denunciation overfor CJ Transport, hvorefter betaling med frigørende virkning udelukkende kan ske til banken. Det fremhæves desuden herved, at det lejede driftsmateriel, med respekt af lejeretten, er håndpantset til banken, således besidder selskabet pantet på bankens vegne, hvorfor enhver udlevering eller tilbagelevering heraf kræver bankens samtykke.



I forbindelse med CJ Transports konkurs den 11. februar 1993 underskrives overfor banken en salgsfuldmagt, der herefter danner grundlag for en nedbringelse af datterselskabets gæld, idet salgsprouvet, herunder moms, dermed afskrives på gælden i perioden frem til SC Leasings konkurs den 16. juni 1993. Skatteministeriet anlægger herefter en erstatningssag mod, blandt andet, banken med krav om erstatning for momsen, i forbindelse med bankens salg af leaset materiel, hvorfor det desuden er til afgørelse, hvorvidt håndpantet har retsvirkning, hvilket er af betydning for sammenhængen i nærværende afsnit.

Landsretten finder, efter en række indledende overvejelser, at håndpantens gyldighed alene hviler på, hvorledes banken har opretholdt en effektiv rådighedsberøvelse af de håndpantssatte aktiver hos CJ Transport. Det fremhæves hertil, at der mellem SC Leasing og CJ Transport har været en meget nær forbindelse, grundet et væsentligt personsammenfald i ejerkreds og bestyrelse, således identificeres selskaberne i et vist omfang med hinanden, uanset om hjemstedet og den daglige drift ikke er identisk heri. Den nære forbindelse er således udslagsgivende for bedømmelsen af håndpantets retsvirkning, idet en effektiv rådighedsberøvelse, i tilfælde heraf, forudsætter særlige kontrolforanstaltninger fra bankens side. Der findes imidlertid ikke at være etableret særlige foranstaltninger for opretholdelsen af den effektive rådighedsberøvelse, således er håndpantet uden retsvirkning, hvorfor den konkrete denunciation ikke alene har karakter heraf.

Højesteret tiltræder ligeledes, at håndpantet ikke er gyldigt med anførelse af, at der, grundet den nære forbindelse mellem selskaberne, kræves særlige kontrolforanstaltninger for, at rådighedsberøvelsen er effektiv. I tilknytning til erstatningsspørgsmålet bemærkes, at det må fremstå klart for selskabet og banken, at førstnævnte er insolvent, således er det ikke selvstændigt i stand til at afregne momsen, hvis den er anvendt til en nedbringelse af gælden. Højesteret finder, under disse omstændigheder, at banken har handlet ansvarspådragende, hvorfor den er erstatningsansvarlig for momstabet.

Det kan således generelt udledes af ovenstående domme, at selskabskonstruktioner ikke kan bevirke en tilsidesættelse af det klassiske krav om rådighedsberøvelse, ligesom en identifikation er yderst nærliggende overfor nært forbundne selskaber. Det skal hertil yderligere fremhæves, at en effektiv rådighedsberøvelse ikke alene kan opretholdes af et nært forbundet selskab, hvorfor der, til opfyldelsen heraf, forudsættes en ekstern kontrollant.<sup>144</sup>

<sup>144</sup> Werlauff, Erik m.fl.; Kreditretten; 4. udgave; 1. oplag; side 246

Afslutningsvis skal anføres, at udskilningen af formuegoder via selskabsopsplitning, hvad enten der er tale om fakturaer, UfR1986.697V, varelager, UfR1978.880H, eller leasingkontrakter med underliggende driftsmidler, UfR2002.139H, er af beskeden betydning, efter indførelsen af virksomhedspant og fordringspant, henholdsvis Tinglysningsloven § 47c og § 47d. Indehaveren af en erhvervsvirksomhed kan herefter underpantesætte, hvad virksomheden ejer og fremtidigt erhverver (virksomhedspant), ligesom der kan fremsættes underpant i virksomhedens udestående og fremtidige simple fordringer hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser (fordringspant).

## 6. Analyse

Det skal, i nærværende afsnit, analyseres nærmere, hvorvidt der for ovenstående retsområder kan udledes samlede grundsætninger vedrørende en identifikation mellem koncernselskaber, således fremhæves først og fremmest det enkelte retsområdes særpræg, forinden samlede grundsætninger, i særdeleshed vedrørende den ulovhjemlede identifikation, udledes.

Selskabsretten anerkender, via en række bestemmelser i Aktieselskabsloven, koncernen som en enhed, hvorfor ret og pligt, i et vist omfang, defineres samlet for en formel koncern, selvom selskaberne i traditionel selskabsretlig forstand er selvstændige retssubjekter. Anerkendelsen heraf indebærer imidlertid ikke tillige et moderselskabs ledelsesret overfor et datterselskab, hvorfor en indflydelse på forholdene hos datterselskabet alene kan udøves på dettes generalforsamling, men en implementering af Rozenblum-doktrinen i dansk ret modificerer forholdet herom.

Der skal hertil endvidere anføres, at en forkøbsret skal respekteres af en koncern, hvorfor den, i forhold til rettighedshaveren, ikke herved fremstår som en enhed, således udløses rettigheden ligeledes ved koncerninterne afhændelser. Derimod aktualiseres en forkøbsret til aktier i et datterselskab umiddelbart ikke, såfremt aktierne i moderselskabet afhændes, eftersom det herefter stadig er den samme juridiske person (moderselskabet), der ejer aktierne i datterselskabet, ligesom tilbudspligten, vedrørende en udlejningsejendom, heller ikke udløses, hvis overdragelsen af aktiemajoriteten forekommer i et moderselskab, hvis datterselskab (ejendomsselskab) ejer en tilbudspligtig ejendom. Der forefindes derimod hjemmel til en afståelse af samtlige transmissionsandele til staten, EL § 35, stk.2, hvis ejerskiftet ligeledes sker i en virksomhed (et moderselskab), der direkte eller indirekte besidder majoritetsandele i virksomheden (et datterselskab), der ejer det omhandlende net til elforsyning (transmissionsandele).

Indenfor retsområdet selskabsret eksisterer desuden en risiko for hæftelsesgennembrud mellem koncernselskaber, men en statuering heraf skal alene reserveres til tilfælde, hvor et koncernselskab er kvalificeret underkapitaliseret, således kapitaliseringen og aktivitetens risiko er i åbenbar disharmoni, ligesom opretholdelsen af den begrænsede hæftelse skal forekomme overordentlig urimelig for tvangskreditor.

Regnskabsretten anskuer ligeledes koncernen som en enhed, ligesom ovenstående bestemmelser i Aktieselskabsloven, idet koncernregnskabet skal udarbejdes på en sådan måde, at koncernen fremstår som én virksomhed, hvorfor resultat, aktiver, passiver, finansielle stilling, anvendt regnskabspraksis samt noteapparatet vises samlet for koncernen heri.

Et koncernselskab er et selvstændigt retssubjekt, hvorfor det herefter alene hæfter for egen gæld, men forholdet herom hindrer imidlertid ikke, at et moderselskab, gennem aftale, stiller sikkerhed for et datterselskab, hvorved koncernen aftalemæssigt kan anses for en enhed. I forlængelse heraf skal långiver ikke desto mindre være opmærksom på, at en majoritetsændring i låntagerselskabet ikke indebærer restgældens forfald, med henvisning til bristede forudsætninger, hvorfor koncernen, i forhold til en låneaftale, ikke er en enhed, medmindre forholdet er specificeret i låneaftalen

(covenants). Koncernen udgør ligeledes ikke en enhed ved koncerninterne overdragelser, hvorfor koncernselskaberne, i forhold til en rettighedshaver, er selvstændige retssubjekter, hvorved ret og pligt defineres særskilt, således har koncerndispositionen virkning som en overdragelse mellem uafhængige parter.

Det skal herudover bemærkes, at et koncernselskab kan ifalde et aktionæransvar, såfremt en handling eller undladelse er forsætlig eller grov uagtsomt, men derimod er et moderselskab (majoritetsaktionær), der udøver faktisk koncernledelse over et datterselskab, erstatningsansvarlig efter den almindelige erstatningsregel, hvorved simpel uagtsomhed er tilstrækkelig. Koncernen fremstår således, i sidstnævnte situation, ledelsesmæssigt som en enhed, idet moderselskabets ledelse ligeledes anses for datterselskabets ledelse. Det kan desuden udledes, i tilknytning til erstatningsretten, at identitetsbetingelsen, i relation til modregning, ikke er opfyldt mellem på den ene side koncernselskaber samt på den anden side en medkontrahent, ligesom et erstatningsretligt tab selvstændigt skal opgøres for hvert skadelidt selskab, medmindre en helhedsvurdering undtagelsesvist fører til, at selskaberne reelt fungerer som en integreret helhed. Der kan ved helhedsvurderingen heraf henses til, hvorvidt en af virksomhederne selvstændigt kan afhændes samt endvidere sammenfaldende ejerkreds, drift og handel.

Koncernselskaberne identificeres yderligere med hinanden, i forhold til udbudsreglerne og konkurrencereglerne, hvis koncernen henholdsvis fører bevis for en dispositionsret eller udgør en økonomisk enhed, hvorved det til sidstnævnte er afgørende, om moderselskabet fastsætter datterselskabets kommercielle adfærd på markedet. En statuering af en miljøretlig identifikation må ligeledes kunne forekomme, således selskabet, der står bag forureningselskabet, kan gøres ansvarlig for en indtruffen forurening. Udstrækningen af pligten, i henhold til et offentligretligt ansvar, er dermed angiveligt nærliggende, hvis koncernen reelt fungerer som en enhed, eller såfremt en formel konstruktion alene varetager et omgåelseshensyn.

Den selvstændige retssubjektivitet indebærer, at et koncernselskab selvstændigt kan erklæres konkurs, ligesom der antageligvis eksisterer ret til, under iagttagelse af en række krav, en isolering af et kriseramte koncernselskab via rekonstruktion. Retspraksis har imidlertid statueret identifikation i omstødelsesmæssig henseende, hvorved det er tillagt betydelig vægt, om datterselskabet har selvstændig kapital, funktion og ledelse, samt hvorvidt selskabernes økonomi og regnskab er klart adskilt, ligesom tilsidesættelsen af formaliteten oftest er begrundet i et konkret hensyn til kreditorer. Det er desuden altafgørende for opretholdelsen af særbehandlingen, ved finansiering via selskabsopsplitning, at selskabet er en realitet, hvori udøves virksomhed for egen regning og risiko, således er identifikation effektueret overfor proformaselskaber, uden selvstændig beslutningsmyndighed, idet oprettelsen alene er begrundet i hensynet til en omgåelse eller en begunstiggelse af visse kreditorer. I forlængelse heraf kan ydermere tilføjes, at en effektiv rådighedsberøvelse, på vegne af tredjemand, ikke kan opretholdes mellem nært forbundne selskaber,

således kræves hertil særlige foranstaltninger, udover foretagelsen af denunciation, idet de forbundne selskaber, i et vist omfang, identificeres med hinanden.

Det kan, efter ovenstående specificering af særpræg, udledes, at identifikation kan forekomme mellem koncernselskaber via lovhjemmel, hvorefter koncernen kan anses for en enhed, idet betragtningen herom er en forudsætning for enten overholdelsen, aktiveringen eller ikke-omgåelsen af øvrige lovbestemmelser.

Herudover kan sambehandling i koncernen forekomme gennem aftale, således kan moderselskabet herefter frivilligt afgive løfte om en sikkerhedsstillelse for et datterselskabs forpligtelser, selvom det ikke har pligt til en hæftelse heroverfor.

Endeligt er der i retspraksis statueret ulovhjemlet identifikation, men en statuering heraf stiller betydelige krav til begrundelsen herfor, således modificeres det altovervejende udgangspunkt om særbehandling alene, hvis der, efter en konkret vurdering, eksisterer et stort praktisk behov herfor, herunder navnlig af hensyn til udenforstående kontrahenter, samt endvidere såfremt en identifikation er ubetænkelig i den aktuelle situation, idet koncernen ellers kan omgå visse forpligtelser. Det kan desuden udledes, at en identifikation mellem koncernselskaber, hvad enten forbindelsen er formel eller materiel, er nærliggende, når selskaberne fungerer som én virksomhed på tværs af de juridiske enheder, således den selskabsretlige formalitet dermed ikke er i overensstemmelse med realiteten. Det kan, ved den konkrete helhedsvurdering, navnlig være af betydning, hvorvidt selskaberne udøver selvstændig virksomhed for egen regning og risiko, herunder tilstedeværelsen af selvstændig kapital, funktion og ledelse, samt om selskabernes økonomi er klart adskilt, ligesom der desuden kan henses til sammenfaldende ejerkreds, beslutningsmyndighed, drift og handel.

## 7. Konklusion

Det kan, på baggrund af projektet, konkluderes, at det i dansk ret er en altovervejende hovedregel, at et koncernselskab behandles som en selvstændig juridisk person, hvorfor en koncernintern overdragelse ligeledes har virkning for tredjemand, ligesom et koncernselskab herudover selvstændigt kan erklæres konkurs. Der sker ikke desto mindre en modificering heraf, idet lovgivning, aftale eller forholdets natur (dommerskabt ret), i en eller anden partiel henseende, kan udstrække et koncernselskabs ret og pligt, hvorved koncernen herefter udgør en enhed. Identifikationen, i henhold til lovgivningen, er en anerkendelse af, at koncernen, i en række sammenhænge, fremstår som en enhed, ligesom en aftale kan indeholde en fravigelse af særbehandlingen i den traditionelle selskabsret, idet et moderselskab herefter frivilligt kan afgive løfte om sikkerhedsstillelse for et datterselskabs gæld.

Det kan desuden konkluderes, at identifikation mellem koncernselskaber kan forekomme, selvom der ikke foreligger hjemmel eller aftale, men en statuering af en ulovhjemlet identifikation i retspraksis kræver en overordentlig tungtvejende begrundelse. Koncernen kan, efter en konkret helhedsvurdering, undtagelsesvist anses for en enhed, hvis der eksisterer et konkret praktisk behov for en statuering heraf, samt at identifikationen er ubetænkelig efter foreliggende omstændigheder. Det kan desuden hertil konkluderes, at en ulovhjemlet identifikation mellem koncernselskaber, hvad enten forbindelsen er formel eller materiel, er nærliggende, hvis selskaberne fungerer som én virksomhed på tværs af de juridiske enheder, hvorved den selskabsretlige formalitet ikke er i overensstemmelse med realiteten, samt såfremt koncernen ellers omgår påhvilende forpligtelser. Det kan til statueringen heraf tillægges betydning, hvorvidt koncernselskaberne udøver en selvstændig virksomhed, herunder med en tilstedeværelse af selvstændig kapital, funktion og ledelse, for egen regning og risiko, samt om selskabernes økonomi er klart adskilt, ligesom der desuden kan henses til sammenfaldende ejerkreds, beslutningsmyndighed, drift og handel.

Ydermere kan det konkluderes, at der i koncernforhold ligeledes eksisterer en risiko for hæftelsesgennembrud, men det herværende intensive indgreb, i en lovhjemlet begrænset hæftelse, skal alene reserveres til tilfælde, hvor et koncernselskab er kvalificeret underkapitaliseret, hvorved kapitaliseringen og den med aktiviteten forbundne risiko er i åbenbar disharmoni, ligesom opretholdelsen af den begrænsede hæftelse konkret forekomme overordentlig urimelig for en tvangskreditor. Det enkelte koncernselskab bør dermed, for at forebygge risikoen for hæftelsesgennembrud, opfylde elementære selskabsretlige krav, hvorefter selskabet er klart adskilt fra øvrige koncernselskaber, ligesom det enkelte selskab skal være i besiddelse af selvstændig beslutningskompetence, kapital, indtjening samt økonomi og regnskab. Herudover skal koncernselskabet have en, efter omstændighederne, pæn egenkapital i forhold til driftens risiko, ligesom der, i væsentligt omfang, løbende skal foretages reservedannelse heri, samt endeligt bør interne koncernlån undlades.

Endeligt kan desuden konkluderes, at forebyggelsen vedrørende hæftelsesgennembrud, ligeledes generelt imødekommer risikoen for en ulovhjemlet identifikation i retspraksis mellem koncernselskaberne, hvorfor der, ved en konkret helhedsvurdering af foreliggende omstændigheder, omvendt eksisterer en latent risiko for en statuering heraf, hvis en af betingelserne ikke er opfyldt. Afslutningsvis skal det herudover konkluderes, at et koncernselskabs ret og pligt, som altovervejende hovedregel, defineres særskilt, men forholdet herom kan imidlertid modificeres gennem hjemmel, aftale eller forholdets natur (dommerskabt ret), ligesom et moderselskab, i overensstemmelse hermed, ligeledes ikke hæfter for et datterselskab, medmindre moderselskabet afgiver løfte herom, udviser culpa eller der konkret kan statures hæftelsesgennembrud.



## 8. Summary

The candidate's title is "identification between group connected companies – enterprise law as opposed to entity law" for which reason the thesis of this candidate is to analyze when identification between the companies in the group is a possibility (enterprise law), even though entity law is the all-important principal rule under Danish company law.

The thesis has its starting point in a description of the various kinds of acts which can lead to identification, while chapter 3 introduces a definition of the group connected companies to whom identification is relevant. The thesis is hereby of interest to group connected companies, whether the connection between them is formal or materiel, but the concept of a group in this candidate is normally defined as one or more natural or artificial persons who are with overwhelming probability able to control another company's affairs (de facto or de jure).

An analysis of whether the identification deals with a company's right or duty can be found in chapter 4 before chapter 5 demonstrates the concept of identification in different areas of Danish law. Chapter 6 points out joint principles in the different investigated areas in chapter 5, as well as chapter 7 further more concludes when identification between the companies described in chapter 3 are at risk.

The candidate concludes that entity law is the all-important principal rule under Danish company law, but a partial identification between the involved companies is a possibility according to 1) the company acts, because the group companies in this connection appear as a whole, 2) contract law, which contains an agreement to an identification or 3) at last by virtue of a delivered judgment. Furthermore the candidate finds that identification between group companies as a result of a courthouse decision is dependent on a very strong personal economic interest in the company's affairs and the lack of separation between the connected companies.

The candidate suggest hereby that an unwelcome identification seems likely when there is a practical need and if the companies work as one whole enterprise, whereas the formality is not equal to the reality within the group connected companies.

Last but not least it is concluded that a judgemental identification and lifting the veil can be prevented if 1) the company's equity capital is in proportion with the risk connected with the business, 2) the net income earned by the company maintain in the company thus making it possible for the company to consolidate itself, 3) loans between the group connected companies is omitted, 4) decisions in or on behalf of the company is in the interest of the company and not in the interest of the group as a whole, and 5) all formalities according to the company acts is entirely fulfilled by the companies in the group.

## Litteraturliste

### Primær litteratur

**Dansk og international koncernret og koncernskatteret**

Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik; Forlaget Thomson; 2005; 1.udgave; 1.oplag;

*Selskabsret*; Werlauff, Erik; Forlaget Thomson; 2006; 6.udg.; 1. oplag;

*Selskabsmasken*; Werlauff, Erik; Forlaget GAD; 1991

**Aktieselskaber & anpartsselskaber**

Gomard, Bernhard; 1.oplag; 4.omarbejdede udgave; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 2000

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

**Aktie- og anpartsselskabsret**

Andersen, Paul Krüger; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 2006; 9. reviderede udgave; 1. oplag

*Dansk selskabsret 1*; Hansen, Søren Friis og Krenchel, Jens Valdemar; Forlaget Thomson; 1.oplag; 2.udgave; 2006

*Selskabsskatteret 2007/08*; Werlauff, Erik; Forlaget Thomson; 2007; 9. udgave; 1.oplag;

*Skyldforhold*; Werlauff, Erik; Obligationsretlige grundbegreber; Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007 (elektronisk)

*Festskrift til Claus Gulmann*; Forlaget Thomson; 1.oplag; 1.udgave; 2006

*Udbudsregler – så kan du lære det*; Konkurrencestyrelsen; 9.juni 2006; www.ks.dk

*Forurennet jord*; Wenzel, Birgitte Refn og Knudsen, Vivi Bruhn; Forlaget Thomson; 2001; 1. udgave; 1. oplag

*Jordforureningsloven med kommentarer*; Pagh, Peter; Forlaget Thomson; 2000; 1. udgave; 1. oplag

*Miljøret*; Moe, Mogens m.fl.; Forlaget Thomson; 2004; 5. udgave; 1. oplag

*Miljøretten 3*; Basse, Ellen Margrethe (red.); Bind 3; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 2006; 2. udgave; 1. oplag

*Miljøretten 4*; Basse, Ellen Margrethe (red.); Bind 4; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 2007; 2. udgave; 1. oplag

*Boliglovene*; Husen, Anne Louise; Forlagene IDAG og NORDAN; 2004; 4. reviderede udgave; 1. oplag

*Afståelsesret og andre former for lejerskifte*; Faber, Louise; Forlaget Thomson; 2006; 1. udgave; 1. oplag

**Europæisk koncernret - bør koncernretten reformeres og kodificeres?**

Hansen, Søren Friis; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 1996;

*EU's udbudsregler i praksis*; Fabricius, Jesper og Offersen, René; Forlaget Thomson; 2006; 2. udgave; 1. oplag

*EU-Konkurrenceretten*; Hansen, Kim Lundgaard; GadJura; 1998; 1. udgave; 1. oplag

*Lærebog i erstatningsret*; Eyben, Bo von m.fl.; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 2003; 5. udgave; 1. oplag;

*Årsrapporten - Kommentarer til ÅRL bestemmelser*; Steffensen, Henrik m.fl.; 2007; 5. bogudgave (elektronisk)

*Kreditretten*; Werlauff, Erik m.fl.; Forlaget Thomson; 2005; 4. udgave; 1. oplag;

*Grundlæggende aftaleret*; Andersen, Mads Bryde; Gads Forlag; 2002; 2. omarbejdede udgave; 1. oplag;

*Dansk insolvensret*; Petersen, Lars Lindencrone m.fl.; Jurist- og Økonomforbundets Forlag; 1996; 1. udgave; 1. oplag;

*Erhvervslivets lånoptagelse*; Tamasauskas, Andreas; Gjellerup; 2006; 1. udgave; 1. oplag;

*Påbud i jordforureningssager*; Orientering fra Miljøstyrelsen; 2001; nr. 8

*Betænkning fra Miljøstyrelsen*; 1995; nr. 1

## Sekundær litteratur

*Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner*; Gomard, Bernhard; 1. oplag; 1. udgave; GadJura; 1997

## Lovforarbejder

LFF1972-73.1.171	Revisorbiblioteket online
LFF1989-90.1.130	Revisorbiblioteket online
LFF1985-1986.1.182	Revisorbiblioteket online
LFF1990-1991.1.205	Revisorbiblioteket online

## Love mv.

Aktieselskabsloven;	Lovbekendtgørelse nr. 649 af 15. juni 2006
Anpartsselskabsloven	Lovbekendtgørelse nr. 650 af 15. juni 2006
Anpartsselskabsloven	Lovbekendtgørelse nr. 660 af 25. september 1991 (daværende ApL)
Konkursloven	Lovbekendtgørelse nr. 1259 af 23. oktober 2007
Årsregnskabsloven	Lovbekendtgørelse nr. 647 af 15. juni 2006
Tinglysningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 158 af 9. marts 2006
Ligningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1061 af 24. oktober 2006
Straffeloven	Lovbekendtgørelse nr. 1260 af 23. oktober 2007
Elforsyningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006
Selskabsskatteloven	Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007
Jordforureningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 282 af 22. marts 2007
Miljøbeskyttelsesloven	Lovbekendtgørelse nr. 1757 af 22. december 2006
Miljøerstatningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 225 af 6. april 1994
Udbudsbekendtgørelsen	Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004
Udbudsdirektivet	2004/18/EF af 31. marts 2004
Direktiv 2006/68/EF	6. september 2006; om en ændring af Rådets direktiv 77/91/EØF

## Artikler

*Koncern-enhed og ambi-krav*; **Werlauff, Erik**; Tfs1998.178

*Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld*; **Werlauff, Erik**; Tfs1997.822

*Europæisk koncernret, Quo vadis?*; **Andersen, Paul Krüger**; NTS 2006, nr. 4, side 87

*Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966*; **Trolle, J**; UFR1967.89B

*Civilretlig identifikation i relation til kreditorer*; **Pedersen, H.V. Godsk**; UFR1985.352B

*UfR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997*; **Dahl, Børge og Nørgaard, Jørgen**; UFR2000.399B

*Forurenede jord; Ansvarssubjekter ved påbud efter Miljøbeskyttelsesloven og Jordforureningsloven*; **Hansen, Thomas Bøgholm**; **Justitia**; 2000; nr. 1

*Koncernfinansiering, Hvor faktisk forårsagede koncernmellemværender er sunde og uundgåelige, kan de retligt begrundede give anledning til bekymring*; **Werlauff, Erik R&R1992 nr. 6, side 55**

*Ejerskifteafdrag - specielt med henblik på overdragelse af fast ejendom, når debitor ifølge pantebrevet er et fællesskab;* **Nørgaard, Irene UfR1986.27B**

*Retsvirkningen af en hensigtserklæring (støtteerklæring);* **Blok, Peter UfR1994.436B**

*Støtteerklæringer - om Højesterets restriktive praksis;* **Christoffersen, Jonas og Sørensen, Niels Bang R&R1999 nr. 11, side 8**

*Sikkerhedsstillelse i selskabs- og koncernforhold;* **Bundgaard, Jakob R&R2005 nr. 10, side 36**

*Om at læse domme;* **Trolle, J. UfR1970.261B**

*Hvornår er forurenere erstatningsansvarlig for ulovlige påbud - og hvornår er ny operatør ansvarlig for tidligere operatørs ulovligheder?;* **Pagh, Peter UfR2001.479B**

*Købers indtræden i sælgers miljøretlige retsstilling ved virksomhedsoverdragelse;* **Trenskow, Kim UfR2003.193B**

*Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?;* **Berg, Claus og Langsted, Lars Bo UfR1994.183B**

*Selskabstømning efter Højesterets dom i Satair-sagen;* **Gomard, Bernhard R&R1997 nr. 3, side 9**

*Federalisme i koncernretten - e pluribus unum;* **Gomard, Bernhard UfR1998.175B**

*Konsekvenserne af Højesterets dom i Satair-sagen;* **Werlauff, Erik TfS1997.114**

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

*Visse problemstillinger i relation til tilbudspligt efter lejelovens kap. XVI;* **Pedersen, Jesper Bøge T:BB2006, nr. 1/II, side 167**

*Krav til – og problemstillinger i forbindelse med – opfyldelse af reglerne om tilbudspligt efter lejeloven;* **Andersen, Søren T:BB2006, nr. 1/II, side 155**

*Koncernledelse, Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett? Stølen,* **Liv NTS2004, nr. 4, side 402**

*Søren Friis Hansen: Europæisk koncernret – Bør koncernretten reformeres og kodificeres? Werlauff Erik* **UfR1996.361B**

*Rapportering til bestyrelsen – set i lyset af Aktieselskabsloven § 54, stk.3, 1.pkt.;* **Jacobsen, Ole Løfgreen R&R1994, nr. 6, side 21**

## Domme

UfR1966.145H  
UfR1977.526H  
UfR1989.812H  
UfR1994.621H  
UfR1998.455H  
UfR2000.493Ø  
UfR2002.249H  
SKM2001.138H  
TfS1998.153Ø  
J.U.1998.43V

UfR1967.48H  
UfR1978.880H  
UfR1992.303Ø  
UfR1997.179H  
UfR1998.1289H  
UfR2001.777H  
UfR2002.1464H  
SKM2001.139H

UfR1968.766H  
UfR1985.664V  
UfR1993.868H  
UfR1997.364H  
UfR1999.1080V  
UfR2001.2045H  
UfR2004.2221Ø  
SKM2002.352Ø

UfR1969.25H  
UfR1986.697V  
UfR1994.470H  
UfR1997.1642H  
UfR1999.1989H  
UfR2002.139H

C-218/86, 9.12.1987  
C-222/94, 10.09.1996  
C-212/97, 9.3.1999  
C-384/02, 22.11.2005

C-200/90, 31.03.1992  
C-73/95 P, 24.10.1996  
C-234/98, 2.12.1999  
C-410/04, 6.04.2006

C-389/92, 14.04.1994  
C-5/97, 18.12.1997  
C-176/98, 2.12.1999

Robinson v. Chase Maintenance Corporation (20 Misc 2d 90, 190 NYS 2d 773, Sup Ct 1959)  
Walkovsky v. Charlton (18 NY 2d 414, 276 NYS 2d 585, 223, NE 2d 6 1966)