



Aalborg Universitet, februar 2016

Cand. Merc. Aud.

Retspraksisudviklede undtagelser til  
**Koncernselskabers  
hæftelsesindkapsling**

Kandidatafhandling af:

Hans Kristensen & Louise Lykkegaard

Vejleder: Gitte Søgaard

## Indholdsfortegnelse

1. Abstract.....	5
2. Indledning .....	6
2.1 Præsentation af emnet .....	6
2.2 Problemformulering.....	7
2.3 Målgruppe .....	7
3. Metode.....	8
3.1 Empiri og kildekritik .....	8
3.2 Valg af grænseflader .....	8
3.2.1 SIC 12 og ejeraftaler .....	8
3.2.2 Moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse.....	9
3.3 Forkortelser .....	9
3.4 Afhandlingens kronologi.....	10
4. Afgrænsning .....	11
5. Lovgrundlaget SL § 1 stk. 2 .....	12
6. Koncerndefinitionen .....	12
6.1 Dansk lovgivning.....	12
6.1.1 Bestemmende indflydelse .....	14
6.1.2 Væsentligste forskelle mellem den nugældende selskabslov og den tidligere aktieselskabslov .....	16
6.2 Fortolkningsbidrag til selskabsloven – IAS 27 (2008) og SIC 12 .....	17
6.2.1 SIC 12 .....	17
7. Undtagelser til lovgrundlaget SL § 1 stk. 2 .....	23
7.1 Lov .....	23

7.2	Løfte.....	23
7.2.1	Definition.....	23
7.2.2	Retspraksis .....	24
7.2.3	Yderligere iagttagelser.....	31
7.2.4	Opsummering.....	33
7.3	Økonomisk enhed .....	33
7.3.1	Definition.....	33
7.3.2	Retspraksis - EU konkurrenceret.....	34
7.3.3	Opsummering retspraksis EU konkurrenceret.....	42
7.3.4	Retspraksis ambi-tilbagebetalingssagerne .....	42
7.3.5	Økonomisk enhed i relation til den nye selskabslov (2010).....	45
7.3.6	Grænsefladerne Special Purpose Entities og herunder specificerede aktiver / siloer (IAS 27 (2008), SIC 12) .....	46
7.3.7	Grænsefladen omkring ejerftaler (aktionæroverenskomster).....	56
7.3.8	Opsummering.....	63
7.4	Medvirken .....	64
7.4.1	Definition.....	64
7.4.2	Retspraksis .....	65
7.4.3	Grænsefladen, moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse . .....	68
7.4.4	Opsummering.....	71
7.5	Illoyalitet .....	72
7.5.1	Definition.....	72
7.5.2	Retspraksis .....	72
7.5.3	Opsummering.....	75
7.6	Hæftelsesgennembrud .....	76

7.6.1	Definition.....	76
7.6.2	Retspraksis .....	77
7.6.3	Opsummering.....	81
8.	Initiativer til kapitalejere og koncernforbundne selskaber for at forebygge uhensigtsmæssig hæftelse .....	82
8.1	Initiativer – lov.....	82
8.2	Initiativer - løfte .....	82
8.3	Initiativer – økonomisk enhed .....	83
8.4	Initiativer – medvirken.....	83
8.5	Initiativer – illoyalitet .....	84
8.6	Initiativer – hæftelsesgennembrud .....	84
9.	Initiativer til kreditorer (tvangs- og aftalekreditorer) /medkontrahenter for at forebygge uhensigtsmæssige tab .....	85
9.1	Initiativer – lov.....	86
9.2	Initiativer – løfte .....	86
9.3	Initiativer – økonomisk enhed .....	87
9.4	Initiativer – medvirken.....	88
9.5	Initiativer – illoyalitet .....	88
9.6	Initiativer – hæftelsesgennembrud .....	89
10.	Konklusioner .....	90
10.1	Konklusioner af undtagelserne til hæftelsesindkapslingen .....	90
10.1.1	Løfte.....	90
10.1.2	Økonomisk enhed.....	91
10.1.3	Medvirken.....	91
10.1.4	Illoyalitet.....	92
10.1.5	Hæftelsesgennembrud .....	92

10.2	Konklusioner, udvalgte grænseflader .....	93
10.2.1	SIC 12 og ejeraftaler (Økonomisk enhed) .....	93
10.2.2	Moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse (Medvirken, illoyalitet).....	94
10.3	Konklusioner initiativer til kapitalejere, koncernforbundne selskaber og kreditorer.....	95
11.	Perspektivering.....	97
12.	Kildeliste .....	99
12.1	Litteraturliste .....	99
12.2	Internettet .....	99
12.3	Sagsoversigt.....	99
13.	Bilag .....	102

## 1. Abstract

This thesis discusses on which basis it is possible to assert joint liability between shareholders and group companies, even though Danish law in general prohibits this. Danish law clearly states that limited liability companies are not liable for obligations of other companies or businesses in a group. This means that a company is normally only liable for the capital contributed to the company.

However, there are some exceptions to this rule. The object of this thesis is therefore to analyse these exceptions, and to clarify in which cases a shareholder or parent company/subsidiary/related company can be held liable jointly with another limited liability company. There are six exceptions, which are the following: law, promise, economic entity, aiding, disloyalty and liability breakthrough. If one of the mentioned exceptions can be proven in a court of law, then shareholders or group companies will be held liable.

Moreover, the adaptation of an international group concept in Danish company law has created a number of issues related to group formation. It is therefore another object of the thesis to discuss selected issues related to the liability issue, such as *special purpose entities and specified assets*. Moreover, the thesis discusses the issue of parent companies' intervention into the management of subsidiaries.

In conclusion, the thesis provides some initiatives or precautions that companies may incorporate to minimise the risk of group companies and shareholders being held liable jointly with other companies and affiliates. The precautions and initiatives may not be comprehensive, but they can offer inspiration and guidelines under which companies may operate.

Furthermore, the thesis will make a turnaround and discuss initiatives and precautions which creditors, minority interests and others may note or implement to minimise risks of losses in their dealings with companies within the same group. These precautions and initiatives may serve as guidelines and inspiration to minimise the risk to creditors and others of suffering unnecessary losses and spending many resources fighting in courts.

## 2. Indledning

### 2.1 Præsentation af emnet

Den danske selskabslov slår fast i § 1 stk. 2, at *"I et aktie- eller anpartsselskab hæfter aktionærerne og anpartshaverne (kapitalejerne) ikke personligt for kapital-selskabets forpligtelser, men alene med deres indskud"*. Denne hæftelsesind-kapsling er en af grundstenene i selskabsretten, og den gængse opfattelse er derfor, at der ikke kan opstå hæftelse, med mindre kapitalejerne og/eller de koncernfor-bundne selskaber selv har påtaget sig denne hæftelse.

Denne opfattelse er som udgangspunkt også korrekt, men der kan alligevel opstå situationer, hvor kapitalejerne og/eller koncernforbundne selskaber hæfter for det pågældende selskabs tab eller minoritets ejerers eller tredjemands tab. Det, at fysi-ske eller juridiske personer risikerer at hæfte for kapital-selskaber, kan få vidtræk-kende økonomiske konsekvenser. Denne afhandlings formål bliver derfor at un-dersøge, hvornår denne hæftelse i så fald kan opstå, således at kapitalejerne og de koncernforbundne selskaber såvel som deres kreditorer og minoritetsaktionærer kan handle herefter.

Som følge af den manglende lovgivning på området bliver retspraksis udfyldende. Det skaber en dynamisk praksis, som må tilpasse sig behov og omverden. Derfor er det relevant, at sætte den nuværende retspraksis i en ny kontekst. Eksempelvis har koncerndefinitionen ændret sig løbende, senest med en større reform i 2010. En konsekvens heraf er, at der opstået en ny række af grænseflader inden for den selskabsretlige koncerndannelse. Disse grænseflader er relevante, da definitionen af selskabsretlige koncerner kan tænkes få afgørende betydning for hæftelsespro-blematikken.

Moderselskabers indgriben i datterselskabers ledelse er endvidere en relevant grænseflade i relation til hæftelse mellem koncernselskaber. Denne indgriben er ofte forekommende i praksis, og det er bredt accepteret af erhvervskredse. Moder-selskabers indgriben kan dog tænkes at få betydning for en eventuel hæftelse i de tilfælde, hvor kreditorer og minoritetsaktionærer finder, at moderselskabets ind-griben i datterselskabet har påført dem tab.

## 2.2 Problemformulering

Afhandlingens hovedspørgsmål bliver med udgangspunkt i retspraksis og gældende lovgivning derfor følgende:

***På hvilke grundlag kan der statueres hæftelse over for kapitalejere og koncernforbundne selskaber på trods af, at selskabsloven foreskriver, at der ikke er hæftelse disse parter imellem?***

Ovenstående hovedspørgsmål giver anledning til følgende underspørgsmål, der anses som værende udvalgte **grænseflader** til afhandlingens centrale problemstilling:

- På hvilket grundlag kan der opstå hæftelse inden for en koncern i relation til koncerndannelse med de særlige Special Purpose Entities eller siloer?
- På hvilket grundlag kan der opstå hæftelse inden for en koncern i relation til koncerndannelse, der ændres som følge af ejeraftaler?
- På hvilket grundlag kan der opstå hæftelse som følge af moderselskabers indgriben i datterselskabers ledelse?

Afslutningsvis ønsker afhandlingen med baggrund i ovenstående hoved- og underspørgsmål at komme med en række initiativer til ledelsesmedlemmer, rådgivere, selskabsejere, søsterselskaber mv., med henblik på at reducere risikoen for en uønsket hæftelse. Ydermere ønsker afhandlingen modsat at komme med en række initiativer til, hvordan kreditorer og minoritetsejere kan reducere risikoen for uønskede tab i relation til ovenstående.

## 2.3 Målgruppe

Afhandlingens målgruppe er i første omgang vejleder/eksaminator og censor. Afhandlingen vurderes endvidere at kunne have interesse for aktionærer (herunder både majoritets- og minoritetsejere), ledelsesmedlemmer, kreditorer, kreditinstitutter, SKAT og andre studerende.

Derudover er afhandlingen tænkt som relevant læsestof for især advokater og revisorer, som bistår koncerner og deres aktionærer med juridisk rådgivning.



### 3. Metode

Afhandlingen er baseret på den retsdogmatiske metode, da formålet er at beskrive og analysere den gældende danske ret.

Der vil i afhandlingen blive opstillet en række scenarier efter egen tilvirkning.

#### 3.1 Empiri og kildekritik

Empirien består udelukkende af sekundær data i form af lovbekendtgørelser, lovens forarbejder, betænkninger, domme og juridisk litteratur. Herudover udvalgte publikationer, bøger mv., som er fundet relevante og pålidelige.

Den primære jura er baseret på selskabsretten med elementer fra selskabsskatte- retten, insolvensretten, erstatningsretten og aftaleretten.

Alle de anvendte datakilder er vurderet til at have en høj reliabilitet og validitet, da der er tale om retskilder, faglige tidsskrifter og faglitteratur.

Da afhandlingens analyse primært baserer sig på domme, indebærer dette en gennemgang af relevante domme på området. Alle domme kan i sagens natur ikke medtages, hvorfor de domme, der er analyseret, alle i en vis grad bidrager med en ny vinkel. På denne måde er det afhandlingens formål at nå frem til retspraksis på området. Inden for nogle af de udvalgte områder vil der kun være en eller ganske få domme, hvilket ikke er meget at basere gældende ret på. Men hvorom alting er, danner en enkelt dom også præcedens, hvorfor dette ikke anses for at være et svagt datagrundlag.

#### 3.2 Valg af grænseflader

##### 3.2.1 SIC 12 og ejeraftaler

De udvalgte grænseflader omkring Special Purpose Entities og siloer (SIC 12) og ejeraftaler i nærværende afhandling er valgt, fordi den selskabsretlige koncerndefinition blev ændret i 2010, således at den blev synkroniseret med den regnskabsretlige koncerndefinition samt den dagældende internationale koncerndefinition efter IAS 27 (2008). Valg af internationale regnskabsstandarder som inspirator til dansk selskabslov giver uden tvivl en række fordele, som eksempelvis ensartethed og afsmittende retspraksis. Koncerndefinitionen efter IAS 27 (2008) er tilregnet

de regnskabsretlige problemstillinger, hvorfor det ikke i alle henseender har vist sig at være optimalt som en selskabsretlig koncerndefinition. Implementeringen af den nye koncerndefinition giver i første ombæring således anledning til en række spørgsmål omkring, hvorvidt der er tale om en koncernekonstellation. Det er ikke afhandlingens primære fokus at afklare dette, men nærmere at behandle den hæftelsesmæssige vinkel herpå. Det interessante ved koncernekonstellationer, som er skabt som følge af SIC 12 eller ejerftaler er, at der kan skabes en koncern med minoritetsejere, samt med enheder, hvor der ikke ejes kapitalandele.

Internationalt set er koncerndefinitionen efter IAS 27 (2008) afløst af en nyt koncerndefinition, hvilket er at finde i IFRS 10. Da selskabsloven ikke har adapteret den nye koncerndefinition, anses IFRS 10 ikke umiddelbart for at være relevant i nærværende afhandling.

### 3.2.2 Moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse

Grænsefladen omkring moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse er valgt, fordi det er baggrunden for statuering af hæftelse i nogle af de analyserede sager. Indgriben i datterselskabets ledelse er ikke i overensstemmelse med selskabsloven, men ikke desto mindre almindeligt forekommende praksis. Det er derfor interessant at undersøge, hvorvidt moderselskaber kan foretage denne indgriben uden samtidig at må acceptere væsentlig forhøjet risiko for, at der statures hæftelse.

## 3.3 Forkortelser

SL = Selskabsloven

SEL = Selskabsskatteloven

GBL = Gældsbrevsloven

IAS = International Accounting Standards

SIC = Fortolkningsbidrag til IAS udarbejdet af Standing Interpretations Committee

IFRS = International Financial Reporting Standards

IASB = International Accounting Standards Board

BC = Basis for Conclusions

ED = Exposure Draft

SPE = Special Purpose Entity / Entities

SKM = Skatteministeriets offentliggørelse af domme, afgørelser mv.

TfS = Tidsskrift for skatter og afgifter

UfR = Ugeskrift for retsvæsen

H = Dom eller kendelse fra Højesteret

V = Dom eller kendelse fra Vestre Landsret

Ø = Dom eller kendelse fra Østre Landsret

BR = Dom eller kendelse fra en byret

SR = Afgørelse truffet af Skatterådet

LR = Afgørelse truffet af Ligningsrådet

Begreberne **moderselskab** og **datterselskab** vil både blive brugt i situationer, hvor der faktisk er tale om et henholdsvis moderselskab og datterselskab, men også i situationer hvor det blot er potentielle moderselskaber og datterselskaber.

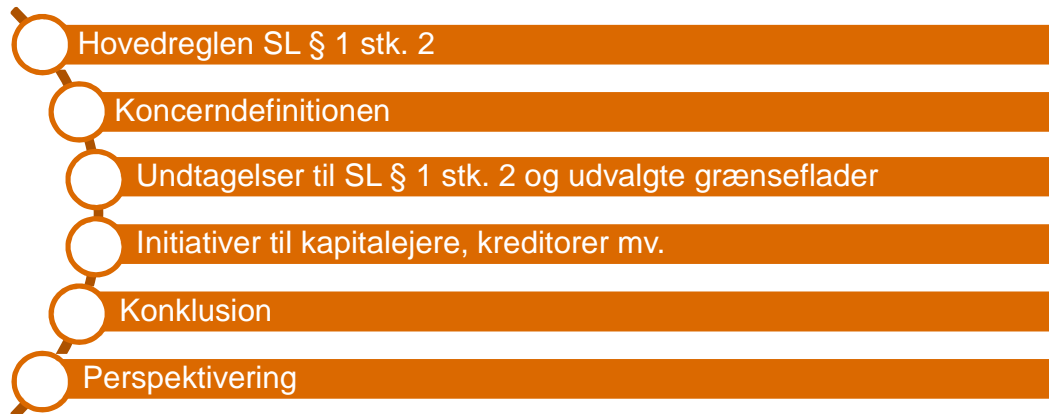
Endvidere vil betegnelserne **virksomhed** og **selskab** blive brugt i situationer, hvor det ikke nødvendigvis skal tillægges værdi, at det er benævnt som det ene eller andet. I tilfælde, hvor det skal tillægges værdi, er det udtrykkeligt angivet.

### 3.4 Afhandlingens kronologi

Afhandlingen er opbygget således, at hovedreglen for hæftelse først gennemgås. Herefter vil afhandlingen behandle koncerndefinitionen i overensstemmelse med selskabsloven. Efter koncerndefinitionen vil de forskellige undtagelser til hovedreglen blive analyseret. Indarbejdet i disse undtagelser er de særligt udvalgte grænseflader.

Afslutningsvis vil afhandlingen bidrage med en række relevante initiativer, som henvender sig til kapitalejere, selskaber, andre virksomheder, bestyrelsesmedlemmer, kreditorer, SKAT, lovgivningsmagten mv.

Ovenstående vil blive opsummeret i en konklusion. Der vil ydermere blive udført en perspektivering.



Kilde: Egen tilvirkning

#### 4. Afgrænsning

Som følge af afhandlingens begrænsede omfang er det fundet nødvendigt at foretage en afgrænsning fra følgende relevante forhold:

- Det er indledningsvis vigtigt at understrege, at afhandlingen ikke som sådan forholder sig udtømmende til koncerndefinitionen og hæftelse.

Hernæst er der en række mere specifikke forhold, der afgrænses fra:

- Udenlandsk lovgivning. Den udenlandske lovgivning er fravalgt, da andre lande kan have et markant andet lovgrundlag, end vi har i Danmark, og det vil være for omfattende at redegøre for alle landes lovgrundlag. Dog vil afhandlingen, hvor det giver mening for dansk ret og i mangel på dansk retspraksis, anvende EU-ret og domme.
- Skatteret og sambeskatning. Det eneste sted i Danmark, der sker lovreguleret hæftelse, er i forbindelse med selskaber i en sambeskatning. Her hæfter alle sambeskattede selskaber solidarisk for skatten af sambeskatningsindkomsten, dog kun pro rata. Skatteretlige domme vil dog blive inddraget i

det omfang, det vurderes at de kan have afsmittende effekt på de andre undtagelsesområder. Afhandlingen har sit primære fokus på de grundlag for hæftelse, som er svære at forudsige. Sambeskatning vurderes at være relativt forudsigeligt.

- Når kapitalejeren er en fond. Fonde er afgrænset i afhandlingen, da de har separat lovgivning, der regulerer fonde.
- Når koncernen er inden for den finansielle branche. Ligesom fonde er der separat lovgivning, der regulerer selskaber inden for den finansielle branche, derfor er de ligeledes holdt uden for denne afhandling.
- Når der er tale om store selskaber (regnskabsklasse D) med samme begrundelse som de to ovenstående punkter.
- Kaution/garanti og tredjemands pant. Afhandlingen har sit primære fokus på de grundlag for hæftelse, som er svære at forudsige.
- Kontrahering, hvor det ikke er tydeligt over for kreditor, hvem der handles med.

## 5. Lovgrundlaget SL § 1 stk. 2

Selskabslovens § 1 stk. 2 siger som følge: *"I et aktie- eller anpartsselskab hæfter aktionærene og anpartshaverne (kapitalejerne) ikke personligt for kapital-selskabets forpligtelser, men alene med deres indskud."*, hvilket fastslår udgangspunktet for at stifte et kapital-selskab, nemlig hæftelsesindkap-slingen. Et selskab er dermed et selvstændigt retssubjekt, som er bærer af egen ret og pligt. Der kan ikke kontraheres med "en koncern", men kun med et eller flere specifikke selskaber.

## 6. Koncerndefinitionen

### 6.1 Dansk lovgivning

Da koncerndefinitionen danner rammen for afhandlingen, vil det følgende afsnit behandle, hvornår der er tale om en koncern. Denne behandling af koncerndefinitionen vil finde anvendelse senere i afhandlingen, da det i nogle af undtagelserne til SL § 1 stk. 2 har betydning for, om der statueres hæftelse.

Koncerndefinitionen er et vidt begreb, da en koncern ikke opfattes på samme måde alt efter, om der ses på koncernen skatteretligt, konkurrenceretligt, selskabsretligt eller regnskabsretligt. Det er vigtigt at slå fast, at der er ikke et, men mange koncerndefinitioner. Det er primært den selskabsretlige koncerndefinition, som vil blive brugt i denne opgave. Essensen inden for dette retsområde er, at det er kontrollen/den bestemmende indflydelse, som er afgørende for, hvornår der opstår en koncern.

Den selskabsretlige definition af en koncern findes i SL § 5 nr. 18, som siger, at en koncern er et moderselskab<sup>1</sup> og dets dattervirksomheder<sup>2</sup>. Den overordnede beskrivelse af, hvad en koncern er, findes i SL § 6:

*”Et moderselskab udgør sammen med en eller flere dattervirksomheder en koncern. En virksomhed kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i § 7, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab”.*

Det er vigtigt at bemærke følgende: En virksomhed kan kun have et direkte moderselskab, hvilket er det selskab, der faktisk udøver den bestemmende indflydelse i tilfælde af flere mulige mødre. Derforuden skal det understreges, at der skal være tale om et **moderselskab**, hvilket vil sige, at det skal være et A/S, ApS, IVS eller en fond<sup>3</sup>. Er virksomheden i stedet en forening, andelsselskab med begrænset ansvar m.fl.,<sup>4</sup> kan der ikke være tale om et koncernmoderselskab. Ligeledes vil der ikke opstå en koncern, hvis en fysisk person er majoritetshaver.

Den regnskabsretlige definition er enslydende med den selskabsretlige og findes i ÅRL i bilag 1B.

---

<sup>1</sup> Kilde: SL § 5 nr. 21 Moderselskab: Et kapitalselskab, som har en bestemmende indflydelse over en eller flere dattervirksomheder, jf. SL §§ 6 og 7.

<sup>2</sup> Kilde: SL § 5 nr. 3 Dattervirksomhed: En virksomhed, der er underlagt bestemmende indflydelse af et moderselskab, jf. SL §§ 6 og 7.

<sup>3</sup> Kilde: Koncernretten side 59

<sup>4</sup> Kilde: ÅRL § 109, stk. 1 koncernmødre omfattet af ÅRL § 3, stk. 1

Selskabsloven blev ændret i 2010, så den selskabsretlige koncerndefinition blev enslydende med den regnskabsretlige koncerndefinition. Det fremgår i betænkningen<sup>5</sup> til den nye selskabslov, at selskabsretspanelet fandt det ”... *unødvendigt kompliceret, at fastholde en definition af koncerner i årsregnskabsloven og en anden i de to selskabslove*”<sup>6</sup>. Den regnskabsretlige koncerndefinition er direktivstyret (det syvende regnskabsdirektiv), hvorfor det måtte være det selskabsretlige, som så skulle lade sig tilpasse, så at sige.

Det blev derfor fastlagt, at der i selskabsretligt regi kun kan være et direkte moderselskab, samt at det er den bestemmende indflydelse til at styre de økonomiske og driftsmæssige beslutninger i dattervirksomhederne, som er det afgørende element i forhold til, om der foreligger en koncernsammenhæng. Dette betyder også, at den regnskabsretlige og selskabsretlige koncerndefinition nu ligger sig meget tæt op af den internationale regnskabsstandard IAS 27 (2008). Ordlyden i henholdsvis selskabsloven og IAS 27 (2008) er ikke fuldstændig identisk. Det fremgår i forarbejderne<sup>7</sup> til den nye selskabslov, at det skyldes tilpasninger til selskabsstrukturen i Danmark, og det er derfor ikke tiltænkt, at tilpasningerne skal have materielle forskelle. Da SIC 12 er fortolkningsbidrag til IAS 27 (2008) og dermed også til selskabsloven, er SIC 12 også relevant at behandle i et koncernperspektiv. Først og fremmest vil afhandlingen dog behandle ”bestemmende indflydelse” og den væsentligste ændring i koncerndefinitionen som følge af selskabsreformen, som ikrafttrådte i 2010.

#### 6.1.1 Bestemmende indflydelse

Ifølge den danske selskabsretlige definition af en koncern foreligger der en koncern, når et moderselskab har et eller flere dattervirksomheder. Ved brug af ordet

---

<sup>5</sup> Kilde: Betænkning Nr. 1498/2008 (herefter betænkning til den nye selskabslov), side 575

<sup>6</sup> Note: I forbindelse med udarbejdelsen af den nye selskabslov – førhen var der en aktieselskabslov og en anpartsselskabslov, hvorfor der refereres til selskabslove i flertal.

<sup>7</sup> Note: Til § 7

dattervirksomhed (i stedet for selskab) omfatter definitionen fra 2010 dattervirksomheder og dermed ikke kun datterselskaber, dvs. at også andre virksomhedsformer end selskaber inkluderes<sup>8</sup>, jævnfør SL § 5 nr. 18.

For at der kan opstå et moder-/datterforhold og dermed en koncern, skal moderselskabet have beføjelsen til og rent faktisk udøve en bestemmende indflydelse over dattervirksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, jf. SL § 7 stk. 1. Bestemmende indflydelse foreligger, når et moderselskab enten direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det klart kan påvises, at på trods af flertallet af stemmerettighederne, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

Bestemmende indflydelse kan også opstå på trods af, at moderselskabet ikke ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne. Dette kan ske under følgende omstændigheder:<sup>9</sup>

1. Hvis moderselskabet har råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
2. Hvis moderselskabet har beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i en virksomhed i henhold til en vedtægt eller aftale,
3. Hvis moderselskabet har beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på virksomheden eller
4. Hvis moderselskabet har råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over virksomheden.

Der er dermed tale om to situationer.

- 1) Moderselskabet besidder mere end halvdelen af stemmerne. Der er en stærk formodningsregel om en koncernrelation, som i særlige tilfælde kan afkræftes. Bevisbyrden påhviler virksomhederne<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Kilde: Den Nye Selskabslov af Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen, side 66.

<sup>9</sup> Kilde: Selskabsloven § 7, stk. 3

<sup>10</sup> Kilde: Betænkning til den nye selskabslov side 267.



- 2) Der er ingen, der besidder stemmeflertallet. Punkt 1 til 4 i ovenstående kan skabe en koncernkonstellation.

Det kan konstateres, at det er lettere at skabe en koncernkonstellation, når der ikke er nogen, der besidder stemmeflertallet, end det er at afkræfte en koncernkonstellation, når der en part, der besidder stemmeflertallet<sup>11</sup>.

Da selskabsloven skal fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 (2008) og herunder SIC 12, er de såkaldte Special Purpose Entities (SPE) og siloer også gældende i selskabsloven<sup>12</sup>. Afhandlingen kommer nærmere ind på SPE og siloer senere. Først og fremmest vil afhandlingen kort behandle de væsentligste forskelle mellem den tidligere aktieselskabslov (og anpartsselskabslov) og den nugældende selskabslov.

#### 6.1.2 Væsentligste forskelle mellem den nugældende selskabslov og den tidligere aktieselskabslov

Den primære ændring fra den tidligere aktieselskabslov til den nye selskabslov, som trådte i kraft i 2010, er, at betydningen af betegnelsen ”bestemmende indflydelse” er blevet ændret. I den nye selskabslov tillægges det at have den faktiske bestemmende indflydelse (over økonomiske og driftsmæssige beslutninger) større vægt, end det at have den formelle bestemmende indflydelse. I aktieselskabsloven var der tale om en koncern, hvis et selskab havde den bestemmende indflydelse ligesom i den nye selskabslov. Men det var i tillæg et krav, at selskabet var aktionær eller anpartshaver, for at det kunne defineres som en selskabsretlig koncern, jf. pkt. 3 i ovenstående. Denne ændring var med til at ajourføre selskabsloven i forhold til den internationale regnskabsstandard IAS 27 (2008).

I praksis formodes det dog at være et fåtal af situationer, hvor der er tale om en koncern efter den nye selskabslov, hvor det ikke var tilfældet efter aktieselskabslo-

---

<sup>11</sup> Kilde: Se evt. Skatterådets udtalelser i SKM 2010.688 SR

<sup>12</sup> Note: Det ses i forarbejderne til selskabsloven, at SIC 12 også skal ses som et fortolkningsbidrag til selskabsloven, såvel som SIC 12 er et fortolkningsbidrag til IAS 27 (2008).

ven. Det er atypisk at lade et selskab have den bestemmende indflydelse i en dattervirksomhed uden, at dette selskab også har kapitalandele i dattervirksomheden<sup>13</sup>.

## 6.2 Fortolkningsbidrag til selskabsloven – IAS 27 (2008) og SIC 12

Da selskabsloven har implementeret koncerndefinitionen efter IAS 27 (2008) og endvidere også anerkender SIC 12 som et fortolkningsbidrag, er det relevant at se nærmere på disse standarder. De to standarder (IAS 27 (2008) og SIC 12) skal ses i sammenhæng med hinanden. IAS 27 (2008) behandler koncerndefinitionen som helhed, og SIC 12 behandler herunder en lille gren af koncerndefinitionen, nemlig de særlige Special Purpose Entities (SPE'er) og specificerede aktiver (siloeer). SPE'er er de virksomheder, hvor der ikke er en klar aftale om kontrol, men hvor der alligevel eksisterer en klar økonomisk interesse mellem moderselskabet og virksomheden. Siloeer er en del af én juridisk enhed, men underlagt kontrol af en anden juridisk enhed, som ikke er kapitalejer. SPE'er og siloeer vil blive behandlet efterfølgende.

### 6.2.1 SIC 12

#### *Special Purpose Entities*

SIC 12 er relevant, da der i SIC 12.4 nævnes, at IAS 27 (2008) ikke tager hensyn til de såkaldte Special Purpose Entities. SIC 12 har, som fortolkningsbidrag til IAS 27 (2008), yderligere definitioner til, hvornår der formodes at være kontrol over disse SPE'er. SIC 12 er således et fortolkningsbidrag til IAS 27 (2008). Selskabsretligt er disse Special Purpose Entities adapteret i Danmark<sup>14</sup>, og denne afhandling vil senere komme ind på, at det muligvis ikke er optimalt at overføre regnskabsstandarder til selskabslov.

SPE'er er de virksomheder, hvor der ikke er en klar aftale om kontrol, men hvor der alligevel eksisterer en klar økonomisk interesse mellem moderselskabet og virksomheden. SPE'erne etableres typisk for at opfylde et snævert og veldefineret

---

<sup>13</sup> Kilde: Bemærkningerne til SL § 7, 7. afsnit

<sup>14</sup> Note: Det ses i forarbejderne til selskabsloven, at SIC 12 også skal ses som et fortolkningsbidrag til selskabsloven, såvel som SIC 12 er et fortolkningsbidrag til IAS 27 (2008).

formål. SPE'ernes juridiske status kan være et selskab, en fond, et I/S eller en ikke-registreret enhed. SPE'erne har ofte strenge og velformulerede begrænsninger på ledelsens beføjelser, således at ledelsen nærmest kan opfattes som en "proforma" ledelse<sup>15</sup>.

SIC 12 arbejder ud fra de samme kriterier som IAS 27 (2008), om at der formodes at være kontrol, når man ejer flertallet af stemmerne i en virksomhed, men derudover nævner SIC 12 en række omstændigheder, som der skal overvejes i vurderingen af, om der foreligger kontrol over SPE'en, hvilket er følgende (SIC 12.10):

- Hvis SPE'en i praksis udfører aktiviteter på vegne af det rapporterende selskab og faktisk afdækker et forretningsmæssigt behov sådan, at det rapporterende selskab får en økonomisk gevinst.
- Hvis det rapporterende selskab i praksis har den bestemmende indflydelse, som gør, at denne har ret til størstedelen af det økonomiske afkast, eller har uddelegeret denne indflydelse.
- Hvis det rapporterende selskab har den faktiske ret til størstedelen af den økonomiske gevinst fra SPE'en, men derved også er udsat for de risici, som relaterer sig til SPE'en.
- Hvis det rapporterende selskab i praksis bevarer størstedelen af risiciene relateret til SPE'en eller dennes aktiver for at have retten til de økonomiske gevinster fra disse aktiver.

Det kan bemærkes, at de fire ovenstående forhold, der indikerer en SPE, peger mere i retningen af den nye IFRS 10 koncerndefinition, end IAS 27 (2008). Disse fire forhold lægger nemlig ligesom IFRS 10 mere vægt på økonomisk gevinst og dertilhørende risiko, end kontrolmomentet omkring stemmeflertal i IAS 27 (2008).

---

<sup>15</sup> Kilde: Forarbejderne til den nye selskabslov.

PwC<sup>16</sup> fremfører endvidere en række yderligere indikatorer, der naturligvis kan tjene til yderligere vurdering/inspiration, dog med en vis forsigtighed.

- SPE'en er tynd kapitaliseret (egenkapital i forhold til risiko)
- Der er ingen overskudsgenerering, da overskuddet typisk går til at servicere lån, og bundlinjen ender derfor omkring nul.
- SPE'en har ingen fysisk domicil. De er ofte placeret i skattelylande.
- SPE'en har typisk en begrænset levetid.
- SPE'en anvendes typisk til finansiering.

Det er tydeligt, at det efter SIC 12 er svært definitivt at sige, hvornår der forligger et moder-/datterforhold i relation til disse SPE'er. Denne problematik er derfor en af hovedårsagerne til, at den nye IFRS 10 standard blev udformet. IFRS 10 behandler kontrolspørgsmålet i en simpel kontrolmodel, som omfavner dattervirksomheder inkl. SPE'er<sup>17</sup>. Afhandlingen vil dog ikke komme nærmere ind på den nye IFRS 10 standard, da koncerndefinitionen efter IFRS 10 ikke er implementeret i den danske selskabslov.

Der er ikke i SIC 12 givet såkaldte "bright lines", ligesom der heller ikke er angivet en vægtning af ovenstående omstændigheder, hvilket kunne have bidraget med en del hjælp i forhold til afklaring af koncernforhold.

SPE'er anvendes i praksis ofte til eksempelvis at indkapsle en risiko fra resten af koncernen eller beskytte investor i SPE'en mod risici fra moderselskabet. SIC 12 nævner, at disse SPE'er ofte ses i form af securitisation, leasing eller anden form for finansiering og investering samt ved forsknings- og udviklingsprojekter.

---

<sup>16</sup> Kilde: [https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12\\_fin46r.pdf](https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12_fin46r.pdf) - side 17 (Se bilag 2) samt bogen Manual of Accounting IFRS 2013 vol. 2, af PwC, side 24033

<sup>17</sup> Kilde: IASB: Basis of Conclusions, Exposure Draft 10 (ED 10) Consolidated Financial Statements, BC10-BC13

### *Specificerede aktiver/siloer*

Begrebet siloer blev første gang introduceret i Exposure Draft 10 (ED) Consolidated Financial Statements<sup>18</sup> og er efterfølgende adapteret i IFRS 10. IFRS 10 behandler specificerede aktiver / siloer og kontrollen over disse. Siloerne er også en del af SIC 12, selvom det dog ikke fremgår ordret heri<sup>19</sup>. IFRS 10 kan derfor anvendes som et fortolkningsbidrag i relation til siloerne, hvilket er gjort i følgende.

Illustrativt beskrevet er en silo en fuldstændig indkapslet del<sup>20</sup>, ejet af en juridisk enhed, men underlagt kontrol af en anden juridisk enhed (moderselskabet). Siloens moderselskab har således kontrol over specificerede aktiver, og tilsvarende har moderselskabet også pådraget sig risici herved, hvilket er årsagen til, at konsolideringen kan gribe ind i en anden juridisk enhed. Da IAS 27 (2008) og SIC 12 er regnskabsstandarder, er det vigtigt at præsentere koncernens samlede risici af hensyn til det retvisende billede<sup>21</sup>. Oftest er de specificerede aktiver fast ejendom, men det kan også være andre aktiver eller enheder.

### *Vurdering af om der er en silo (fra IFRS 10)*

#### *Ad a)*

Betingelserne for at et selskab regnskabsmæssigt indregner disse siloer i koncernen forudsætter kumulativt:<sup>22</sup>

- Specificerede aktiver i en virksomhed er eneste kilde til betaling af specificerede forpligtelser i virksomheden. Ingen andre end dem, der er forpligtet ved de pågældende passiver, har rettigheder eller forpligtelser, der knytter sig til disse aktiver.
- Intet afkast fra aktivet kan anvendes af den øvrige del af virksomheden, og ingen passiver skal betales af den øvrige del af virksomheden.
- Alle aktiver, passiver og egenkapital er således øremærket i forhold til den øvrige del af virksomheden.

---

<sup>18</sup> Kilde: Basis For Conclusions On IFRS 10, BC 147 – udgivet af IASB

<sup>19</sup> Kilde: [https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12\\_fin46r.pdf](https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12_fin46r.pdf) side 7. (Se bilag 3)

<sup>20</sup> Note: I engelsk litteratur er siloer også beskrevet som "ring-fenced assets"

<sup>21</sup> Note: Jf. blandt andet ÅRL § 11 (kapitel 3)

<sup>22</sup> Kilde: IFRS 10, B77

### Ad b)

Er ovenstående betingelser opfyldt, skal moderselskabet (den potentielle) efterfølgende gøre følgende<sup>23</sup>:

- Kortlægge de aktiviteter, der i væsentlig grad påvirker afkastet i siloen.
- Kortlægge hvordan aktiviteterne styres med henblik på at vurdere, hvorvidt moderselskabet har beføjelsen over siloen.
- Vurdere hvorvidt moderselskabet har ret til variabelt afkast fra siloen, og således også er eksponeret over for risici herfra.
- Vurdere om der er kausalitet mellem moderselskabets kontrolbeføjelse i siloen og evnen til at påvirke afkastet herfra.

Hvis moderskabet (den potentielle) har den bestemmende indflydelse i siloen, skal siloen indgå koncernen.

Ovenstående kriterier for en silo er som sagt fra IFRS 10. Kontrollen over siloen skal i relation til den danske selskabsret først og fremmest vurderes ud fra samme 4 kriterier som SPE'erne, jf. ovenstående fra SIC 12.10. De sidste 4 punkter ad b), kan alene tjene som et inspirationsbidrag fra IFRS 10 og er derfor ikke endegyldige krav. Kriterierne i SIC 12.10 rummer både SPE'er og siloer. Der synes ikke umiddelbart at være krav her, der adskiller sig væsentligt til SIC 12's 4 kriterier.

De 3 punkter i ad a) skal overholdes, da siloen ellers ikke bliver tilstrækkeligt adskilt fra sin juridiske enhed.

### Er siloer en del af selskabslovens koncerndefinition?

Selskabsretligt er definitionen på en koncern, som nævnt i ovenstående, et moderselskab og dennes dattervirksomheder. Det er dernæst interessant at undersøge, hvorvidt disse siloer anses for at være en dattervirksomhed i selskabsretlig forstand. Dattervirksomheder defineres i selskabsloven § 5 som ”*En virksomhed, der er underlagt bestemmende indflydelse af et moderselskab*”. Dermed omfav-

---

<sup>23</sup> Kilde: IFRS 10, B78

ner de selskabsretlige koncerner også koncerndøtre i andre former end blot kapital-selskaber<sup>24</sup>. Dattervirksomheder defineres i IAS 27 (2008) som: *”En dattervirksomhed er en virksomhed, herunder en ikke-registreret virksomhed, såsom et interessentskab, der er underlagt bestemmende indflydelse af en anden virksomhed (kaldet modervirksomheden).”*

Den selskabsretlige definition, IAS’ definition og ydermere også EU’s regnskabsdirektivs definition er næsten identiske<sup>25</sup>. IAS gør det dog klart, at ikke-registrerede<sup>26</sup> virksomheder også er omfattet af dattervirksomhedsdefinitionen.

Begrebet ”virksomhed” er ikke nærmere defineret i selskabsloven. Kan det tillægges værdi at SL til forskel fra IAS 27 (2008) ikke udpensler at det kan være ikke-registrerede virksomheder? Nej, det vurderes ikke, eftersom koncerndefinitionen i SL skal fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 (2008). Dette anføres også af Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen i bogen ”Den nye selskabslov”<sup>27</sup>.

Det er endvidere tydeliggjort i forarbejderne til selskabsloven, at disse Special Purpose Entities også kan være ikke-registrerede enheder<sup>28</sup>. Siloer vurderes derfor at være en del af selskabslovens koncerndefinition.

### Egne iagttagelser

Det kan bemærkes, at fælles for disse siloer og SPE’er er, at de sandsynligvis i en del tilfælde forbliver ”uopdagede” og dermed ikke bliver konsolideret korrekt. Da problemstillingen omkring, hvorvidt der skal ske konsolidering eller ej, er kompliceret selv for garvede fagfolk, må det antages, at det i praksis giver anledning til en del fejl.

---

<sup>24</sup> Note: jf. Erik Werlauff i bogen Selskabsret, 9. udgave, side 616 m.

<sup>25</sup> Note: Definition jf. EU’s regnskabsdirektiv (2013/34/EU) ”dattervirksomhed”: *en virksomhed, der er kontrolleret af en modervirksomhed, herunder enhver dattervirksomhed af den øverste modervirksomhed*”

<sup>26</sup> Note: Formuleringen ”ikke-registreret” virksomhed fremgår også af forarbejderne til selskabsloven, i afsnittet omkring SPE’er.

<sup>27</sup> Note: 1. udgave, side 66.

<sup>28</sup> Note: Citat ” En sådan særlig virksomhed kan være enten et selskab, en fond, et interessentskab eller en ikke-registreret enhed.”

## 7. Undtagelser til lovgrundlaget SL § 1 stk. 2

Nærværende afsnit vil omhandle forskellige måder, hvorpå hæftelsesindkapslingen, jævnfør SL § 1 stk. 2, kan ”brydes”. For selvom selskaberne i en koncern som udgangspunkt ikke hæfter for hinanden, er der ikke noget til hinder for, at et selskab i koncernkonstellationen frivilligt påtager sig en hæftelse for sit datter-, søster- eller moderselskab. Der er ligeledes også tilfælde, hvor der kan opstå en utilsigtet hæftelse imellem koncernforbundne selskaber, hvilket er de tilfælde afhandlingen vil beskæftige sig med.

Da der ikke er noget lovbestemt grundlag på området, bliver retspraksis det udfyldende.

Der er 6 undtagelser, som udgør følgende:

- Lov
- Løfte
- Økonomisk enhed
- Medvirken
- Illoyalitet
- Hæftelsesgennembrud

Denne kronologi vil blive anvendt i afhandlingen.

### 7.1 Lov

I den danske lovgivning eksisterer der kun ét lovmæssigt brud på hæftelsesindkapslingen af SL § 1 stk. 2, og det er i forbindelse med selskabers sambeskatning. Der er afgrænset for yderligere behandling heraf.

### 7.2 Løfte

#### 7.2.1 Definition

Alle fysiske og juridiske personer kan i princippet afgive løfte om at hæfte for et givent selskabs gæld. Dette løfte kan opstå på følgende tre måder; kautionsløfte/garanti, tredjemands pant og støtteerklæring. Hvad angår kautionsløfte/garanti og tredjemands pant, er det fundet mindre væsentligt at arbejde med i forhold til denne afhandlings kontekst, da afhandlingen tager udgangspunkt i de former



for hæftelsesgrundlag, som kan være svære at forudsige. Det bliver derfor ikke omtalt yderligere, jævnfør afsnittet med afgrænsning. Derfor er der i dette afsnit kun behandlet undtagelser i forhold til støtterklæringer.

En støtteerklæring er typisk et dokument, hvor en fysisk eller juridisk person udtrykker hensigt i form af økonomisk støtte, hvis det pågældende selskab måtte få brug herfor. De anvendes i praksis ofte i situationer, hvor den afgivende juridiske eller fysiske person, ikke vil afgive tredjemandspant eller stille kaution. Støtteerklæringer afgives typisk af koncernforbundne selskaber, eksempelvis et moderselskab, som afgiver erklæring om at støtte sit datterselskab.

Støtteerklæringer findes i mange forskellige afskygninger. Støtterklæringer kan rettes mod en bestemt kreditor(-er), eller mod en ubestemt gruppe af kreditorer. Hvorvidt de påtvinger løfteafgiveren hæftelse og dermed betalingspligt over for det modtagende selskab, kommer i særdeleshed an på udformningen af erklæringen. Derfor skal der analyseres domme for at søge afklaret, i hvilke tilfælde støtteerklæringer udløser hæftelse (dispositiv erklæring), og i hvilke tilfælde støtterklæringer ikke udløser hæftelse (indispositiv erklæring).

Hvorvidt domstolene finder støtterklæringer for dispositive, søges nu nærmere afklaret ved hjælp af en analyse af en række afgjorte sager, således at det kan tydeliggøres, hvilke momenter domstolene har fundet afgørende.

Først og fremmest analyseres en dom, hvor udfaldet er, at støtterklæringen er dispositiv.

### 7.2.2 Retspraksis

#### *Engesvang Trælast dommen*

Sagen<sup>29</sup> er anlagt af Engesvang Trælasts pengeinstitut Jyske Bank A/S mod Thyholms Tømmerhandel A/S, der ejede 50 % af aktierne i A/S Engesvang Trælast 1981. Jyske Bank A/S anlagde sagen med det formål, at få Thyholms Tømmerhandel A/S til at hæfte for deres tilgodehavende i Engesvang Trælast, som var gået

---

<sup>29</sup> Kilde: Karnov - UfR 1994.470 H, Engesvang Trælast

konkurs. Oprindeligt havde Engesvang Trælast et lån i Jyske Bank A/S, uden der var stillet sikkerhed. Men et løbende behov for udvidelse af kreditfaciliteterne, samt meget svingende (mest negative) økonomiske resultater, fik Jyske Bank A/S til at kræve en hensigtserklæring fra Thyholms Tømmerhandel A/S i forbindelse med forlængelse af kredittens løbetid. Thyholms Tømmerhandel A/S havde imidlertid altid afvist at kautionere for Engesvang Trælasts' gæld til Jyske Bank A/S, bl.a. fordi at direktøren ikke ville have, at det skulle fremgå af Thyholms Tømmerhandels A/S' årsrapport, hvilket bankrådgiveren forsikrede direktøren om, at erklæringen heller ikke skulle. Jyske Bank A/S udformede den underskrevne hensigtserklæring.

Nærmere omkring erklæringens ordlyd:

Erklæringen er i overskriften kaldt en såkaldt hensigtserklæring, hvilket umiddelbart ikke indikerer, at der er tale om en dispositiv erklæring. Ordet "hensigt" lyder ikke specielt bindende. Selve indholdet i erklæringen lyder blandt andet som følger:

*"I anledning af at A/S Jyske Bank har stillet kreditfaciliteter til rådighed for A/S Engesvang Trælasthandel 1981, erklærer undertegnede Thyholm Tømmerhandel A/S hermed*

- at vi altid vil følge selskabets udvikling nøje*
- at vi ikke uden bankens indforståelse vil afhænde/pantsætte vores aktieposter i selskabet, så længe dettes kredit ikke er indfriet*
- at vi om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor banken"*

På trods af at overskriften ikke lyder dispositiv, virker selve indholdet af erklæringen langt mere dispositiv. Særligt det sidste af de ovenstående punkter, som endvidere ikke overholdes af Thyholms Tømmerhandel A/S. Dommerne lagde ved afgørelsen vægt på erklæringens indhold frem for erklæringens overskrift samt det faktum, at Thyholms Tømmerhandel A/S altid har givet udtryk for, at de ikke

ønskede at kautionere. Hensigtserklæringen endte derfor med at være dispositiv, og Thyholms Tømmerhandel A/S måtte erstatte Jyske Bank A/S' tab.

Dommen gav dog anledning til uenighed blandt dommerne, da en af de fire dommere var uenig i, at Thyholm Tømmerhandel A/S var forpligtet af støtteerklæringen. Flertallet i Højesteret finder dog, at indholdet skal være det altovervejende til bedømmelse af hæftelse eller ej, hvilket vi også ser i dommernes udtalelse i sagen UfR 2011.2726-2 H Pro Tele Vision Technologies<sup>30</sup>;

*”Det følger af Højesterets praksis vedrørende støtteerklæringer, at det i første række er indholdet af den konkrete støtteerklæring, som er bestemmende for, i hvilket omfang en erklæringsgiver bliver forpligtet over for erklæringens adressat”.*

### *Pro Tele Vision Technologies dommen*

Pro Tele Vision Technologies dommen er endvidere interessant at kigge nærmere på, da erklæringens udformning i denne sag er noget anderledes end i Engesvang Trælast.

Sagen omhandler Unique Broadband Systems Inc. (UBS), der afgav en støtteerklæring (Letter of support<sup>31</sup>) over for GPV Elbau Electronics A/S (GPV) som følge af dennes engagement med UBS' 100 % ejede datterselskab Pro Tele Vision Technologies A/S. I støtteerklæringen bekræfter UBS bl.a.:

- *”at vi beholder vores aktiebeholdning på et hundrede procent af datterselskabets aktiekapital, og at vi hverken vil sælge eller på anden vis afhænde nogen del af omtalte beholdning eller i øvrigt indskrænke vores indflydelse på datterselskabet (...) ”*
- *”Vi bekræfter endvidere, at vi løbende gennemgår PTV's status, som det er vores politik at støtte økonomisk, og at vi udøver vores indflydelse med henblik på at sikre, at GPV ikke lider tab, som er begrænset til ovennævnte*

---

<sup>30</sup> Kilde: Karnov

<sup>31</sup> Note: Støtteerklæringen er oprindeligt på engelsk, men er i domsudskriften oversat til dansk

- aftalte beløb i forbindelse med engagementet som underleverandør til PTV.”*
- *”Vi accepterer, at vi, hvis vi ikke opfylder vores forpligtelser i henhold til denne støtteerklæring, er forpligtet til at godtgøre GPV det tab, som det i så fald måtte lide.”*

Støtteerklæringen blev afgivet som et krav fra GPV i forbindelse med UBS' køb af aktiekapitalen i Pro Tele Vision, da den tidligere kapitalejer havde afgivet tilsvarende støtteerklæring over for GPV. GPV er underleverandør af specialkomponenter, som ikke umiddelbart kan videresælges til anden part, hvorfor det er deres forretningsmæssige kutyme, at kunderne stiller garanti eller, at der opnås debitorforsikring. Ingen af delene var mulige i forhold til Pro Tele Vision, hvorfor en støtteerklæring blev løsningen. Støtteerklæringens juridiske forpligtelse blev af de involverede parter ikke drøftet.

Både Landsretten og Højesteret finder ikke, at UBS har tilsidesat nogle af de forpligtelser, som er beskrevet i støtteerklæringen. UBS har ikke solgt aktier eller på anden vis indskrænket indflydelsen i Pro Tele Vision.

I forhold til denne pasus, *”Vi bekræfter endvidere, at vi løbende gennemgår PTV's status, som det er vores politik at støtte økonomisk, og at vi udøver vores indflydelse med henblik på at sikre, at GPV ikke lider tab, som er begrænset til ovennævnte aftalte beløb i forbindelse med engagementet som underleverandør til PTV.”* finder domstolene, at dette ikke isoleret set eller sammenholdt med det øvrige indhold i erklæringen, kan forstås sådan, at UBS har påtaget sig en retlig forpligtelse til at sikre, at GPV ikke lider et økonomisk tab i sin rolle som underleverandør til Pro Tele Vision. Domstolene lægger vægt på, at der ikke har været nogle forhold ved støtteerklæringens tilblivelse, som giver anledning til, at de involverede parter er af en anden opfattelse. Derfor bliver de ydre omstændigheder også afgørende, og ikke blot erklæringens indhold.

Støtteerklæringen ender derfor med at være indispositiv, og UBS skal ikke erstatte GPV's tab.

Vi har nu set eksempler på to støtteerklæringer, hvoraf den ene er dispositiv og den anden var indispositiv. Det synes ikke overraskende, at de to sager ikke fik samme udfald, da der er en vis forskel i ordlyden på de to støtteerklæringer. Det er imidlertid ikke altid, at forskellen er så stor som i disse eksempler, hvilket efterlader et såkaldt gråzoneområde. Små forskelle i ordlyden kan få ”bægret til at tippe” og gøre, at støtteerklæringerne dermed bliver bindende. Lad os derfor analysere en sag, der alt andet lige, har forvoldt tvivl hos de pågældende dommere, da sagen netop nok må siges at befinde sig i dette gråzoneområde. Sagen vedrører S.C. Sørensen mod Varde Bank A/S.<sup>32</sup>

### *S. C. Sørensen dommen*

I UfR 1998.1289 H, S.C. Sørensen, omhandler støtteerklæringen (letter of comfort)<sup>33</sup> en kreditramme på 100 mio. kr. i forbindelse med valutaterminsforrentninger til spekulationsøjemed. S.C. Sørensen afgav som hovedaktionær i Ginge Brand & Elektronik A/S en støtteerklæring over for dennes kreditinstitut Varde Bank A/S. S.C. Sørensen erklærer både, at selskabet ikke vil afhænde aktierne i Ginge Brand & Elektronik A/S, ligesom vi så i ovenstående sag. Endvidere erklærer S.C. Sørensen følgende:

*”Vi erklærer samtidig i forbindelse med ydelse af ovennævnte, økonomisk at ville støtte Ginge Brand & Elektronik A/S med henblik på, at selskabet vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Aktieselskabet VARDE BANK.”*

Denne erklæring minder umiddelbart meget om erklæringen i Engesvang Trælastsagen i ovenstående, hvorfor det vil være nærtliggende at antage, at de to sager får samme udfald. Dog gør mindre forskelle i ordlyden alligevel en afgørende forskel, og erklæringen i S.C. Sørensen sagen ender med at være indispositiv. En af de fire dommere i S.C. Sørensen sagen mente, at udfaldet måtte blive det samme som i Engesvang Trælast. Det tyder dermed på, at sagen ikke har været klokkeklar at afgøre.

---

<sup>32</sup> Kilde: Karnov - UfR 1998.1289 H

<sup>33</sup> Kilde: Jf. domsudskriften

Det synes relevant at se nærmere på konkrete forskelle i ordlyden i henholdsvis Engesvang Trælast og S.C Sørensen.

### *Engesvang Trælast kontra S.C. Sørensen*

Engesvang Trælast: *”at vi om fornødent vil tilføre selskabet **tilstrækkelige likvide midler** til, at det **til enhver tid** er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for banken”*

S.C. Sørensen: *”Vi erklærer (..) at **økonomisk at ville støtte** Ginge Brand & Elektronik A/S **med henblik på**, at selskabet vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Aktieselskabet VARDE BANK. ”*

De eneste to forskelle i de to erklæringer er umiddelbart:

- 1) at støtten i Engesvang Trælast er formuleret mere specifik end i S.C. Sørensen, da det er specificeret, at det er **likvide midler** og ikke ”blot” **økonomisk støtte**.
- 2) at det i Engesvang er formuleret således at de **til enhver tid** (er i stand til at opfylde forpligtelserne over for banken), hvor det i S.C. Sørensen er formuleret således, at de **med henblik på** (at være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for banken).

Erklæringen i Engesvang Trælast virker derfor marginalt mere konkretiseret og bindende, hvilket i disse tilfælde var nok til at gøre en stor forskel i afgørelserne.

De omkringliggende omstændigheder kan muligvis være tillagt en mindre betydning. I Engesvang Trælast var erklæringen udarbejdet i forbindelse med forlængelse af en driftskredit, som jo er en ”normal” driftsmæssig udvikling. Erklæringen i S.C. Sørensen vedrørte en kreditramme på 100 mio. kr. til valutaspekulation. I denne situation må eller burde banken være klar over, at der er en forhøjet risiko, og derfor har dommerne muligvis også været mere tilbøjelige til at lade banken bære tabet.

Andre omstændigheder kan dog også være udslagsgivne ved afgørelser i sådanne sager, hvorfor der i det følgende er taget udgangspunkt i to domme, som illustrerer andre omstændigheder, end dem vi så i ovenstående.

### *Centralsavværket A/S dommen*

I UfR 2009.1512 H<sup>34</sup> er selve udformningen af erklæringen anderledes end i de ovenstående eksempler. Støtteerklæringen er nemlig skrevet i ledelsesberetningen i Centralsavværket A/S' årsrapport. Denne støtteerklæring henvender sig til en ubestemt personkreds, hvilket kommer til at have afgørende betydning for udfaldet af dommen. På trods af at der i årsrapporten i år 1998/99 stod følgende:

*”selskabets bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling”.*

Som blev endnu mere konkretiseret i årsrapporten for 1999/2000, da det her fremgik, at selskabets aktionærer havde:

*”tilkendegivet, at de vil stille likviditet til rådighed i form af lån således, at selskabet samlet forventes at have den nødvendige likviditet til at kunne gennemføre de budgetterede aktiviteter for det kommende år”.*

Dommerne ligger, ud over den ubestemte personkreds, til grund, at der ikke er nogen direkte indeståelse til opfyldelse af selskabets forpligtelser over for kreditorerne. Der er i sagen tale om fysiske personer, hvilket kan spille en rolle i forhold til udfaldet, men det afgørende moment vurderes dog at være støtteerklæringens udformning og manglende definition af modtager.

Derfor synes det interessant at analysere en sag, hvor erklæringen er til en specifik personkreds, og at det igen er en fysisk person, der er erklæringsafgiver.

### *Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S dommen*

I U.1989.618 V Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S<sup>35</sup> krævede dennes leasingselskab en kaution af selskabets direktør og bestyrelsesmedlemmer, i alt 6 personer, for den med leasingselskabet indgåede leasingaftale. Da direktøren og bestyrelsesmedlemmerne imidlertid ikke ville afgive en kaution, underskrev de i stedet, på leasingselskabets initiativ, en hensigtserklæring. Hensigtserklæringen lød blandt andet:

---

<sup>34</sup> Kilde: Karnov

<sup>35</sup> Kilde: Karnov

*”Undertegnede: - - - ønsker herved at meddele Dansk Leasing A/S at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S er et selskab, hvori vi ejer en større del af aktiekapitalen.*

*Vi er vidende om, at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S pr. - - - har indgået leasingkontrakt nr. 2825 med Dansk Leasing A/S på følgende betingelser:  
- - -*

*Så længe ovennævnte leasingkontrakt er i kraft, vil vi drage omsorg for at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S har tilstrækkelig med likvide midler til at kunne opfylde sine forpligtelser over for Dansk Leasing A/S.«*

Det blev klart fra leasingselskabets side meldt ud, at der ikke var tale om en kaution. Som alternativ til en hensigtserklæring blev også en tilbagekøbsaftale drøftet. Valget blev en hensigtserklæring, med den begrundelse, at så kunne direktøren og bestyrelsesmedlemmerne selv afgøre, hvordan de ville afholde leasingselskabet for eventuelle tab. Hensigtserklæringen blev udarbejdet af leasingselskabet, og retsvirkningen blev aldrig drøftet nærmere.

Det er disse momenter i sagen, der har fået dommerne til at afgøre, at hensigtserklæringen ikke statuerer hæftelse. Dermed hæftede de ikke personligt over for leasingselskabet, da Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S gik konkurs. Det væsentlige i dommen var i dette tilfælde i mindre grad hensigtserklæringens indhold, men i større grad de omkringliggende omstændigheder. Det kan ikke afvises, at domstolene er mere tilbøjelige til ikke at statuere hæftelse, når der er tale om en sag mod fysiske personer.

### 7.2.3 Yderligere iagttagelser

Som Erik Werlauff nævner i U.1994B.358, baseret på Torsten Iversens PhD-afhandling Støtteerklæringer fra 1994, kan følgende formuleringer nævnes som eksempler til denne afhandlings læsere, som måtte mangle en yderligere form for rettesnor:



### **Overvejende dispositivt klingende:**

-”vi forpligter os til

-vi er indforstået med

-vi vil”

### **Overvejende indispositivt klingende:**

-”vi er indstillede på

-vi agter at

-vi har til hensigt

-vi vil; støtte, bistå, kontrollere eller udøve indflydelse på et datterselskab”

Erik Werlauff og Gitte Søgaard beskriver endvidere i bogen *koncernretten*<sup>36</sup>, at vurderingen omkring en støtteerklærings retslige virkning skal suppleres med enten et culpasyndspunkt eller med et gennembrudssyndspunkt, eller alternativt en kombination af disse.

Ved culpasyndspunktet menes, at erklæringsafgiveren efter afgivelse af støtteerklæringen har handlet i strid med de i støtteerklæringen angivne oplysninger/løfter. For så vidt også selv om disse løfter i sig selv ikke havde medført, at støtteerklæringen ville være dispositiv. Eksempelvis kan hensigtserklæringen i Engesvang Trælast nævnes. Hvis Thyholms Tømmerhandel A/S havde solgt nogle eller alle deres aktier i Engesvang Trælast, mens denne havde en kredit til Jyske Bank A/S, ville de have handlet i direkte modsætning til det løfte, de havde afgivet i hensigtserklæringen. Hvis vi forestiller os, at hensigtserklæringen i sig selv ikke var dispositiv, ville ovenstående løftebrud skulle med i dommernes betragtning, og løftebruddet kunne dermed ændre erklæringens retsvirkning.

Ved gennembrudssyndspunktet menes, at erklæringsafgiveren har drevet selskabet med en egenkapital, som ikke modsvarer de risici, som befinder sig i selskabet.

---

<sup>36</sup> Note: Side 131

Gennembrudsproblematikken er særskilt analyseret i afsnit 7.6, hvorfor det ikke vurderes nødvendigt at forklare nærmere her.

Begge tilfælde kan tænkes at skulle tages i betragtning i en og samme sag, uden at vi kan komme nærmere ind på deres individuelle vægtning samt vægtningen i forhold til, hvor dispositiv/indispositiv erklæringen var i første omgang. Dog kan det nok uden nærmere analyse konkluderes, at hvis der både er tale om løftebrud og underkapitalisering, skal erklæringen alt andet lige, være meget ”tynd” for ikke at få dispositiv virkning.

#### 7.2.4 Opsummering

Ved formuleringen og afgivelsen af støtteerklæringer, kan det konstateres, at det er vigtigt at vælge formuleringerne med omhu, således at erklæringerne opnår den juridiske gældende hæftelse/ikke hæftelse, som er ønsket. Som vi har set i de ovenstående domme, er det marginaler, der skiller, hvorvidt en støtteerklæring er dispositiv eller indispositiv. Det kan konkluderes, at de omkringliggende omstændigheder i forbindelse med erklæringens udarbejdelse oftest spiller en mindre rolle i afgørelserne, mens det centrale moment i dommene i de fleste tilfælde er indholdet i erklæringerne. Det kan endvidere ikke afvises, at domstolene er mindre tilbøjelige til at statuere hæftelse i de tilfælde, hvor erklæringsafgiveren er en fysisk person frem for en juridisk person. Derudover har det også betydning, om erklæringen er rettet mod en bestemt modtager eller en ubestemt personkreds.

### 7.3 Økonomisk enhed

#### 7.3.1 Definition

Der kan i visse tilfælde statures hæftelse over for andre juridiske personer inden for en koncern, hvis det vurderes, at der, på trods af en anden selskabsretlig konstruktion, reelt er tale om en *økonomisk enhed*. Det der formelt er konstrueret som eks. en moder-/datterselskabskoncern, kan i praksis fungere mere som et interentskab og dermed blive anset som en *økonomisk enhed*.

Retspraksissen omkring *økonomiske enheder* stammer primært fra EU-domstolene og særligt inden for konkurrenceret. I EU's konkurrenceret bruges nemlig betegnelsen "virksomheder"<sup>37</sup> og ikke selskaber. En *virksomhed* kan derfor i denne sammenhæng bestå af flere selskaber, filialer mv. En virksomhed omfatter økonomiske enheder bestående af menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger et økonomisk mål på lang sigt, og som kan medvirke til, at en overtrædelse omfattes af denne bestemmelse begås, som det således fremgår af artikel 81 EF (daværende artikel 101).

Der er dog også en retspraksis for økonomiske enheder i Danmark, nemlig i de omstridte ambi-tilbagebetalingssager, hvor ambi-opkrævningen blev kendt ulovlig af EU-domstolene. Ambi-opkrævningen startede i 1988, og i 1992 blev det kendt ulovligt. Indtil da var der opkrævet 55 mia. kr.<sup>38</sup> Staten måtte derfor erstatte virksomhedernes tab, og i denne forbindelse blev begrebet *økonomisk enhed* anvendt. Ambi-tilbagebetalingssagerne vil blive analyseret efter retspraksissen inden for EU-konkurrenceret.

Slutteligt ses det relevant, at analysere begrebet *økonomisk enhed* i forhold til IAS 27 (2008) definition af en koncern, særligt i forhold til udvalgte grænseflader for koncerndannelse i selskabsloven. Grænsefladerne inden for koncerndannelse i relation til de såkaldte special purpose entities og herunder siloer, samt ejerftaler vil derfor blive behandlet.

### 7.3.2 Retspraksis - EU konkurrenceret

Inden for konkurrenceret er EU-domstolen tilbøjelig til at statuere hæftelse over for koncernforbundne selskaber i hyppigere grad, end det ses på de øvrige retsområder. Det tydeliggøres blandt andet i Akzo Nobel dommen<sup>39</sup> fra 2009, som omhandler ulovlig karteldannelse. I Akzo Nobel dommen blev et moderselskab og dennes 100 % ejede datterselskab anset for at være en økonomisk enhed. Formålet, med at der er mere tilbøjelighed til at statuere hæftelse, er, at få virksomhederne til at konkurrere på markedsmæssige vilkår, hvilket således gavner markedet og

---

<sup>37</sup> Kilde: Artikel 101-109 i TEUF

<sup>38</sup> Kilde: SKAT; <http://www.skat.dk/skat.aspx?oId=92582&vId=0>

<sup>39</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 10/9 2009, C-97/08 P

forbrugerne. Der gives relativt høje bøder (op til 10 % af omsætningen hos alle i den økonomiske enhed), da bøderne skal kunne ”mærkes” af de implicerede, og således også tjene et præventivt formål<sup>40</sup>.

### *Akzo Nobel dommen*

Essensen i Akzo Nobel dommen er, at moderselskabet antages at have en afgørende indflydelse på datterselskabet som følge af moderselskabets 100 % ejerskab af datterselskabet, hvorved moderselskabet og datterselskabet anses for at være en økonomisk enhed. Der krævedes således ikke et bevis for moderselskabets faktiske deltagelse, da det formodes, at moderselskabet var bevidste om, at datterselskabet deltog i en ulovlig karteldannelse. Akzo Nobel var ikke i stand til at bevise, at moderselskabet ikke udøvede denne faktiske deltagelse. Hvis den afkræftelige formodning skal afkræftes, kræver det, at de sagsøgte virksomheder, i dette tilfælde Akzo Nobel, frembringer tilstrækkelig dokumentation for at bevise, at moderselskabet ikke har haft væsentlig indflydelse på datterselskabets adfærd på markedet. Denne adfærd vurderes ud fra indflydelsen på datterselskabets handelspolitik, men alle forhold såsom indflydelse på de økonomiske, organisatoriske og juridiske beslutninger, skal medgå ved vurderingen heraf, såfremt de sanktionerede parter (ofte moderselskabet) mener at kunne bevise, at der ikke er tale om én, men flere økonomiske enheder. Endvidere nævnes der i Akzo Nobel dommen, at andre forhold end moderselskabets indflydelse på datterselskabets adfærd på markedet, også kan medføre, at der vurderes at være en økonomisk enhed, og dermed påføre moderselskabet hæftelse for datterselskabets bøder i forbindelse med ulovlig karteldannelse. Det er dermed ikke et spørgsmål om, hvem der har taget initiativet til den ulovlige karteldannelse, men en formodning om, at moderselskabet som i dette tilfælde er 100 % kapitalejer af datterselskabet, i det mindste kan antages at vide, hvad der foregår i datterselskabet og dermed er i stand til at stoppe det, og i værste fald er det på moderselskabets instruks, at den ulovlige karteldannelse er foregået.

---

<sup>40</sup> Kilde: Eks. Alliance One dommen, EUR-lex dom 9/9 2011 T-25/06

Endvidere tilkendegiver Akzo Nobel dommen, at en deltager i en økonomisk enhed, i dette tilfælde moderselskabet, har et *personligt* ansvar for den økonomiske enhed, der har begået overtrædelsen, og dermed bliver moderselskabet *solidarisk ansvarligt* sammen med de andre juridiske personer i den økonomiske enhed.

Det virker umiddelbart ret kompliceret at få afkræftet den afkræftelige formodning på trods af, at EU domstolen i præmis 77 i Akzo Nobel dommen slår fast, at der netop ikke er tale om et objektivt ansvar for koncernforbundne selskaber. Dog er det tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at moderselskabet i dette tilfælde har et 100 % ejerskab over datterselskabet, hvilket så medfører, at de i denne optik er en økonomisk enhed. Akzo Nobel fremlagde ellers beviser for, at selskaberne optræder selvstændigt, men ikke i så tilstrækkelig grad, at det var nok til at modbevise denne formodning. Dermed opstår der solidarisk hæftelse selskaberne imellem i forhold til bøden, og moderselskabet måtte betale 20,99 mio. EUR og sagens omkostninger.

At moderselskabet inddrages i hæftelsen, er i sig selv naturligvis ærgerligt for moderselskabet. Det betyder imidlertid også, at moderselskabets omsætning inddrages ved beregning af bødestørrelsen, hvorfor det har store konsekvenser for virksomhederne, i dette tilfælde Akzo Nobel, når moderselskabet bliver ”inddraget” som medspiller i kartelovertrædelserne (såfremt der er væsentlig omsætning i moderselskabet).

Uddrag fra præmis 77 i dommen:

*”(...) Selv om moderselskabet således ikke deltager direkte i overtrædelsen, udøver det i en sådan situation en afgørende indflydelse på de datterselskaber, som har deltaget i overtrædelsen. Det følger heraf, at moderselskabets ansvar i denne sammenhæng ikke kan anses for at være et objektivt ansvar”*

I Generaladvokat J. Kokotts forslag<sup>41</sup> til afgørelse i Akzo Nobel sagen diskuteres der, hvorvidt besiddelsen af 100 % af kapitalandelene i datterselskabet er tilstrækkeligt bevis fra Kommissionens side. Akzo Nobel appellerer til, at der kræves yderligere bevis for at dokumentere, at moderselskabet overordnet set styrer datterselskabets adfærd på markedet. Som det er formuleret i forslaget ”100 % plus X”, hvilket altså er 100 % af kapitalandelene plus X, som er yderligere bevis. Diskussionen opstår, da en anden dom, nemlig Bolloré dommen, anvender denne ”100 % plus X” model. Dog argumenterer Kokott for, at Bolloré dommen ikke var i overensstemmelse med gældende retspraksis på området, og 100 % plus X modellen bør derfor forkastes. Kokott anbefaler samme udfald af Akzo Nobel sagen, som den reelt endte med at få. 100 % plus X modellen ville jo ellers være en lempelse over for de sagsøgte virksomheder, da det ville stille større krav til Kommissionens arbejde.

Da det antageligt kræver en del fra virksomhedernes side for at afkræfte formodningen om, at der foreligger en økonomisk enhed, er det derfor interessant at kigge på domme, hvor denne formodning faktisk er afkræftet, eller forsøgt afkræftet, inden for EU's konkurrenceret. Det er endvidere interessant at kigge på domme, hvor selskabskonstellationen ikke har været et moderselskab og dennes 100 % ejede datterselskaber. Det vil afhandlingen derfor komme ind på i det følgende.

### *L' Air liquide dommen*

I L'Air liquide dommen fra 2011<sup>42</sup>, som også omhandler ulovlig karteldannelse, fremlægger moderselskabet L' Air liquide en række beviser med det formål, at afkræfte Kommissionens formodning om en økonomisk enhed med det 100% ejede datterselskab Chemoxal. Chemoxal markedsfører produktet HP.

Kommissionen har ud over ejerskabet, som jo i sig selv er tilstrækkeligt til at formode, at der er tale om en økonomisk enhed, også fremlagt beviser for, at L' Air liquide på tidspunktet for overtrædelserne, havde beføjelsen til at udnævne Chemoxals bestyrelsesmedlemmer. Endvidere gjorde Kommissionen det også gældende,

---

<sup>41</sup> Kilde: EUR-lex, Forslag til afgørelse i C 97/08 P (Akzo Nobel dommen)

<sup>42</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 16/6 2011, T-185/06

at L' Air liquide sammen med Atochem kontrollerede selskabet Oxysynthese, som står for produktionen af HP. Kommissionen påpeger derfor, at L' Air liquide alt andet lige må have nogen kontrol over Chemoxal, som markedsfører produktionen fra et af sagsøgerens datterselskaber, som det i fællesskab med Atochem udøvede en effektiv kontrol over.

De af L' Air liquide fremlagte beviser indeholder bl.a.:

- dokumentation for at der ikke var nogen fælles ledelsesmedlemmer
- Chemoxals direktør havde meget vide beføjelser.
- Chemoxal rådede over egne tjenester med egen handelsafdeling, markedsafdeling, personaleafdeling, IT-afdeling samt en regnskabsafdeling, som gjorde det muligt for selskabet helt alene at føre sin egen handelspolitik, og det rådede endog over et forskningscenter, der blev drevet på selvstændig vis, selv om det var placeret i de samme lokaler som sagsøgeren. Hvad angår de tjenester, som Chemoxal ikke rådede direkte over, som f.eks. en juridisk, skattemæssig og »forsikringsmæssig« tjeneste, gjorde Chemoxal brug af moderselskabets tjenester imod betaling. Selv om Chemoxals forretningsæde var placeret i de samme bygninger som koncernens hovedsæde, var selskabets lokaler lejet af dets moderselskab, hvilket er blevet bekræftet af en lejekontrakt, som er fremlagt for Kommissionen.
- Chemoxals aktiviteter var i øvrigt meget langt fra de aktiviteter, der ellers var i koncernen, hvilket indikerer en høj grad af beslutningsselvstændighed.
- Instrukser og de overordnede retningslinjer på prisområdet blev udelukkende besluttet af Chemoxals bestyrelse.
- Der er ingen forbindelser mellem kartelmøderne og moderselskabet L' Air liquide i øvrigt.

Kommissionen står fast på, at rækken af beviser ikke er nok til at afkræfte formodningen. Kommissionen undlader dog at undersøge om alle faktorer, der er rele-

vante for økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem de to selskaber godtgør, at datterselskabet udviser en selvstændig adfærd på markedet. Retten annullerer herefter Kommissionens beslutning om, at moderselskabet L' Air liquide hæfter for datterselskabets bøde, og Kommissionen bliver pålagt at betale sagens omkostninger.

### *Elf Aquitaine dommen*

Ligesom i L' Air Liquide dommen, har Kommissionen og efterfølgende Retten, undladt at forholde sig til Elf Aquitanines<sup>43</sup> påstande og beviser i forhold til at afkræfte formodningen. De ankede sagen til domstolen, som annullerede hæftelsen af bøden i datterselskabet. Beviserne i denne sag var bl.a.:

- Elf Aquitaine fungerer udelukkende som "rent holdingselskab" og driftsmæssige funktioner. Selskabet har derfor ikke et "setup", der gør, at de kan drive forretning for datterselskaber.
- Det sanktionerede datterselskab Arkema, som Elf Aquitaine ejer 98 % af kapitalandele i, informerede ikke moderselskabet om dens politik på markedet, ligesom datterselskabet selv har beføjelser til at indgå kontrakter.
- Arkema er økonomisk uafhængig i forhold til moderselskabet.
- Datterselskabet har selv fastlagt sin retlige strategi.
- Tredjemand opfatter ikke datterselskabet og moderselskabet som én virksomhed.

Chemoxals og Elf Aquitaine dommene illustrerer ikke umiddelbart, hvad der skal til for at afkræfte formodningen om en økonomisk enhed, men giver tydelige indikationer af, at Kommissionen (og Retten) burde have lavet en grundig vurdering, som muligvis kunne betyde, at datterselskabet og moderselskabet tilsammen ikke opfattes som en økonomisk enhed. Det formodes, at Retten/Domstolen tillægger beviserne nogen værdi, og at beviserne i hvert fald peger i retningen af selvstændighed, da der er adskillige andre domme, hvor selskabernes påstande om selvstændig adfærd hos datterselskabet ikke tages i betragtning eller kun i ringe grad, og der dermed statueres hæftelse hos koncernforbundne parter, eksempelvis kan

---

<sup>43</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 29/9 2011, C-521/09 P



Gasconne dommen i nedenstående nævnes. I de to eksempler, L' Air liquide dommen og Elf Aquitaine dommen, handler Kommissionen ud fra noget, der tilnærmelsesvis ligner moderselskabets objektive ansvar, da de uden den påkrævede begrundelse ikke gør sig nærmere overvejelser omkring de sagsøgtes frembragte argumenter og dokumentation. Retten og Domstolen ændrer herefter sagernes udfald.

### *Gasconne dommen*<sup>44</sup>

Gasconne dommen omhandler moderselskabet Group Gasconne SA (GG), dets 100 % ejede datterselskab Gasconne Deutschland GmbH (GD) samt selskabet Sachsa Verpackung GmbH (SV), hvori GG ejer henholdsvis 10 % og GD ejer 90 % af aktierne. Indirekte og direkte besidder GG dermed 100 % af aktierne i SV. Som følge af ulovlig karteldannelse på markedet for industrisække af plast, bliver SV af Kommissionen pålagt at betale en bøde på 13,2 mio. EUR. Kommissionen præciserer i dommen, at GG hæfter som solidarisk ansvarlig for de 9,90 mio. EUR heraf. Da sagen var i Retten, blev der af GG koncernen fremlagt en række beviser og argumentationer med det formål at afkræfte formodningen om en økonomisk enhed. Retten anerkender, at SV har en vis selvstændighed, men konstaterer stadig, at SV overordnet set er underlagt bestemmende indflydelse fra GG. Formodningen afkræftes derfor ikke i Retten<sup>45</sup>. Det fremgår af følgende i Rettens præmis 74:

*”om end visse af de af sagsøgeren fremførte faktorer indikerer, at Sachsa nød godt af en høj grad af selvstyre, forholder det sig ikke desto mindre således, at sagsøgeren greb ind i sit datterselskabs drift, at sagsøgeren pålagde datterselskabet vigtige begrænsninger i tilrettelæggelsen af dets adfærd på markedet, og at sagsøgeren derfor har udøvet en faktisk kontrol med sit datterselskab”.*

Domstolen fastholder Rettens vurdering og stadfæster dermed den solidariske hæftelse.

---

<sup>44</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 26/11 2013, C-58/12 P

<sup>45</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 16/11 2011, T-72/06

### *Repsol dommen*

I Repsol dommen<sup>46</sup> statueres der hæftelse for et ultimativt moderselskab kaldet Repsol YPF SA. Repsol YPF SA ejer datterselskabet Repsol Química SA, som igen ejer datterselskabet General Química SA. De to ovenstående moderselskaber hæfter solidarisk for overtrædelserne begået af General Química SA. Dommen går derfor et skridt videre og statuerer hæftelse ikke bare til det direkte moderselskab, men altså også til et ovenstående indirekte moderselskab.

### *Dow Chemicals dommen*

I Dow Chemicals dommen<sup>47</sup> statueres der hæftelse over for to ”moderselskaber”, som til sammen ejer et fælles joint venture-selskab kaldet DuPont Dow Elastomers LLC, med hver 50 % af kapitalandelene. JV selskabet er selvstændigt fungerende efter fusionskontrolreglerne. Dommen er karakteristisk, da ingen af moderselskaberne alene har bestemmende indflydelse, men alligevel af EU domstolen bliver anset for at være moderselskaber. Den negative indflydelse er derfor i dette tilfælde tilstrækkelig til, at moderselskaberne hæfter for JV's lovovertrædelse.

Det er karakteristisk, at begge selskaber anses for at være moderselskaber i konkurrenceretten, hvilket jo ikke kan lade sig gøre rent selskabsretligt i Danmark.

### *Parker*

I Parker dommen<sup>48</sup> fastslog Domstolen, at der ikke er tale om konkurrenceforvridende aftaler, hvis de foregår imellem koncernforbundne selskaber, som reelt fungerer som én virksomhed. Det fastslås nærmere, at når datterselskaberne er helt ”ensrettet” med moderselskabet i deres handlemåde, udgør de i konkurrencemæssig forstand én virksomhed<sup>49</sup>. Begrebet økonomisk enhed kan dermed også komme koncernerne til gode, og bliver således ikke kun anvendt i tilfælde, hvor der er bødesanktioner involveret.

---

<sup>46</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 20/1 2011, C-90/09 P

<sup>47</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 26/9 2013, C-179/12 P

<sup>48</sup> Kilde: EUR-lex, dom: 24/10 1996, C-73/95 P

<sup>49</sup> Kilde: Nærmere beskrevet i bogen Konkurrenceretten, side 87

### 7.3.3 Opsummering retspraksis EU konkurrenceret

Analysen af de ovenstående domme efterlader et indtryk af, at EU-domstolen har mange muligheder i forhold til at statuere hæftelse mellem koncernforbundne parter. Begrebet *en økonomisk enhed* inden for EU konkurrenceretten er ikke identisk med et koncernforhold jævnfør IAS 27 (2008), da der eksempelvis inden for konkurrenceretten godt kan være to solidarisk hæftende moderselskaber, som vi så i Dow Chemicals dommen. Den negative indflydelse var i Dow Chemicals tilfælde tilstrækkeligt til at gøre begge de potentielle moderselskaber hæftende.

Analysen af dommene efterlader endvidere det indtryk, at der skal usandsynligt meget dokumentation til at afkræfte den afkræftelige formodning om, at en væsentlig kapitalejer har en afgørende indflydelse på dets datterselskabs adfærd på markedet. Har selskabet en afgørende indflydelse på et datterselskab, anses de for at være ”medskyldige” i overtrædelserne på markedet, og dermed gøres de også ansvarlige over for bøderne. Der er ikke formelt set tale om et objektivi ansvar, da bevisbyrden i første omgang er Kommissionens. Kommissionen fremlægger så det bevis, at moderselskabet har eks. 100 % af kapitalandelene i datterselskabet. Herefter er det så op til virksomhederne at bevise, at trods ejerskabet af kapitalandele, har det lovoertrædende selskab selv afgørende indflydelse på sin adfærd på markedet. I praksis kan det dog konstateres, at domstolen læner sig meget tæt op ad et objektivi ansvar.

### 7.3.4 Retspraksis ambi-tilbagebetalingssagerne

Det er ikke kun inden for EU konkurrenceret, at vi kender begrebet *økonomisk enhed* i relation til hæftelse og identifikation.

Som nævnt i ovenstående blev ambi-opkrævningerne kendt ulovlige, og derfor skulle de naturligvis tilbagebetales i de tilfælde, hvor virksomhederne havde lidt et tab. Da ambi-opkrævningerne i sin tid trådte i kraft, bortfaldt imidlertid en række andre afgifter, som virksomhederne før betalte. Ambi-tilbagebetalingen blev derfor modregnet i de sparede andre afgifter (hvilket i øvrigt også viste sig at være ulovligt), og virksomhederne fik så nettobeløbet retur i de tilfælde, hvor ambien ikke var overvæltet på omsætningsledet. Det interessante ved sagerne er så,

at staten/SKAT i nogle tilfælde foretog modregning i andre koncernforbundne selskaber, således at det blev koncerns nettotilgodehavende, der blev udbetalt. På denne måde kom koncernforbundne selskaber derfor ufrivilligt til at have fordringer mod søsterselskaber, datterselskaber, moderselskaber etc. Hvis en virksomhed netto havde en gevinst, skulle der ikke ske afregning til SKAT. Det var kun i tilfælde, hvor virksomheden mente at have lidt tab, at SKAT var erstatningspligtige. Når nettobetragningen så anvendes på koncernforbundne selskaber, vil de selskaber med en evt. nettogevinst få frataget denne gevinst, da gevinsten indgår i det samlede regnestykke for koncernen. Det havde dermed en økonomisk betydning for virksomhederne, at denne identifikation statueres mellem koncernforbundne parter. Begrundelsen herfor var, at den økonomiske enhed samlet set skulle have lidt et tab for at opnå erstatningsret.

#### *Modregning koncernforbundne selskaber*

I tilfælde, hvor der er sket modregning mellem koncernforbundne selskaber, kan eksempelvis nævnes SKM 2002.348 Ø. I denne sag var der en række koncernforbundne selskaber, som i ambi-tilbagebetalingsregi blev set som en samlet enhed. Tilbagebetalingskravet frafaldt, da koncernen samlet set ikke havde tabt på ambiens indførsel. Ud over ejerskabet blev der i dommen lagt vægt på, at der var et væsentligt samhandelsforhold mellem de koncernforbundne selskaber, og der var sammenfald i ledelsen.

#### *Modregning selskab og hovedaktionær*

Endnu mere interessant er, at der var tilfælde, hvor modregningen rakte så vidt, at hovedaktionærens personlige virksomhed blev underlagt identifikation med det af hovedaktionæren ejede selskab, eksempelvis jævnfør tfs 1998,153 Ø. Sagen omhandler en personlig erhvervsdrivendes udlejning af materiel til et selskab ejet af den erhvervsdrivende selv. Modregningen rakte derfor helt uden for det selskabsretlige koncernforhold med de argumenter, at hovedaktionæren samlet set var beriget af ambiens indførsel, og retten anså hovedaktionærens selskab og hovedaktionærens personlige virksomhed for et *"til identitet grænsende fællesskab (...)* med hensyn til ejerforhold, hæftelse, drift og samhandel", altså med andre ord en økonomisk enhed.

Et lignende tilfælde som kan nævnes, omfatter et K/S og en personlig erhvervsdrivende ved navn Kurt Skare (Skare Meat) i sagen tfs 2002, 435 Ø. Der blev statueret identifikation og dermed modregning mellem K/S'et og Kurt Skare med det argument, at Kurt Skare havde bestemmende indflydelse i hele Skare-koncernen, herunder K/S'et. Alene i K/S'et havde Kurt Skare en indirekte og direkte ejerandel på 88 %, hvor hans, på daværende tidspunkt umyndige, børn ejede de resterende 12 %. Der skete mellem K/S'et og Kurt Skare en udlejning af fast ejendom. Kurt Skare havde som udlejer undladt at overvælte ambi'en på lejer (K/S'et), hvorfor han mente at have ret til ambi-tilbagebetaling. Østre Landsret var imidlertid ikke af samme opfattelse, da den manglende overvæltning jo blot kom ham selv til gode via K/S'et, hvorved Kurt Skares personlige udlejningsvirksomhed og K/S'et blev set som en økonomisk enhed. Der blev også anlagt en yderligere erstatningssag, da ejendommen efterfølgende blev solgt til et af Kurt Skare ejet selskab. Denne sag<sup>50</sup> fik samme udfald.

Dansk retspraksis er derfor på sin vis foran EU-domstolene, da de allerede i 1990'erne brugte denne identifikation mellem økonomiske enheder. Om der i praksis muligvis er statueret identifikation i ambi-sagerne i hyppigere grad end det dertilhørende cirkulære ligger op til, kan så diskuteres, ligesom det ikke er afklaret, i hvor høj grad praksis inden for netop dette område kan anvendes fremover på andre områder. Erik Werlauff udtrykker i Tfs 1998, 178, at SKAT ukritisk har statueret denne identifikation og således også i tilfælde, hvor der ikke reelt var tale om én økonomisk virksomhed, hvilket ifølge ham er et ufravigeligt krav.

Afslutningsvis skal der henvises, til at ambi-sagerne vedrører modregning og *compensatio lucri cum damno*, hvilket betyder modregning af det tjente i det tabte. Der er tale om erstatningskrav mod staten for overtrædelse af fællesskabsretten<sup>51</sup>, så sagerne kan derfor ikke direkte overføres til, at der automatisk opstår objektiv hæftelse, modregning mv. disse juridiske enheder i mellem, for hvem der dannes en økonomisk enhed. Det vil altid være en konkret vurdering, om der overhovedet er tale om en økonomisk enhed, og omstændighederne må også have

---

<sup>50</sup> Kilde: København Byrets dom af 3. juli 2002 (4C-11248/1996)

<sup>51</sup> Kilde: Erik Werlauff i Tfs 1998, 178

et tungvejende hensyn, før en sådan modregning kan begrundes<sup>52</sup>. Det fastslås også i Gori A/S sagen<sup>53</sup>, hvor der på trods af et betydeligt interessefælleskab mellem en hovedaktionær og dennes selskab, skulle mere til at skabe et til identitet grænsende fællesskab, og i dette tilfælde blev de to parter ikke anset for værende en økonomisk enhed af Københavns Byret.

Det understreges endvidere i bogen *Koncernretten* af Erik Werlauff og Gitte Søgaard, at den økonomiske enhed skal have en ”*interessentskabslignende karakter*”<sup>54</sup>, hvilket rækker videre end den traditionelle selskabsretlige koncern, hvor det formodes, at datterselskaberne besidder hver deres dertil-indrettede virksomhed.

Det synes ydermere værd at bemærke, at ambi-sagerne bevæger sig langt væk fra principperne i sambeskatning, da sambeskatning aldrig opstår fysiske og juridiske personer imellem.

### 7.3.5 Økonomisk enhed i relation til den nye selskabslov (2010)

Eksemplerne i Ambi-sagerne ligger længere tilbage end den nye selskabslov, hvorfor vi ikke umiddelbart kan overføre sagernes afgørelser til den nugældende selskabslov. Såfremt ambi-afgørelserne i relation til identifikation mellem koncernforbundne selskaber anvendes i fremtidige sammenlignelige sager, er det vigtigt at henlede læsernes opmærksomhed på koncerndefinitionen, der blev behandlet i afsnit 6. Det fremgik heraf, at koncerndefinitionen er ændret med selskabsreformen i 2010, hvilket vil ændre konklusionerne i nogle af ambi-sagerne (hvis koncern-dannelsen i så fald ville have fået et andet udfald). Som vi fandt i afsnit 6, er koncern-dannelsen efter selskabsreformen nu i lighed med IAS 27 (2008), hvorfor den største forskel til tidligere er, at den faktiske indflydelse vægter højere end den formelle indflydelse.

---

<sup>52</sup> Kilde: Erik Werlauff i Tfs 1998, 178

<sup>53</sup> Kilde: Københavns Byrets dom af 6. oktober 2000 BS-4C1883/97

<sup>54</sup> Kilde: *Koncernretten*, side 143

### 7.3.6 Grænsefladerne Special Purpose Entities og herunder specificerede aktiver / siloer (IAS 27 (2008), SIC 12)

#### *Special Purpose Entities*

Selskabslovens ændring i 2010, herunder anerkendelse af SIC 12 som fortolkningsbilag, giver anledning til en række selskabsretlige problemstillinger. SIC 12 og de såkaldte Special Purpose Entities (SPE), som er gennemgået i afsnit 6.2.1, er et særdeles kompliceret område, og særligt i relation til hæftelsesproblematikken. For det første er det ikke så lige til at afklare, hvorvidt eksempelvis et moderselskab direkte eller via sine datterselskaber er, eller kan være, i besiddelse af en SPE. Alene denne afklaring giver anledning til en del grænseflader for, hvornår der er tale om en SPE<sup>55</sup>.

SIC 12 er som tidligere nævnt ikke en facitliste, men nærmere en række omstændigheder, som peger i retningen af en SPE. I de tilfælde, hvor det vurderes, at eksempelvis et moderselskab direkte eller indirekte via sit datterselskab er i besiddelse af en SPE, og denne indregnes (eller bør indregnes) i det pågældende moderselskabs koncernregnskab, foreligger den selskabsretlige hæftelsesproblematik efterfølgende. Da kapitalselskaber, jævnfør SL § 1 stk. 2, ikke har et objektivet ansvar for sine datterselskaber, har moderselskabet naturligvis heller ikke et objektivet ansvar for disse SPE'er.

Problemstillingen disse SPE'er rejser i forhold til hæftelsesproblematikken er så, hvorledes disse SPE'er kan tænkes at blive omfattet af en økonomisk enhed, således som vi har set med eksempelvis kartelsagerne og ambi-tilbagebetalingssagerne. Det er på nuværende tidspunkt ikke afprøvet ved domstolene, hvorfor der endnu ikke findes noget endegyldigt svar herpå. For at komme det et skridt nærmere vil afhandlingen dog søge inspiration inden for andre retsområder samt de analyserede domme i ovenstående, og således anvende logikken herfra. Eftersom der er sket en overensstemmelse mellem koncerndefinitionerne med kun få nuan-

---

<sup>55</sup> Note: Antallet af sager der behandler denne problemstilling er nærmest ikke tilstede. Dog kan nævnes en ESMA afgørelse omhandlende securitisation (sag nr. 0508-03). Afgørelsen kan tjene til inspiration til afklaring, særligt inden for securitisation.

ceforskelle inden for regnskabs-, selskabsskatte-, børs- og selskabsretten, vil afgørelser inden for et af disse retsområder i overvejende grad kunne anvendes retsområderne imellem. Den præjudikatværdi, der søges i forbindelse med koncerndefinitionen, opstår primært fra selskabsskatteretlige afgørelser, da det er inden for dette retsområde, der bliver truffet flest afgørelser og afgivet bindende svar. Afhandlingen vil derfor i nærværende afsnit anvende selskabsskatteretlige afgørelser, som alt andet lige må have en afsmittende påvirkning på det selskabsretlige område.

Det fremgår i noterne til selskabsskatteloven<sup>56</sup>, at koncerndefinitionen i selskabsskatteloven skal fortolkes efter IAS 27 (2008), som vi også så det i selskabsloven. Det bekræftes i eksempelvis Tfs 2011.267 SR<sup>57</sup> af både Erhvervsstyrelsen og SKAT, at det er den reelle indflydelse frem for den formelle indflydelse, som er afgørende for, om der foreligger en koncern i selskabsskatteretten. De selskabsskatteretlige afgørelser i relation til koncerndannelse må derfor med rette kunne anvendes på det selskabsretlige område.

Først må det dog for god ordens skyld præciseres, at der er tale om koncerndefinitionen i relation til sambeskatning og ikke koncerndefinitionen i relation til retten til skattefrit udbytte<sup>58</sup>. Koncerndefinitionen i relation til sambeskatning er nærmere defineret i selskabsskattelovens § 31 C, og er i al væsentlighed i overensstemmelse med definitionen i selskabsloven. En vigtig forskel er dog, at selskabsskatteloven benytter betegnelsen **datterselskab**, hvor selskabsloven benytter betegnelsen **dattervirksomhed**, se bilag 1.

---

<sup>56</sup> Kilde: Karnov – note 547 til selskabsskatteloven

<sup>57</sup> Note: De afviser sambeskatning med et moderselskab, som alene var panthaver og reelt først ville udøve den bestemmende indflydelse ved misligholdelse af lånet.

<sup>58</sup> Note: Koncerndefinitionen i relation til skattefrit udbytte er markant anderledes end koncerndefinitionen inden for sambeskatning. Ved retten til skattefrit udbytte kræves der således kun mindst 10 % ejerskab af datterselskabets kapital, for at der i denne optik er tale om en koncern, jf. Selskabsskatteloven § 13, stk. 1 nr. 2.



Hvad angår hæftelse i sambeskatningskredsen er det interessant at bemærke, at SPE'erne ikke hæfter solidarisk, da hæftelse afhænger af moderselskabets ejerandele i SPE'en, hvilket jo typisk er nul<sup>59</sup>, når det er en SPE<sup>60</sup>. Bemærkelsesværdigt er det også, at hæftelsen imidlertid går den anden vej. Administrationsselskabet, som er det ultimative moderselskab, jf. SEL § 31 stk. 6, hæfter således for skatten (samt tillæg, renter og kildeskatter<sup>61</sup>) i SPE'en. Selskabsskatteretligt spiller ejerskab af kapitalandelene en stor rolle i forhold til datterselskaber i sambeskatningen, men ikke i relation til moderselskabet. Kan denne praksis formode at have afsmittende effekt på selskabsretten? Retsområderne har jo påvirkning på hinanden, hvorfor der naturligvis kan argumenteres herfor.

Ligeså så vi fra kartelsagerne i EU-dommene, at det afgørende for hæftelse her i første omgang var ejerskabet (formodningsreglen), som eksempelvis statueres i Akzo Nobel dommen. De to retsområder peger derfor umiddelbart i samme retning ved bedømmelse af moderselskabets hæftelse, om end kartelområdet er mere nuanceret end som så.

Det kan ydermere ikke udelukkes, at ejerskabet ikke bliver den eneste faktor ved mulige fremtidige afgørelser heraf. Ejerskabet kan eventuelt tænkes at være en af mange faktorer i en sådan bedømmelse. Det virker umiddelbart som et voldsomt skridt at statuere hæftelse mellem et moderselskab og dennes SPE, da der i så fald er tale om indgriben i en andens/andres formuesfære.

Med det formål at søge at komme hæftelsesproblematikken et skridt nærmere i relation til special purpose entities, vil vi i det følgende opstille to konkrete scenarier. Da der formentlig kan statueres hæftelse som følge af økonomisk enhed inden for andre områder end EU-konkurrenceret og de historiske ambi-tilbagebetalings-sager som hidtil er set, er scenarierne ikke konkretiseret i sådan en grad, at det er

---

<sup>59</sup> Note: Typisk nul eller en lille del. Hvis der ejes en lille del, hæftes der således pro rata.

<sup>60</sup> Selskabsskatteloven § 31 stk. 6 og SKATs juridiske vejledning: C.D.3.1.5.5 Hæftelse i sambeskatning.

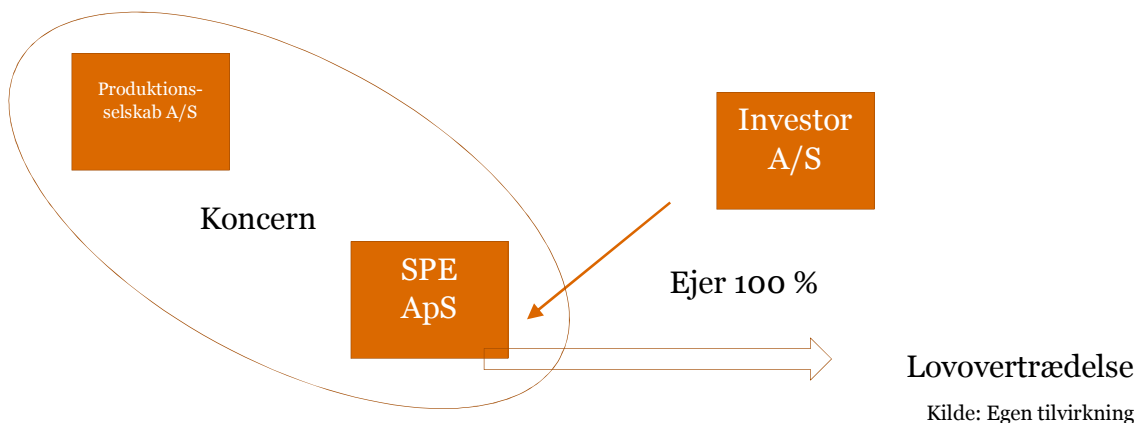
<sup>61</sup> Kilde: Den juridiske vejledning C.D.3.1.5.5

den bagvedliggende årsag, der er fokus på. Det er i højere grad en række argumentationer for og imod, hvorvidt hæftelse kan statueres over for de forskellige parter, årsagen uanfægtet.

### Scenarie 1

I det første scenarie har vi en situation, hvor et produktionsselskab har de facto kontrollen over en SPE. De økonomiske gevinster i SPE tilgår produktionsselskabet ligeså vel som de økonomiske risici også påhviler produktionsselskabet. Dermed bliver produktionsselskabet moderselskab for SPE'en. Produktionsselskabet har imidlertid ingen kapitalandele i SPE'en, hvorfor moderselskab og kapitalejer er to forskellige parter. Cirklen illustrerer koncernen.

Der sker så det, at der er foregået en form for lovovertrædelse i SPE'en. Det kunne eksempelvis være skattebedrageri, karteldannelse, selskabstømning etc.



### Kan Produktionsselskab A/S i særlige situationer tænkes at hæfte?

Da det er produktionsselskabet, som varetager de driftsmæssige og økonomiske beslutninger i SPE ApS, og det er produktionsselskabet, som har ret til de økonomiske gevinster herfra, antager produktionsselskabet og SPE'en derfor en sådan form, at de må anses for at være en økonomisk enhed. Ud fra den betragtning vil det være nærliggende at antage, at hæftelse vil kunne opstå. Omvendt vil en hæftelse inden for koncernforholdet i dette tilfælde gribe ind i en anden formuesfære, da produktionsselskabet ikke er kapitalejer i SPE'en, hvilket er et stærkt argument imod en sådan hæftelse.

Som omtalt i ovenstående, hæfter administrationsselskabet for skatten i samarbejds-kredsen, uanset ejerandele. Det kan derfor indikere, at der også vil kunne opstå hæftelse i andre sammenhænge.

Argumenterne for hæftelse i EU konkurrenceretten/kartelsagerne er, at hvis to eller flere juridiske enheder indgår i en økonomisk enhed, må moderselskabet til disse juridiske enheder være solidarisk ansvarlige for kartelretlige overtrædelser inden for den økonomiske enhed.

Der foreligger således som tidligere behandlet inden for EU's konkurrenceret, en formodningsregel om, at moderselskabet som kapitalejer i datterselskabet har mulighed for afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik, herunder økonomiske, organisatoriske og juridiske forhold. Det væsentlige er ikke, hvem der har taget initiativet til lovovertrædelsen<sup>62</sup>.

I SPE-situationen er der derimod, i hvert fald i teorien, en klar afgrænsning mellem ejerskabet og den afgørende indflydelse. Det synes derfor interessant at spørge, hvad der sker i EU konkurrenceret, hvis et af leddene pilles ud af ligningen:

~~Ejerskab som er Kommissionens bevis = Formodning for afgørende indflydelse = Økonomisk enhed = Hæftelse~~

Ejerskabet er efter vores opfattelse blot en måde at forsimple Kommissionens bevisførelse på. Vi antager derfor, at der i EU konkurrenceretten godt kan foreligge en sådan økonomisk enhed, selvom ejerskabet ikke er til stede. Kommissionen må i de tilfælde dog have konkrete beviser i forhold til den afgørende indflydelse (stadig ikke i forhold til, hvem der har taget initiativet til overtrædelsen), for at konstatere, at der foreligger en økonomisk enhed.

Ligningen må herefter blive som følger:

Konkrete beviser for afgørende indflydelse = Økonomisk enhed = Hæftelse

I relation til EU konkurrenceret (og muligvis andre retsområder) bliver det komplicerede derfor efter vores opfattelse at vurdere, hvorvidt der er tale om en SPE

---

<sup>62</sup> Note: Jævnfør Akzo Nobel dommen

eller ej, samt bevisførelsen heraf. Hvis moderselskabet (produktionsselskabet) i første omgang har valgt at indregne SPE'en i koncernregnskabet, har moderselskabet (produktionsselskabet) allerede indikeret, at de har afgørende indflydelse på SPE'en. Hvis vi vender tilbage til Parker-dommen, som blev behandlet under afsnit 7.3.2, er de implicerede en økonomisk enhed, da datterselskaberne er ensrettede med moderselskabet i deres handle måde. En SPE er ligeledes ofte ensrettet med moderselskabet (i dette tilfælde jo ikke kapitalejeren), hvorfor logikken fra Parker-sagen må kunne anvendes, når vi taler om en SPE. SPE og moderselskabet (igen ikke kapitalejeren) må endvidere anses for at være en økonomisk enhed, da det jo netop er karakteristisk, at en SPE ikke er en selvstændig fungerende enhed, og SPE'en må antages at følge det langsigtede økonomiske mål, der er hos moderselskabet (i dette tilfælde produktionsselskabet).

Vi mener derfor ud fra denne logik at kunne besvare bekræftende til spørgsmålet ”*Kan Produktionsselskab A/S i særlige situationer tænkes at hæfte?*”. Her tænkes naturligvis ud over den sambeskatningshæftelse Produktionsselskab A/S allerede har påtaget sig i kraft af rollen som administrationselskab.

Hvorvidt EU-retten nægter indgriben i anden formuesfære afklares først, når der er en egentlig retssag herom. Det kan, hvorom alting er, ikke afvises, at ejerskab er det altovervejende i forhold til hæftelse i alle andre relationer end et administrationselskabs hæftelse i sambeskatningen.

#### *Kan Investor A/S i særlige situationer tænkes at hæfte?*

Hvis produktionsselskabet og investor ikke har foretaget den rigtige klassifikation af SPE'en, således at investor medtager SPE'en i sit koncernregnskab, foreligger formodningsreglen opfyldt rent EU konkurrenceretligt. Kommissionen vil som udgangspunkt kunne nøjes med at fremlægge bevis for investors ejerskab af SPE'en for at statuere hæftelse, selvom de de facto ikke udgør en økonomisk enhed<sup>63</sup>. Tilsvarende vil investor og SPE indgå i samme sambeskatningskreds, og både investor og SPE vil hæfte solidarisk for skatten mv.

---

<sup>63</sup> Kilde: IAS 27 (2008) og EF artikel 81

Hvis investor omvendt ikke har konsolideret SPE'en i sit koncernregnskab og dermed signalerer, at investor og SPE ikke udgør en økonomisk enhed, vil investor kunne fremlægge bevismateriale for at afkræfte den EU retlige formodningsregel. Hvor meget bevisførelse der skal til for at afkræfte formodningen, må bero på en individuel vurdering, eventuelt med inspiration fra ovenstående konkrete sager.

### *Scenarie 2*

I nærværende scenarie er lovovertrædelsen foretaget hos investoren (eller et af investoren ejet datterselskab), hvilket giver anledning til at spørge, hvorvidt SPE'en kan tænkes at hæfte.

Hvis SPE'en kan ende med at hæfte for investoren, kan det få fatale følger for produktionsselskabet, hvis aktiviteten i SPE'en er af stor vigtighed herfor. I dette scenarie er domicilejendommen for produktionsselskabet placeret i SPE'en, og det medfører, at produktionssetup'et skal flyttes, hvilket vil koste tid, penge, kunder og muligvis være umuligt. Hvis vi relaterer dette scenarie til sambeskatningen, så vil der ikke være tale om en koncern og dermed ingen hæftelse, under den antagelse at konsolideringen er korrekt.

Men SPE'en har jo ingen indflydelse på det, der sker i Investor A/S – hvorfor skulle denne så risikere at hæfte? Hvis ejerskab er det altovervejende, forestiller vi os så, at der er en reel risiko for, at SPE'ens aktiver ”ryger” med i Investor A/S' aktiver? Ud fra ovenstående overvejelser virker det ret usandsynligt, at Investor A/S og SPE vil blive betragtet som en økonomisk enhed i det tilfælde, at der sker lovovertrædelser i Investor A/S. SPE kan umuligt have forhindret det, der nu er sket hos Investor A/S, og de to separate juridiske enheder antages ikke at forfølge samme overordnede strategiske mål, der er ingen samhandel mv.

### *Specificerede aktiver / siloer*

Ikke blot hele juridiske enheder som SPE'erne, men også dele af juridiske enheder kan komme i betragtning i relation til koncerndannelse, som vi så under afsnit 6.2.1. Selskabsretligt anerkendes siloerne som en dattervirksomhed, hvilket giver anledning til en del spørgsmål. I forhold til hæftelse er det et endnu uprøvet

område af selskabsretten, hvorfor det heller ikke her er afklaret, hvorvidt hæftelsen kan omfavne disse siloer. Afhandlingen vil, som ved SPE'erne, forsøge at ræsonnere sig frem til velbegrundede bud.

Hvis vi perspektiverer til den skatteretlige koncerndefinition (ved sambeskatning), synes afklaringen ikke så ligetil. Da selskabsskatteloven i sin koncerndefinition i § 31 C, specifikt anvender begrebet datters**selskaber**, samt at det endvidere er formuleret, at *”Et selskab kan kun have èt direkte moderselskab”*, tolker vi det således, at selskabet indeholdende en silo, ikke kan opdeles og således have to moderselskaber. I selskabsloven er det tilsvarende formuleret således *”En virksomhed kan kun have èt direkte moderselskab”*. Siloerne anerkendes som virksomheder i selskabsloven, men det synes ikke umiddelbart at være tilfældet i selskabsskatteloven.

Omvendt står der i noterne<sup>64</sup> til selskabsskattelovens § 31 C, at:

*”(..) kommer koncerndefinitionen til at svare til selskabslovens og årsregnskabslovens koncerndefinition, der i øvrigt svarer til den definition, der er i den internationale regnskabsstandard (IAS 27). (IAS 1) og (IAS 27) har ikke samme anvendelsesområde, jf. § 31 c. En koncernforbindelse efter (IAS 1) medfører ikke nødvendigvis koncernforbindelse efter § 31 c, mens det modsatte er gældende ved (IAS 27), jf. SKM 2010 733 SR.”*

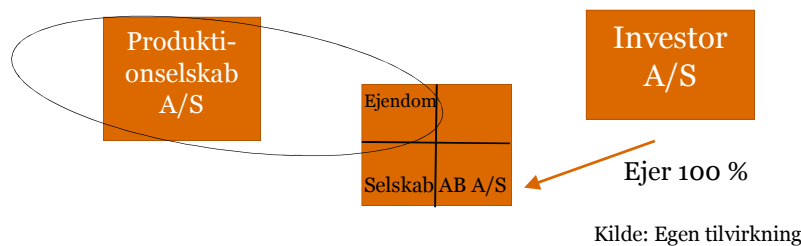
Det synes derfor ikke at være åbenlyst, hvorvidt siloer anerkendes i selskabsskatteloven, og da det vurderes at være uden for afhandlingens centrale problemstillinger at afklare koncerndefinitionen, jf. selskabsskatteloven i relation til siloer, er perspektiveringen til sambeskatningshæftelsen udeladt i de følgende scenarier.

Vi fortsætter med et simpelt produktionsselskabs setup, som vi også så i ovenstående scenarier. Siloen består af ejendomsaktiviteten samt den gæld og egenkapital, der særskilt kan henføres hertil.

---

<sup>64</sup> Kilde: Karnov – note 547 til selskabsskatteloven

Ejerskabet er det samme, produktionsselskabet ejer ingen kapitalandele i siloen, disse besiddes 100 % af Investor A/S. Forskellen består imidlertid i, at ”datterselskabet” har to særskilte aktiviteter, hvor produktionsselskabet kontrollerer den ene aktivitet i dette tilfælde en ejendom. Den eller de øvrige aktiviteter i Selskab AB A/S kontrolleres således af Investor A/S. Produktionsselskab A/S har ret til den økonomiske gevinst fra aktiviteten med ejendommen og bærer også de økonomiske risici herved.



Cirklen illustrerer den selskabsretlige koncern.

### *Scenarie 3*

Scenarie 3 tager udgangspunkt i, at det er i siloen, der er foregået en lovovertrædelse. Afhandlingen ønsker således at besvare, hvorledes det kan tænkes at stille Produktionsselskab A/S, Selskab AB A/S og Investor A/S.

### *Kan Produktionsselskabet i særlige situationer tænkes at hæfte for siloen?*

I forhold til EU konkurrenceret må det være de samme argumentationer, som hvis der var tale om en SPE. Den eneste forskel hertil er, hvorvidt aktiviteten er placeret i et særskilt selskab, eller om aktiviteten er en adskilt del i et selskab med andre aktiviteter og ikke en selvstændig juridisk enhed i sig selv. Spørgsmålet er så, om den juridiske status har en så afgørende betydning, at det ændrer vores konklusion i forhold til, hvis det var en SPE? Da økonomiske enheder i forvejen ser lidt bort fra det juridiske setup, vurderer vi, at siloer må blive behandlet som SPE'er. Vi vurderer derfor, at Produktionsselskabet godt kan risikere at hæfte for siloen i særlige situationer. Dog må bevisbyrden være hos Kommissionen (i kartelsager), da formodningsreglen jo ikke kan anvendes over for Produktionsselskabet. Tilsvarende vil bevisbyrden, for at der er tale om en økonomiske enhed, være hos staten, SKAT etc. i ambi-lignende sager.

Hvis Kommissionen, SKAT, kreditor etc. kan få dækket sit krav ved at statuere hæftelse mellem silo og investor eller silo og selskab AB, virker det mest sandsynligt, at disse parter ikke vil begynde at gå efter produktionsselskabet, da det må formodes at kræve et større arbejde, jævnfør ovenfor beskrevet.

*Kan Selskab AB tænkes at hæfte for siloen?*

Hvis der er sket karteldannelse i siloen<sup>65</sup>, vil det være naturligt at det er hele den juridiske enhed Selskab AB A/S, som hæfter for bøden. Det er i forvejen næsten umuligt for et moderselskab at undgå en hæftelse for sit datterselskab i sådan en situation. Det bliver ikke mindre kompliceret af, at det er inden for samme juridiske enhed, at der skal foretages en adskillelse af hæftelsen. Vi vurderer derfor, at der skal usandsynlig meget til, for at Selskab AB A/S ikke hæfter for siloen i tilfælde af kartelsager.

I relation til ambi-lignende sager vil det også være naturligt at lade Selskab AB og siloen være en økonomisk enhed, da de i forvejen er en juridisk enhed. Der må så og sige være en formodning om, at Selskab AB og siloen er en økonomisk enhed, indtil andet er bevist. Og denne bevisbyrde synes nærmest umulig at løfte.

*Kan Investor A/S tænkes at hæfte?*

I relation til EU-konkurrenceretten hæfter Investor A/S som udgangspunkt, da formodningsreglen er overholdt. Hvor tungt vejer det så, at Produktionsselskabet de facto har kontrollen? Inden for EU-konkurrenceretten er formodningsreglen i sig selv så svær at bryde, at Investor må forberede sig på at hæfte.

#### *Scenarie 4*

Hvis der er foregået noget ulovligt i Selskab AB, hvorledes stiller det så siloen?

På samme måde som i scenarie 3 vurderer vi, at det er nærmest umuligt at fremlægge tilstrækkelig bevismateriale for at opdele den juridiske enhed i to. Således vurderer vi, at siloen sandsynligvis ikke kan undgå en hæftelse for kartelsager etc. i Selskab AB.

---

<sup>65</sup> Note: Berettiger nok et andet eksempel end en ejendom, men det har vi valgt at se bort fra.



### 7.3.7 Grænsefladen omkring ejerftaler (aktionæroverenskomster)

Koncerndefinitionen, som efter selskabsreformen i 2010, nu afhænger af bestemmende indflydelse, ligger op til, at formodningsreglen omkring besiddelse af stemmerettigheder kan brydes i kraft af aftale, som vi behandlede i afsnit 6.1.1. Modsatrettet blev der med selskabsreformen i 2010 også indført en indskrænkelse af ejerftalernes retslige styrke. Det selskabsretlige hierarki er derfor nu således<sup>66</sup>:

- 1) selskabsloven
- 2) vedtægter
- 3) ejerftaler

Det ses i SL § 82, der lyder som følger:

*”Ejerftaler er ikke bindende for kapitalsekskabet og de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen.”*

Som Erik Werlauff medgiver i bogen Selskabsret, side 420<sup>67</sup>, må SL § 82 i dette tilfælde vige for forskrifterne i SL § 7, stk. 3, nr. 1-4, hvis bestemmelserne i selskabsloven skal virke efter hensigten. Dette er i tråd med Skatterådets udtalelse i SKM 2010.688 SR, hvor Skatterådet udtaler, at de respekterer ejerftaler, hvis der er en formodning om, at de efterleves. Endvidere fremgår det i nærværende sag, at det kræver en individuel vurdering i hver sag. Det henstår så i det uvisse, hvor meget der skal til, for at ejerftalen ikke efterleves. Er det eksempelvis hele aftalen til punkt og prikke? Eller er det en balancegang, således at hvis den i overvejende grad overholdes, så skal den respekteres? Disse svar kan ikke kommes nærmere i nærværende afhandling, det antages blot, at ejerftalerne overholdes og respekteres, og der hejses således blot et flag for problemstillingen.

Før selskabsreformen kunne en ejerftale ikke henholdsvis bryde og skabe koncernforhold, men det er tilfældet nu. Området er dog en skatteretlig, regnskabsretlig og selskabsretlig gråzone. Hvis formodningsreglen skal brydes, skal det ”klart kunne påvises”. Hvor mange og hvilke elementer skal der så være i ejerftalen, for

---

<sup>66</sup> Kilde: Den Nye Selskabslov, side 200-201

<sup>67</sup> Note: 9. udgave

at den er ”stærk” nok? Ejerftalerne er vidt forskellige i udformning, og det er således en individuel vurdering af, hvornår de er ”stærke” nok til at bryde formodningsreglen. I situationer, hvor der ikke er en part, der besidder flertallet af stemmerettighederne, er der ikke tale om nogen formodning, som først skal afkræftes. En ejerftale vil i sådan en situation endnu lettere kunne medføre en koncernkonstellation, som også omtalt under afsnit 6<sup>68</sup>.

Afhandlingen vil i det følgende behandle tre konkrete sager fra Skatterådet. Der er to sager, der omhandler formodningsreglen, altså hvis en part ejer mere end 50 % af stemmerne i et selskab, formodes denne at have den bestemmende indflydelse, og dermed vil parten indgå i koncern med pågældende selskab. Herefter vil afhandlingen behandle en sag, hvor der ikke forelå denne formodning.

Efter de konkrete eksempler vil afhandlingen søge at behandle problemstillingen i relation til hæftelse. Der anvendes også her en række praktiske eksempler. Besvarelsen vil søge inspiration fra de andre områder inden for afsnit 7.3 Økonomisk enhed samt sambeskatningsreglerne i selskabsskatteloven.

#### *Eksempler, hvor der er en formodning*

Eksempelvis kan nævnes SKM 2010.209 SR, hvor et selskab ejede 75 pct. af både stemmer og kapital i to datterselskaber. Et andet selskab ejede de resterende 25 pct. En ejerftale krævede enighed mellem aktionærerne i alle beslutninger, og det var derfor efter SEL § 31 C, stk. 3, påvist, at ejerforholdet ikke udgjorde bestemmende indflydelse.

Modsat kan nævnes SKM 2011.307 SR, hvor formodningen ikke blev brudt. Et selskab, lad os kalde det C ApS (driftsselskab), ejes henholdsvis 75 % af A ApS og 25 % af B ApS, som også er fordelingen af stemmerettighederne. Ejerftalen krævede til følgende punkter 90 % tilslutning:

- Væsentlige indskrænkninger i selskabets forretningsområde, herunder salg af væsentlige dele af selskabets virksomhed eller selskabets opløsning
- Opsigelse af en af de to parter

---

<sup>68</sup> Kilde: Jf. Skatterådets udtalelse i SKM 2010.688 SR

- Ændring af selskabets vedtægter
- Ydelse af lån og kaution uden for rammerne af selskabets daglige drift
- Anskaffelse eller afhændelse af fast ejendom
- Anskaffelse, herunder indgåelse af leasingkontrakter, vedrørende driftsmidler, hvis anskaffelsessum overstiger 1 mio. kr.

Da ejeraftalen primært har karakter af at være mindretalsbeskyttende og ikke direkte relaterer sig til de økonomiske og driftsmæssige beslutninger, påviser de ikke klart, at formodningsreglen brydes. C ApS og A ApS er derfor sambeskattet.

Det er SKATs opfattelse, at vetorettigheder, som er mindretalsbeskyttende, reelt ikke griber ind i majoritetshaverens bestemmende indflydelse på de økonomiske og driftsmæssige beslutninger,<sup>69</sup> og derfor som i ovenstående sag ikke bryder formodningsreglen.

SKAT nærmer sig derfor en definition af, hvornår formodningsreglen ”formodes” at blive brudt. Det skal understreges, at det afhænger af en konkret individuel vurdering, da ejeraftaler som sagt findes i mange udformninger.

#### *Eksempel hvor der ikke er formodning*

I SKM 2010.687 SR havde henholdsvis A ApS og B ApS 45 % af stemmerettighederne og kapitalandelene i C ApS. De resterende 10 % ejedes af øvrige parter.

Umiddelbart er der derfor ikke en formodning om en koncerndannelse, da ingen parter besidder flertallet af stemmerettighederne. Der er mellem A ApS og B ApS indgået en ejeraftale, der giver A ApS ret til at udpege 2 ud af de 3 vedtægtsbestemte bestyrelsesmedlemmer, og B ApS kan således udpege det sidste medlem.

Skatterådet erklærer, at denne ejeraftale er tilstrækkelig til, at der opstår sambeskatning mellem A ApS og C ApS.

#### *Ejerftaler i relation til hæftelse*

Scenarierne er muligvis forsimplet i forhold til eks. store børsnoterede danske koncerner. Men der er for det første afgrænset herfra, og for det andet er ejerftaler i

---

<sup>69</sup> Kilde: SKATs juridiske vejledning C.D.3.1.2.2 Koncernforbindelse

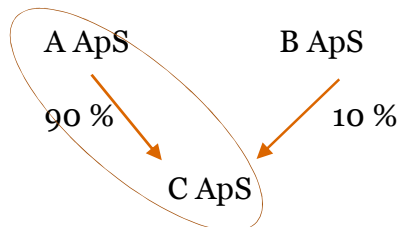
særdeleshed anvendt i SMV segmentet<sup>70</sup>. Det virker derfor relevant at tage udgangspunkt heri.

I relation til en eventuel hæftelsesproblematik forestiller vi os i første scenarie udfordringerne med ejeraftaler og disses retsmæssige virkning, når de skaber et koncernforhold til en mindretalsaktionær.

### *Scenarie 5 - formodning*

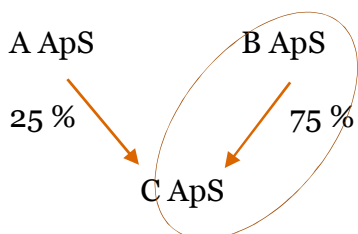
Et tænkt illustrativt eksempel herpå kan være:

A ApS ejer 90 % af stemmerne og kapitalandelene i C ApS. B ApS ejer de resterende 10 %. Derfor indgår A ApS og C ApS i en koncern både selskabsretligt og i sambeskatningsøjemed.



En ejeraftale giver nu B ApS 75 % af de samlede stemmerettigheder i C ApS. Så på trods af A ApS' formelle ejerskab, bliver der efter aftalens indgåelse en koncerndannelse mellem B ApS og C ApS.

Derefter bliver fordelingen således:



Hvis vi forestiller os, at der i C ApS foregår nogle ulovligheder som karteldannelse etc., kan A ApS så risikere at hæfte herfor, da A ApS besidder aktiemajoriteten, men ikke udgør et koncernmoderselskab? Trods ejerskabet har A ApS netop videregivet nøglen til de driftsmæssige og økonomiske beslutninger, hvorfor det

<sup>70</sup> Kilde: Den Nye Selskabslov, kap. 9 af Mette Neville, samt Erik Werlauff i U 2009 B 119

kan være svært at påstå, at A ApS må have vidst, hvad der foregik i C ApS. Endvidere kan selskabslovens underkastelse af ejeraftaler i SL § 82 måske få den selskabsretslige betydning, at A ApS på trods af ejeraftalen burde vide, hvad der foregår i C ApS, og med det argument kan A ApS gøres ”medskyldig” og medhæftende? Det er endnu uafklaret i hæftelsesmæssig sammenhæng. Det må forventes at kunne lægges til grund, hvis det kan dokumenteres, at A ApS har haft kendskab til de foregåede ulovligheder.

Under ovenstående afsnit ”Grænsefladerne Special Purpose Entities” fandt vi, at det i kartelsagerne er afgørende, hvem der har den bestemmende indflydelse på datterens handelspolitik, herunder økonomiske, organisatoriske og juridiske forhold. Omvendt var Kommissionens bevisgrundlag i første omgang blot ejerskabet, hvorfor A ApS i denne sammenhæng umiddelbart vil hæfte for C ApS’ overtrædelser. Spørgsmålet er, om en ejeraftale, evt. i tillæg med øvrig dokumentation, er tilstrækkelig til at afkræfte formodningen i EU-konkurrenceret? En ejeraftale kan sandsynligvis ikke udgøre bevis nok i sig selv, når det tages i betragtning, hvor meget der tilsyneladende skal til at afkræfte formodningen.

Hvad angår sambeskatningshæftelsen vil den ikke være tilstede mellem A ApS og C ApS, da de ikke udgør en sambeskatningskreds. B ApS vil i sambeskatningen hæfte for C ApS, da B ApS i dette scenarie er administrationselskab. C ApS hæfter pro rata for skatten i sambeskatningskredsen.

Retsområderne peger derfor ved første øjekast i lidt forskellige retninger, med mindre EU-domstolen respekterer en ejeraftale uden øvrig dokumentation. Og forvirringen bliver kun større som følge af SL § 82. Det kan forudsættes at A ApS deltager i generalforsamlingerne. Da A ApS i princippet er i stand til at bryde ejeraftalen på generalforsamlingerne, kan der argumenteres for, at A ApS er i stand til at forhindre kartelsager og lignende ulovligheder i C ApS. Omvendt kan der argumenteres for at B ApS bør kunne ”tåle” en potentiel hæftelse, eftersom B ApS har stemmeflertallet, i hvert fald så længe A ApS respekterer ejeraftalen. Det kan derfor virke passende at lade B ApS være den udsatte for eventuel hæftelse i tilfælde, hvor ejeraftalen er overholdt.

### *Scenarie 6 - formodning*

Hvis vi tager eksemplet fra SKM 2010.209 SR, hvor en ejerftale betød, at der ikke opstod en koncern, da der krævedes enighed i alle beslutninger, hvorledes stiller det parterne i relation til hæftelse?

Hvis vi relaterer til EU-kartelsagerne, nærmere bestemt Dow Chemicals dommen, vurderede EU domstolen, at denne negative indflydelse var tilstrækkeligt til, at begge kapitalejere hæftede for lovovertrædelsen. Begge ”moderselskaber” havde med deres negative indflydelse mulighed for at stoppe ulovlighederne.

Omvendt vil der, hvis vi relaterer til sambeskatning, ikke være nogen hæftelse, da ingen af de potentielle mødre indgår i sambeskatningen med det fællesejede joint venture selskab.

I denne sag er det karakteristisk, at der, trods en betydelig majoritetsejer (75 %), ikke opstår nogen koncern, da der foreligger en ejerftale. I EU-kartelsagerne vil udfaldet afhænge af, om ejerftalen tillægges betydning. Hvis ejerftalen tilside-sættes, må der som udgangspunkt foreligge en økonomisk enhed mellem majoritetsejeren og ”datterselskabet”.

Umiddelbart vil vi ikke vurdere, at der er de store hæftelsesrisici for de potentielle moderselskaber i tilfælde som dette, hvis vi ser bort fra risikoen ved kartelsager. EU-kartelsagerne går ret langt med at statuere hæftelse i Dow Chemicals dommen, hvorfor vi ikke finder, at denne sag umiddelbart vil have afsmittende effekt på andre retsområder, men det kan naturligvis ikke definitivt afvises.

### *Scenarie 7 – ingen formodning*

I det sidste scenarie vil afhandlingen tage udgangspunkt i SKM 2010.687 SR, som også blev gennemgået i ovenstående. Det blev konstateret, at en ejerftale skabte et koncernforhold mellem A ApS og C ApS, alene på den baggrund at A ApS ifølge aftalen kunne udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne.

Sambeskatningsmæssigt hæfter C ApS pro rata i sambeskatningskredsen. A ApS hæfter for C ApS’ skat. Der er ingen hæftelse i forhold til B ApS og de øvrige mindretalsaktionærer.

I relation til kartelsagerne minder situationen om Dow Chemicals, hvor begge de potentielle moderselskaber endte med at hæfte. Spørgsmålet er så, om EU konkurrenceretten respekterer ejaftalen, således at det kun er A ApS, der evt. kan risikere denne hæftelse? Uanset hvad, virker det i EU-konkurrenceretlig perspektiv som rimeligt, at i hvert fald A ApS må hæfte solidarisk med C ApS.

### *Opsummering grænsefladerne Special Purpose Entities, siloer og ejaftaler*

Det kan konstateres, at de udvalgte grænseflader til selskabslovens koncerndefinition efterlader en række problemstillinger, særligt hvad angår hæftelse. Der er i afhandlingen opstillet nogle konkrete og forsimplede scenarier, hvor der med udgangspunkt i de analyserede domme i nærværende afsnit samt hæftelse inden for sambeskatningsreglerne, er søgt at finde en besvarelse på, om der i særlige situationer kan tænkes at statueres hæftelse for de involverede parter i scenarierne.

For overskuelighedens skyld vises ovenstående scenarier i oversigtsform i forhold til, om det vurderes; 1) at der på nuværende tidspunkt i overvejende grad eksisterer en afklaring på problemstillingen, og 2) at der på nuværende tidspunkt i overvejende grad ikke eksisterer en afklaring på problemstillingen.

### ***Overvejende afklaring:***

Produktionsselskab kan risikere, at hæfte for SPE (Scenarie 1)

Investor kan risikere, at hæfte for SPE (Scenarie 1)

SPE hæfter sandsynligvis ikke for Investor (Scenarie 2)

Selskab AB hæfter som udgangspunkt for silo (Scenarie 3)

Investor hæfter for silo (Scenarie 3)

Silo hæfter for Selskab AB (Scenarie 4)

Majoritetsejer har afgivet varetret i ejaftale (Scenarie 6) – ingen hæftelse ud over evt. kartelsager.

A ApS hæfter for C ApS som følge af ejaftale (Scenarie 7)

### ***Ikke overvejende afklaring:***

Hvorvidt produktionsselskab hæfter for silo (Scenarie 3)

Hvorvidt A ApS og B ApS hæfter som følge af ejerftale (Scenarie 5)

Hvorvidt B ApS hæfter for C ApS (Scenarie 7)

#### **7.3.8 Opsummering**

I nærværende afsnit er afhandlingen kommet nærmere ind på begrebet ”en økonomisk enhed”, samt hvordan en sådan opstår i et juridisk perspektiv. Den økonomiske enhed kendes både fra EU's konkurrenceret, nærmere betegnet kartelsagerne, ligesom det her hjemme kendes fra ambi-sagerne, som omhandler virksomheders erstatningskrav mod staten/SKAT.

Ud fra de foretagne analyser efterlades et indtryk af, at en økonomisk enhed i væsentlig grad nemmere opstår i EU-konkurrenceretligt regi, end det gjorde i ambi-sagerne. Dette skyldes formodningsreglen, som anvendes i kartelsagerne, og som synes øjensynlig svær at afkræfte for virksomhederne.

I ambi-sagerne synes vi endvidere at kunne se en årsagssammenhæng mellem de virksomheder, som bliver set som en samlet økonomisk enhed, i hvert fald når der er tale om en økonomisk enhed, der rækker uden for koncernforholdet. Forstået på den måde, at ambi-afgiften i selskab A direkte er kommet virksomheds-ejer B (og hovedaktionær i selskab A) til gode, hvilket vi så i SKM 2002.352 Ø og SKM 2002.435 Ø. I tilfælde, hvor der er statueret identifikation mellem koncernforbundne parter er det også tydeligt, at koncernforbindelsen i sig selv ikke er nok. Der skal altså ”noget mere til”, for at to eller flere koncernforbundne selskaber ses som en økonomisk enhed. Dette ”noget mere” må bero på en individuel vurdering, men forhold som samhandel, koncernens størrelse<sup>71</sup> og sammenfald i ledelsen peger tydeligvis i retning af en økonomisk enhed.

Afhandlingen har ydermere søgt at behandle hæftelsesproblematikken i relation til to grænseflader inden for koncerndannelse. De to grænseflader er henholdsvis

---

<sup>71</sup> Note: Koncerns størrelse havde betydning i Gori A/S sagen. Københavns Byrets dom af 6. oktober 2000, BS-4C1883/97



SIC 12 omkring de særlige Special Purpose Entities og herunder siloer samt ejer-aftaler. Alene spørgsmålet om koncerndannelsen, er i begge tilfælde et gråzone-område uden en definitiv facitliste. Når selve koncernforholdet så er afklaret, giver det i relation til hæftelse inden for en økonomisk enhed, anledning til overvejelser om, hvorvidt der kan statueres hæftelse inden for denne koncern. Hvis vi overfører logikken fra EU karteldommene og reglerne om hæftelse inden for sam-beskatning, vurderes det, at der i visse situationer kan statueres hæftelse i disse koncernforhold. Dette til trods for, at der vil ske indgriben i en helt anden for-muesfære.

## 7.4 Medvirken

### 7.4.1 Definition

Afslutningen på afsnittet ”økonomisk enhed” bringer os videre til den næste und-tagelse, som er betegnet ”medvirken”. Medvirken drejer sig om handlinger, eller mangel på samme, som foretages, mens virksomhederne er i drift.

Der kan i visse tilfælde statueres hæftelse for en majoritetsejer, hvis denne fysiske eller juridiske person medvirker til et kvalificeret retsbrud over for en eller flere kreditorer eller medkontrahenter. Med tryk på kvalificeret, da en majoritetsejer selvsagt ikke til enhver tid hæfter sammen med sit selskab. Det kommer dermed an på handlingen og retsbruddet. Majoritetsejeren skal have medvirket eller beordret selskabet til at foretage retsbruddet.

For at sikre sig imod, at enhver krænket tredjepart ikke automatisk går ud fra, at han kan gå direkte efter majoritetsejeren, er det nødvendigt med en afgræsning inden for begrebet ”medvirken”. Denne afgræsning tager udgangspunkt i, at det kun er ”kvalificerede” forhold hos majoritetsejeren, der kan statuere hæftelse soli-darisk mellem majoritetsejeren og virksomheden.

Begrebet ”kvalificeret” skal dog ikke ses i sammenhæng med loven SL § 362, stk. 1, som siger, at majoritetsejeren skal have handlet groft uagtsomt eller forsætligt, før majoritetsejeren kan komme til at hæfte. Med begrebet ”kvalificeret” menes de til-fælde, hvor en majoritetsejer foretager handlinger, der ellers må karakteriseres som ledelseshandlinger. Herved er majoritetsejeren ikke længere kun omfattet af

de groft uagtsomme og forsætlige handlinger. Simpelt uagtsomme handlinger kan således også udløse erstatningspligt, hvilket eksempelvis ses i U.1997.364H, Satair Holding. I denne sag forsøgte moderselskabet at slippe for udskudte skatter ved at sælge datterselskabet til en såkaldt selskabstømmer. Her blev moderselskabet ikendt erstatningsansvar, da moderselskabet havde handlet erstatningspådragende.

#### 7.4.2 Retspraksis

##### *Microsoft*

Et mere ligetil tilfælde ses i Microsoft sagen U.1999.326Ø, hvor der også blev stueret hæftelse som følge af medvirken, eftersom domstolene sagde, at hovedaktionæren havde medvirket i selskabets krænkelse af Microsofts rettigheder og produkter. Eneanpartshaveren havde videresolgt edb-programpakker fra Microsoft, hvilket er i strid med ophavsretsloven. Så på trods af at det sagsøgte selskab var gået konkurs, gik sagsøger i stedet efter selskabets hovedaktionær, fordi sagsøger mente, at hovedaktionæren havde medvirket til den ulovlige kopiering af produkter. Hovedaktionæren var eneaktionær og forestod den daglige drift. Selskabet kunne dermed ikke have foretaget krænkelse uden eneaktionærens medvirken. Da der kunne stueres medvirken, kom hovedaktionæren til at hæfte for forpligtelsen i det konkursramte selskab.

##### *Arkitektens tilsynssvigt (U.2003.915 Ø) og Flyttefirmaet (U 2009.2269 V)*

Medvirken bliver oftest stueret i tilfælde med selskaber, hvor der er en enkelt hovedaktionær, som selv forestår den daglige drift, da det forholdsvis nemt kan synliggøres, at selskabet ikke kunne have foretaget sig disse handlinger uden hovedaktionærens medvirken. Det sås i ovenstående dom. Et andet eksempel er U 2003.915 Ø, hvor en arkitekt, der var hovedaktionær i et opløst selskab, kom til at hæfte for nogle alvorlige fejl, som blev fundet ved 5 års eftersynet. Disse fejl kunne være undgået, hvis hovedaktionæren/arkitekten havde gjort sit arbejde ordentlig. Et andet eksempel er U 2009.2269 V, hvor et flyttefirma havde afgivet et tilbud på flytning af et bo, men flyttefirmaet fremsendte herefter en regning, der var højere end det aftalte tilbud. Kunden ville derfor ikke betale, og flyttefirmaet tilbageholdte

dermed boet. Tilbageholdelsen kunne ikke være sket uden hovedaktionærens medvirken.

Der laves springende regres, hvor sagsøger går efter personen uden for kontraktforholdet, da det jo oftest er selskabet, der er indgået kontrakt med. Den første dom omtaler en arkitekt, der klart har tilsidesat sin tilsynspligt. Arkitekten var oprindeligt eneejer af bygherreselskabet, som senere blev opløst. I denne situation er der tale om ”**klare faglige fejl**”<sup>72</sup>, som arkitekten kunne have undgået, og dermed kunne der statueres medvirken, og arkitekten kom dermed til at hæfte for sit selskab, for det krav Byggeskadefonden havde rejst, i forbindelse med udbedring af de alvorlige mangler.

Den anden dom omtaler flyttefirmaet, hvor eneejeren ligeledes var den daglige leder, og flyttefirmaet opnåede aftaler ved at give fordelagtige priser, hvorefter flyttefirmaet derefter tilbageholdte kundernes gods og efterfølgende krævede yderligere betalinger. Majoritetsejeren havde dermed bevidst handlet til skade for kunden. Der kunne derfor påvises et ”**kvalificeret retsbrud**”<sup>73</sup>, og ejeren blev dermed dømt til at hæfte solidarisk med sit selskab.

I begge tilfælde er der tale om personer, som er eneejere, men det kunne lige så godt have været et moderselskab, der kunne have været statueret medvirken overfor. Medvirken er dermed ikke begrænset til fysiske personer. Det er ikke altid kun i tilfælde, hvor der er blevet handlet groft uagtsomt eller forsætligt, som tidligere nævnt i forbindelse med Satair Holding dommen, kan det også være i forbindelse med almindelige ledelsesmæssige beslutninger, det sker.

Hvis der perspektiveres til analysen af støtteerklæringer i afsnit 7.2, særligt Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S dommen, ses det, at der er væsentlige forskelle som forekommer modstridende. Der synes således ikke, i undtagelsen omkring medvirken i dette afsnit, at blive skelnet mellem fysiske og juridiske personer. Modsat, kunne

---

<sup>72</sup> Bogen Konkernretten s. 148

<sup>73</sup> Bogen Konkernretten s. 149

det ikke afvises, at være en afgørende faktor ved bedømmelsen af om støtteklæringer er dispositive.

### *Aventis Pasteur*

I de fleste tilfælde kan medvirken undgås, hvis selskabets majoritetsejer undlader at komme i situationer med klare faglige fejl samt kvalificeret retsbrud. Det er straks mere besværligt at sikre sig imod medvirken i situationer, hvor det har været en del af den sædvanlige forretningsmæssige ledelse og praksis, og hvor der ikke har været en culpøs handling bag. Dette ses f.eks. i *Aventis Pasteur* dommen, hvor en patient blev skadet af en vaccine markedsført af et datterselskab i England. Moderselskabet i Frankrig endte med at hæfte, da det reelt set var moderselskabet, som var producenten af vaccinen. Der forelå ikke en culpøs handling bag, men alligevel blev der statueret hæftelse imellem det franske moderselskab og det britiske datterselskab. I sådanne situationer er det langt sværere for moderselskaber at gardere sig imod hæftelser.

### *K. Schmidt's Maskinfabrik ApS*

I denne dom ses det, at bestyrelsen i et kriseramte selskab foretager en utilsigtet, men dog culpøs begunstigelse af majoritetshaverens usikrede tilgodehavende gennem virksomhedssalg fra et kriseramte selskab, hvor bestyrelsesmedlemmer og direktører blev erstatningsansvarlige. Dette på grund af en kreditor, der ikke opnåede dækning, blev tilkendt erstatning hos selskabets bestyrelse, der bestod af en advokat, to advokatfuldmægtige og selskabets to direktører, for det tab, han havde lidt. Tabet opstod ved, at bestyrelsen i selskabet afhændede alle aktiverne til en køber, som kun skulle overtage en del af gælden. Dermed blev aktiverne ikke lige- ligt fordelt mellem kreditorerne, og der opstod en utilsigtet culpøs begunstigelse.

### *EBH Fonden – utrykt Venstre Landsret dom af 15/5-2014 (V.L. B-0258-11)*

En nyere dansk dom viser, at der kan statueres hæftelse, på trods af at der ikke har været en åbenlys culpøs handling bag ved de foretagende dispositioner. Der er tale om en Venstre Landsrets dom af 15/5 2014, hvor EBH – Fonden stævnedes det daværende EBH Bank og nuværende Finansiell Stabilitet, da fonden mente, at banken var blevet begunstiget på deres vegne, i forbindelse med et tysk projekt kaldet ISI

6 K/S. Banken mente dog ikke, at kravet kunne gøres gældende, da begunstigelsen var sket i et, nu allerede opløst, datterselskab, hvor der var 0 % i dividende. I Venstre Landsrets afgørelse blev der lagt vægt på, at det var moderselskabet (altså bankens folk), som sad i bestyrelsen og direktionen, og koncernens beslutninger om ISI 6 blev reelt truffet i bankens bestyrelse og direktion (ikke hos D's ledelse). Moderselskabet tog hele datters fortjeneste ud som udbytte. Alle disse tiltag er fuldt ud lovlige, men alligevel kommer moderselskabet til at hæfte under disse omstændigheder, da der har fundet medvirken sted. Banken hæfter således over for fondens krav.

Dette er i tråd med de almindelige erstatningsregler for ledelsen, hvilke er reguleret i Selskabsloven kapitel 23. Ligeledes følges det af Selskabsloven § 376 og § 377, at stiftere, bestyrelsesmedlemmer og direktører er pligtige til at erstatte eventuelle skader, som de forsætligt eller uagtsomt har tilføjet selskabet, aktionærene, kreditorerne eller tredjemand. Ledelsen bedømmes efter den traditionelle culpa bedømmelse, hvilket betyder, at der som minimum skal foreligge uagtsomhed, for at ledelsen kan ifalde erstatningsansvar.<sup>74</sup> I ovenstående dom har moderselskabets ledelse bevidst drænet datterselskabet for al overskud, hvilket har betydet, at selskabet ikke har haft egenkapital nok til at stå mål med de risici, som datterselskabet har været udsat for. Så selvom ledelsen har overholdt loven, vil der stadig kunne statueres hæftelse mellem datterselskabet og moderselskabet, da ledelsen har handlet culpøst ved at tømme datterselskabet.

#### 7.4.3 Grænsefladen, moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse

Det har længe været et centralt emne, hvis og i hvor stor grad et moderselskab må overtage ledelsen i et datterselskab. I praksis forekommer det ofte, at moderselskaber griber ind i datterselskabets ledelse, hvilket ofte er forretningsmæssigt hensigtsmæssigt. Dog er der et lovmæssigt gab i denne forbindelse, da det ifølge SL §

---

<sup>74</sup> Note: Forskellen mellem ledelsesansvar og kapitalejeransvar er, at en kapitalejer kun kan blive erstatningsansvarlige ved forsæt eller grov uagtsomhed, mens ledelsen kan blive erstatningsansvarlige ved simpel uagtsomhed.

76, stk. 1, kun er på generalforsamlingen, at en kapitalejer har ret til at træffe beslutninger vedrørende selskabet.<sup>75</sup> Dette er også gældende for et moderselskab. Der skelnes dog ikke mellem, om det er ordinære eller ekstraordinære generalforsamlinger.

Problemstillingen opstår i forhold til, hvilke konsekvenser det skal have for moderselskabet, hvis denne indgriben ikke varetager datterselskabets interesser på bedste vis. Der er intet regelsæt i Danmark, der beskriver konsekvenserne for moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse. Det efterlader derfor en række ubesvarede spørgsmål, som eksempelvis: Skal moderselskabet hæfte for datterselskabets kreditorer i forbindelse med tab, og skal minoritetsaktionærer godtgøres, hvis de skades på grund af moderselskabets indgriben?

Tyskland har taget konsekvensen af manglende lovgivning fra EU's side og har lavet deres eget regelsæt, som omhandler dette emne. Også Portugal og Brasilien har indført bestemmelser, som er med til at regulere ovenstående problemstilling, dog er de ikke lige så strikse og udførlige som de tyske. For resten af EU's vedkommende har retspraksis været nødt til at udfylde de værste tilfælde, dette ses f.eks. i Satair dommen U.1997.364 H, hvor Højesteret lader moderselskabet blive ansvarlig efter ledelsesreglerne, hvormed at simpel uagtsomhed kan bruges til at statuere hæftelse. Satair dommen behandles nærmere i afsnit 7.5.2. Domstolenes ræsonnement i denne forbindelse er, at hvis moderselskabet foretager ledelseshandlinger, kan moderselskabet også ifalde ledelsesansvar.

Den manglende lovgivning i Danmark skyldes primært modstand fra erhvervslivet. Erhvervskredsene er bekymrede for, hvilke konsekvenser en eventuel lovregulering vil få. Erhvervslivet ønsker generelt ikke tysk-lignende forhold, hvor alt skal bestemmes på generalforsamlinger og mener således, at det fungerer godt i praksis

---

<sup>75</sup> Kilde: SL § 76, stk. 1: Kapitalejernes ret til at træffe beslutninger i selskabet udøves på generalforsamlingen

på nuværende tidspunkt. Der er endvidere udarbejdet en skitse til et 9. selskabsdirektiv med det formål at regulere området med udgangspunkt i de tyske regler. Men dette direktiv er opgivet netop på grund af modstand fra erhvervslivet.<sup>76</sup>

Moderselskaber skal være påpasselige med, hvor meget de griber ind i datterselskabers ledelse. Det er påvist, at moderselskabet ved indgriben, afhængig af situationen, kan gøres erstatningsansvarlige ved et eventuelt tab eller udhuling af minoritetsaktionærernes værdi i datterselskabet. Dette selvom det i praksis ofte er mest hensigtsmæssigt, at moderselskabet nogle gange griber ind i datterselskabernes ledelse.

En dom, som har haft en stor indflydelse på dette emne, er den franske Rozenblum dom. Dommen omhandler en kapitalejer, som ejede en koncern med en lang række selskaber, der havde en betydelig samhandel med hinanden. Men selskaberne blev insolvente et efter et. Hr. Rozenblum havde brugt sit ejerskab til at ensrette selskaberne, men han blev frifundet for misbrug af sin indflydelse. Dette på grund af tre kriterier, som var opfyldt. Disse tre kriterier udspringer af dommen og har været med til at skabe en doktrin (teoretisk), hvormed det antages at være retmæssigt i orden for et moderselskab at gribe ind i ledelsen i et datterselskab. De tre kriterier er følgende:<sup>77</sup>

1. *”Der foreligger en fast etableret koncernstruktur, dvs. at der skal være tale om noget mere end blot den formelle selskabsretlige tilstedeværelse af en koncern; der skal være en fælles hensigt med koncernstrukturen, men koncernens selskaber behøver ikke være aktive inden for samme branche;*
2. *Der er udviklet en konsekvent og koordineret politik i relation til den virksomhed, koncernen driver, dvs. denne politik skal være længerevarende, og den skal være afbalanceret i forholdet mellem koncernens selskaber, ligesom den skal være godkendt på moderselskabets generalforsamling og dermed kendt for aktionærerne, og*

---

<sup>76</sup> Kilde: koncernretten s. 85 og Erik Werlauf – E-faget Koncern – Session 3, slide 24 - 2014

<sup>77</sup> Kilde: Koncernretten s. 86

3. *Fordele og ulemper fordeles på en afbalanceret måde mellem moderselskab og datterselskaber, ikke nødvendigvis som en kontant udligning, og ikke nødvendigvis straks, men således at fordele og ulemper over tid er i rimelig balance. – En tysk jurist vil hertil sige, at en udligning ”over tid” ikke er nok til at tilgodese datterselskabets interesser; der skal inden udgangen af hvert regnskabsår ske udligning, men denne præcision har Rozenblum-doktrinen ikke i sig (hvilket i et vist omfang kan være en fordel).”*

I mangel af klare regler på området kan doktrinen bruges som en form for målestok for, hvornår det er i orden for et moderselskab at gribe ind i datterselskabets ledelse.

#### *Consolidated bankruptcy*

Hvad sker der, hvis moderselskabets indgriben i en eller flere datterselskaber er så omfattende, at aktiver og passiver er så sammenblandet, at de er umulige at henhøre til de rette selskaber i tilfælde af, at disse selskaber går konkurs? Ja, det oplagte ville umiddelbart være at behandle alle de koncernforbundne selskaber som et konkursbo, kaldet universel identifikation. Dette er dog ikke set praktiseret af domstolene (endnu?). Det sker utvivlsomt i praksis, at disse sammenblandinger forekommer. Eksempelvis kan nævnes U 1980.806 V, hvor lønmodtagerne som følge af sammenblanding fik anmeldelsesret i moderselskabets konkursbo, uden det blev til statuering af universel identifikation<sup>78</sup>. Endvidere kan sådan en sammenblanding føre til et hæftelsesgennembrud, som behandles i afsnit 7.6. Et hæftelsesgennembrud adskiller sig fra dette consolidated bankruptcy, da det ved et hæftelsesgennembrud er tilstrækkeligt, at et af selskaberne er gået konkurs.

#### 7.4.4 Opsummering

Der kan i visse tilfælde statueres hæftelse over for en majoritetsejer, hvis denne fysiske eller juridiske person, medvirker til et kvalificeret retsbrud over for en eller flere kreditorer eller medkontrahenter.

---

<sup>78</sup> Kilde: Erik Werlauff, Selskabsmasken, side 385



Medvirken kan både statueres ved culpøse handlinger såsom klare faglige fejl eller grov handlemåde og kvalificeret retsbrud, samt ikke culpøse handlinger såsom almindelig forretningsmæssig ledelse, hvor moderselskabet eller eneaktionæren har deltaget i beslutninger i et datterselskab. I begge tilfælde kan medvirken medføre, at hæftelsesbegrænsningen bliver tilsidesat, og et moderselskab eller en majoritetsejer kan komme til at hæfte for krav rettet imod deres underliggende selskaber.

Det er dog ikke kun moderselskaber og majoritetsejere, som kan blive gjort erstatningsansvarlige. En række af de fejl mv., som er blevet omtalt tidligere, vil samtidig kunne udløse et erstatningsansvar for andre, der medvirker, for eksempel et bestyrelsesmedlem eller en advokat m.fl., jf. tidligere omtalte U.1989.812 H, hvor bestyrelsesmedlemmer og direktører blev erstatningsansvarlige.

## 7.5 Illoyalitet

### 7.5.1 Definition

Illoyalitet er ligeledes en af undtagelserne, hvorpå der kan opstå hæftelse i en koncernsammenhæng. Forskellen på illoyalitet og medvirken er, at illoyalitet støtter sig op på tredjemands allerede bestående formueinteresse i et selskab, som på en illoyal måde bringes i fare gennem majoritetsejerens dispositioner, mens medvirken omhandlede tredjemands erstatningskrav i eller uden for kontrakt.

Illoyalitet kan statueres over for både almindelige kreditors krav, offentlige kreditorer såsom SKAT, men også medejerens kapitalinteresser i selskabet kan være i spil. Det betyder, at majoritetsejeren kan blive erstatningspligtig over for tredjeemand, hvis selskabets formue, og dermed tredjemands krav mod selskabet på en uforsvarlig vis bringes i fare.

### 7.5.2 Retspraksis

#### *Satair dommen (Offentlig kreditor)*

Satair dommen er et eksempel på forringelse af kreditorenes fyldestgørelsesmuligheder ved salg af et selskab, her tænkes især på SKAT, da de havde et stort tilgodehavende i det selskab, som blev solgt. Det foregik således, at moderselskabet Satair Holding A/S greb ind i datterselskabets ledelse og forhold og gav instruks om at overføre alle indeståender til den køber, som havde købt datterselskabet. Herefter

tømte selskabskøberen det købte selskab uden at indfri den gæld, som var i selskabet. SKAT stævnedes moderselskabet, og der blev statueret ansvar hos moderselskabet, som havde givet instruksen om at overføre alle indeståender til selskabskøberen. Moderselskabet opførte sig kun simpelt uagtsomt, som normalt ikke vil medføre erstatningsansvar, da det kun er groft uagtsomhed og forsæt, som medfører erstatningsansvar, jf. SL § 362, stk. 1. Men i denne sag ses der bort fra dette, da moderselskabet aktivt greb ind i datterens forhold. Så majoritetsejere skal være påpasselige med at gribe ind i datterselskabers forhold, da majoritetsejeren så kan blive erstatningsansvarlig. Dette er uddybet i afsnit 7.4.3.

Moderselskabet har bragt datterselskabets formue i fare ved at sælge datterselskabet og herefter give instruks om at overføre alle indeståender, hvilket har bragt kreditors, i denne sag SKAT, usikrede krav i fare.

#### *Taster Wine dommen*

I denne sag havde moderselskabet Taster Wine A/S opført sig illoyalt ved at lave udbytteudlodning og kapitalnedsættelser over en årrække i deres datterselskab, som havde en længerevarende sag verserende imod sig. Datterselskabets konkursbo fik medhold i, at moderselskabet samt tre bestyrelsesmedlemmer havde handlet på en sådan måde, at tredjemands krav mod selskabet var kommet i fare ved, at moderselskabet havde tømt datterselskabet gennem udbytter og kapitalnedsættelser over en årrække, og der var dermed ikke kapital nok til at fyldestgøre de krav, der var imod datterselskabet. På trods af at der rent selskabsretligt er handlet efter lovens forskrifter, da det jo ikke er ulovligt at udlodde udbytter fra sit datterselskab, kan moderselskabet stadig komme i klemme, hvis moderselskabet udlodder udbytte for at forringe tredjemands fyldestgørelsesmuligheder.

#### *Vilsund Muslinge Industri dommen*

Vilsund Muslinge Industri dommen omhandler et selskab med 3 ejere, hvor de hver ejer 1/3. Det bliver så aftalt at den ene af ejerne skal købes ud af selskabet, da han ønsker at udtræde. Dette skal ske i forbindelse med årsafslutningen, hvorefter alle de frie reserver skal udloddes, og ejeren, som ønsker at udtræde, skal herefter sælge sine aktier til kurs 100. De to andre ejere er imidlertid opfindsomme, og de

ændrer regnskabspraksis og hensætter til tab mm., hvilket medfører, at de får reguleret egenkapitalen ned med ca. 1,6 mio. kr.

I denne situation er det tydeligt, at de to tilbageværende ejere har disponeret på en sådan måde, at det skaffer dem en utilbørlig fordel på bekostning af den udtrædende ejer. Det medfører, at de dømmes efter ”generalklausulen”<sup>79</sup> og dermed ifalder et erstatningsansvar over for den udtrædende ejer. Ovenstående er en tydelig illoyal handling, da det fremgår, at det er gjort bevidst for at skaffe de to tilbageværende ejere en betydelig fordel i forbindelse med den 3. ejers udtræden.

### *Protech ApS dommen*

En anden dom, hvor en illoyal handling er blevet påvist, er i Protech sagen, hvor to ejere som besad stemme- og kapitalandele ligeligt. I forbindelse med en lovændring om højere selskabskapital ville den ene af ejerne ikke indskyde yderligere kapital i selskabet, hvilket medførte, at selskabet var nødt til at lade sig tvangsopløse. Den ene ejer var dog indforstået med kapitalforhøjelsen og havde endda tilbudt at komme med hele kapitalen, hvis den anden ejer blot ville stemme for, men heller ikke dette kunne få den anden ejer til at skifte mening. Ved tvangsopløsningen opstod der et tab for begge ejere. Den ejer, som var opsat på at foretage kapitalforhøjelsen, krævede så erstatning af den anden ejer, da tvangsopløsningen medførte et værdispild, som kunne være undgået med kapitalforhøjelsen. Det var selskabsretligt i orden, da det ikke er ulovligt at lade et selskab tvangsopløse, men da den ene ejer handlede på en illoyal måde, blev han erstatningsansvarlig for det tab, selskabet kom ud med, i forbindelse med tvangsopløsningen.

### *Ulmadan Production dommen*

Denne dom beskriver, hvordan ledelsen af et selskab har udhulet kreditors pant ved en illoyal handling. Ulmadan Production finansierede sig via factoring gennem Midt Factoring A/S, Ulmadan solgte sine udestående fordringer til Factoring selskabet. I samme forbindelse foretog Ulmadan ligeledes forskellige køb på kredit

---

<sup>79</sup> Kilde: SL § 108 - Der må på generalforsamlingen ikke træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning.

hos de virksomheder, som de havde udeståender hos. På den måde ville virksomhederne ikke betale til factoring selskabet, da de i stedet modregnede handlerne efter, at Ulmadan blev erklæret konkurs, hvilket er fuldt ud lovligt efter gbl. § 27 om transport af simple fordringer. Midt Factoring A/S var selvfølgelig ikke tilfredse med dette udfald, og de stævnedes dermed Ulmadans direktion, som blev dømt erstatningsansvarlige for det tab, factoringsselskabet havde lidt. Da det var direktionen, som havde foretaget den illoyale handling, var det kun direktionen, som blev erstatningsansvarlige, og ikke bestyrelsesformanden.

Ovenstående er et skoleeksempel på en illoyal handling, da direktionen fuldt bevidst udhuler factoring selskabets pant i Ulmadans udeståender.

### 7.5.3 Opsummering

Det kan konkluderes, at der er en bred praksis omkring illoyalitet, og det kan forekomme på mange måder. I Satair dommen kunne der konstateres illoyalitet i forbindelse med et frasalg af et datterselskab. Her forringedes SKATs mulighed for fyldestgørelse i skyldige skatter, da selskabet uden videre overførte alle indeståender til køber, som herefter bare tømte disse indeståender uden at betale den gæld, som køber også havde overtaget i forbindelse med købet af datterselskabet. SKAT stod dermed med en stor gæld, og de mente, at Satair Holding A/S havde handlet illoyalt. Moderselskabet kom dermed til at hæfte for skattegælden i et afstået datterselskab.

I Taster Wine dommen opførte moderselskabet sig illoyalt overfor 3. mands krav, da de bevidst havde tømt et af deres datterselskaber ved udbytteudlodning og kapitalnedsættelser, selvom datterselskabet havde en verserende sag kørende imod sig. Da datterselskabet så blev dømt, var der ikke flere midler i selskabet til at betale kravet med. Dette medførte, at moderselskabet kom til at hæfte for gælden, eftersom de havde begået en illoyal handling ved at tømme datterselskabet.

En anden illoyal handling ses ydermere ved, at en eller flere ejere sikrer sig en utilbørlig fordel frem for andre ejere. Dette ses tydeligt i Vilsund Muslinge Industri dommen, hvor de to tilbageblevne ejere blev lidt for opfindsomme i forbindelse

med, at den tredje ejer ville udtræde. De formåede, igennem helt tilladt regnskabsmæssig praksis, at skjule en del værdier i selskabet og dermed sørge for, at den tidligere ejer ikke blev fyldestgjort på en loyal måde, da de tilbageblevne ejere formåede at slanke egenkapitalen med 1,6 mio. kr.

En anden illoyal handling, som kan ske ejere imellem, er, hvis der opstår et værdispild eller tab hos en medejer. Dette ses i Protech dommen, hvor den ene ejer ikke ville følge nye lovkrav om kapitalforhøjelse, dette på trods af, at den anden ejer ville komme med hele den lovpligtige kapitalforhøjelse. Da den ene ejer ikke ville stemme for kapitalforhøjelsen, opstod der i stedet et tab for begge ejere i forbindelse med tvangsopløsningen af selskabet. Den ene ejer blev dermed stævnet for værdispild og illoyalitet.

Som det er belyst, kan illoyale handlinger medføre et brud på hæftelsesindkapslingen. Kreditorer og medejere skal ikke straffes for at eksempelvis et moderselskab/ejer bliver lidt for kreativ med bogføringen, med det formål at forringe deres kreditorer eller medejeres position.

Illoyalitet statueres også selvom der ikke er foretaget noget i strid med selskabsloven. Dette ses tydeligt i Taster Wine dommen, hvor det er fuldt ud lovligt at udlodde udbytte og lave kapitalnedsættelser, men det er bagtanken bag handlingen, som menes at være illoyal, hvormed der kunne statueres hæftelse mellem datterselskabet og moderselskabet.

## 7.6 Hæftelsesgennembrud

### 7.6.1 Definition

Hæftelsesgennembrud, som det har fået navnet her i Danmark, er ligeledes en undtagelse, hvorpå der kan opstå hæftelse selskaberne imellem. Hæftelsesgennembrud er noget ganske særligt, og det sker sjældent. Der er da også tale om et brud på hæftelsesbegrænsningen inden for selskabsretten, som er dommerskabt, hvilket har medført en retssædvane på området.

Hæftelsesgennembrud er et udtryk for en hæftelse på et objektivi grundlag, når nogle særlige betingelser herfor er opfyldt. Disse betingelser vil der blive redegjort

for i det efterfølgende afsnit. Det har således ikke noget at gøre med traditionelt erstatningsansvar.

Herhjemme er der kun statueret et ”ægte” hæftelsesgennembrud én gang. Den omhandler Midtfyns Festivalen og vil blive behandlet i det følgende.

### 7.6.2 Retspraksis

#### *Midtfyns Festivalen*

Et selskab, som stod for at arrangere Midtfyns Festivalen, havde bortforpagtet retten til servering og lignende til et andet selskab. Begge selskaber havde den samme ejer, en fysisk person, som kontrollerede og ledede begge selskaber. Der var ikke tale om koncernforbundne selskaber, jf. omtalt i afsnit 6. I 1992 blev festivalselskabet opløst pga. insolvens. I den forbindelse havde SKAT et udækket krav imod festivalen for skatter og afgifter. SKAT rettede dermed deres fokus mod søsterselskabet.

For at der kan statuere et hæftelsesgennembrud efter Højesterets præmisser, er der tre betingelser, som der alle skal være til stede. Der er tale om kumulative betingelser.<sup>80</sup> Der er dog et fjerde element, som også har indflydelse, denne betingelse vil blive uddybet til sidst.

Den første betingelse, som domstolene lægger vægt på, er, at der er sket en sammenblanding af de implicerede selskabers økonomi. F.eks. ved at der overføres penge selskaberne imellem, eller det ene selskab betaler det andet selskabs regninger. Dette ses således også i Midtfyns Festivalsagen U.1997.1642 H, hvor det overlevende restaurationselskab havde fungeret som bank for festivalselskabet, mens festivalselskabet havde stillet aktiver til sikkerhed for restaurationselskabets bankkredit. Dette er en tydelig sammenblanding af økonomier, da der i deres forhold ikke eksisterede et tilstrækkelig aftalegrundlag bag disse dispositioner. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at i Midtfyns Festivals sagen, er det søstersel-

---

<sup>80</sup> Kilde: Koncernretten, s. 153

skabet og ikke majoritetsejeren, som der statueres et hæftelsesgennembrud overfor, da majoritetsejeren's økonomi ikke var blandet sammen med de to selskabers økonomi.

Den anden betingelse, der skal være til stede, er, at der skal være foretaget en risikoforskydning. Alle de risikoprægede aktiviteter placeres i et selskab, mens de overskudsgivende aktiviteter placeres i et andet selskab. Det kan udtrykkes således:

*”Et selskab er underkapitaliseret i forhold til de risici, dets virksomhed frembyder, og underkapitaliseringen er et resultat af en beslutning – truffet i en fælles ledelse – om at isolere en risikopræget aktivitet i ét selskab, mens en overskudsgivende aktivitet, der er genereret af den risikoprægede aktivitet, placeres i et andet selskab. Hverken indadtil eller udadtil er der sket nogen detaljeret aktivitetsopdeling.”<sup>81</sup>*

Også Tysk retspraksis anvender udtrykket risikoforskydning/risikosegmentering, som er til skade for virksomhedens kreditorer. Forskydningen består i, at overskud står til rådighed for majoritetsejeren, mens risiciene er begrænsede. Aktiviteterne er opdelt på en sådan måde, at risikoen flyttes til et selskab, mens alle fordelene er i et andet selskab, hvilket er det andet element, der kræves for at statuere hæftelsesgennembrud.

Den tredje og sidste betingelse, som skal være opfyldt, for at der kan statueres hæftelsesgennembrud, er tæt forbundet med det forrige. Her lægger domstolene vægt på, om der er foretaget en kvalificeret relativ underkapitalisering af selskabet. Ved kvalificeret forstås der, at det har stået på i lang tid og er kraftig, mens relativ betyder, at selskabet har for lidt kapital i forhold til omfanget af risici, som selskabet er udsat for. Godt nok har vi selskabsrettens krav til kapitalindskud i selskaber, herved menes de 500.000 kr. for aktieselskaber, 50.000 kr. for anpartsselskaber

---

<sup>81</sup> Kilde: Koncernretten, s. 154 – Citat fra Børge Dahl & Jørgen Nørgaard i UfR 2000 B

og 1 kr. for iværksætterselskaber. Bare fordi selskaberne overholder disse selskabsretlige krav til kapitalisering, kan et selskab stadig godt være underkapitaliseret, hvis dets egenkapital ikke står mål med de risici, som det er udsat for.

Et fjerde element, som domstolene også tager med i vurderingen af, om kan statuere et hæftelsesgennembrud, er, hvilket krav der er anlagt. Domstolene lægger vægt på, om det er tvangskreditorer såsom SKAT, eller om det er aftalekreditorer, som anlægger sag om hæftelsesgennembrud. Aftalekreditorer er kreditorer, der frivilligt indgår samhandelsforhold eller på andre måder et kreditforhold. Der er større sandsynlighed for, at tvangskreditorer kan få dækket sine krav via hæftelsesgennembrud.

I USA, hvor der ligeledes er en retspraksis om hæftelsesgennembrud, er det også tvangskreditorerne, der er de bedst beskyttede, hvilket ses i nedenstående dom.

*”Således allerede i den tidligste amerikanske praksis herom (”two-cab-companies”), jf. Robinson v. Chase Maintenance Corp. (20 Misc. 2d 90, 190 NYS 2d 773, Sup Ct 1959) og Walkovsky v. Carlton (19 NY 2d 414, 276 NYS 2d 585, 223, NE 2d 6, 1966).”<sup>82</sup>*

Praksissen stammende fra Two-cab companies afgørelsen omhandler et datterselskab, som ejer to ”yellow cabs”. Dette selskab ejes så igen af et fælles moderselskab og administrationsselskab, som igen ejes af en personlig majoritetsejer. Dette moderselskab ejer yderligere 50 selskaber med samme konstruktion som det først omtalte, altså de ejer kun to taxaer hver. Opdelingen er lavet for at imødekomme risikoen for, at hver enkelt taxa kommer til at lave en skadegørende handling, som kan få katastrofal indflydelse på egenkapitalen i selskabet. Et af datterselskaberne kommer så i den situation, at der bliver forvoldt personskade, og skadelidte kræver erstatning. Sagen går ud på, at selskabet siger, at erstatningen ikke kan komme til at blive højere end værdien af de to taxaer, for ellers går selskabet konkurs, og de har ikke yderligere aktiver i selskabet.

---

<sup>82</sup> Kilde: Koncernretten s. 156



I dommen blev der imidlertid statueret hæftelsesgennembrud op til moderselskabet (ikke til den personlige majoritetsejer). Det blev lagt til grund, at selskabskapitalen var beskeden i forhold til risikoen. Endvidere var risikofordelingen bevist arrangeret således, at en eventuel hæftelse var meget begrænset, da der jo ikke var tale om forskellige driftsaktiviteter, men aktiviteten var den samme i alle datterselskaberne. I Two-cap-companies sagen blev det lagt til grund, at det var en tvangskreditor, som var skadelidte, da den påkørte person ikke havde bedt om at blive kreditor qua påkørslen.

Dette synspunkt kan også ses i den danske afgørelse af Midt fyns Festivalsagen, hvor Højesteret formulerede sig på følgende måde: ”*I hvert fald over for Told og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor*”<sup>83</sup>.

Det er dog ikke udelukket, at en aftalekreditor kan påberåbe sig et hæftelsesgennembrud. Det kan blive relevant for en aftalekreditor, hvis virksomheden f.eks. har ændret sin risikoprofil efter, at kreditoren har haft et længevarende krav imod virksomheden. I de fleste tilfælde vil det dog være svært for en aftalekreditor at påberåbe sig hæftelsesgennembrud, da de frivillige kreditorer selv afgør, hvorvidt de vil indgå aftaler og yde kredit til det pågældende selskab.

Hæftelsesgennembrud kan kun finde anvendelse, hvis der sker fortsættelse af et stærkt underkapitaliseret selskabs virksomhed. Derfor finder denne hæftelsesform ikke anvendelse i selskabstømningsager som f.eks. Satair Holding.

Som led i selskabsreformen, der ikrafttrådte i 2010, blev det overvejet, hvorledes praksis omkring hæftelsesgennembrud burde implementeres i loven. Moderniseringsstyrelsen argumenterer dog imod en udbredt anvendelse af princippet om hæftelsesgennembrud. Det er Moderniseringsstyrelsens opfattelse, at hæftelsesgennembrud kun skal statueres i enkeltstående og særlige tilfælde. Denne opfat-

---

<sup>83</sup> Kilde: U.1997.1642 H Midt fyns Festivalen – Højesterets bemærkninger s. 14

telse kan tolkes således, at Moderniseringsstyrelsen ønsker at begrænse mulighederne for at statuere hæftelsesgennembrud. Erik Werlauff synes dog ikke at drage denne konklusion af Moderniseringsstyrelsens opfattelse<sup>84</sup>.

### 7.6.3 Opsummering

Hæftelsesgennembrud er et udtryk for en hæftelse på et objektivt grundlag, når nogle særlige betingelser herfor er opfyldt. Det er kun statueret en enkelt gang i dansk praksis. Sagen omhandler Midtfyns Festivallen, hvor der blev statueret hæftelsesgennembrud over for et søsterselskab. Denne sag har derfor fået en stor betydning for fremtidige bedømmelser af hæftelsesgennembrud. De væsentligste konklusioner i sagen er følgende:

For at der kan statueres hæftelsesgennembrud efter dansk ret, skal der være sket en kombination af følgende: formuesammenblanding, risikoforskydning og en relativ underkapitalisering. Alle tre betingelser skal være til stede for, at der kan statueres hæftelsesgennembrud.

Derudover er der et fjerde element, som domstolene også medtager i deres betragtning. Det fjerde element er kreditortypen, samt hvilket krav der er tale om. Der bliver lagt vægt på, om det er frivillige kreditorer eller tvangskreditorer. Der er større sandsynlighed for, at tvangskreditorer kan få dækket sine krav via hæftelsesgennembrud, frem for frivillige kreditorer. Det er dog ikke utænkeligt, at frivillige kreditorer kan få statueret hæftelse via et hæftelsesgennembrud. Det må komme an på omstændighederne. Der må dog være særligt tungtvejende hensyn, der skal imødekommes, hvis en frivillig kreditor opnår succes med at statuere hæftelsesgennembrud.

Da der kun er et eksempel på et ”ægte” hæftelsesgennembrud i dansk retspraksis, er det således ikke en alment forekommende måde for kreditorer at opnå fyldestgørelse på.

---

<sup>84</sup> Kilde: Erik Werlauff i U2009 B 143

## 8. Initiativer til kapitalejere og koncernforbundne selskaber for at forebygge u hensigtsmæssig hæftelse

Afhandlingen vil nu med baggrund i ovenstående analyse komme med en række anbefalinger til rådgivere, selskabsejere, søsterselskaber mv., med henblik på at reducere risikoen for en uønsket hæftelse.

### 8.1 Initiativer – lov

Der afgrænset fra behandlingen af sambeskatningshæftelsen. Der synes dog ikke umiddelbart, at være relevante initiativer til kapitalejere mv. i relation til at reducere risikoen for hæftelse i denne forbindelse.

### 8.2 Initiativer - løfte

I første omgang kan det anbefales, at selskaber undgår disse løfter i form af støtteerklæringer/hensigtserklæringer. Ved at undgå disse, undgår virksomhederne dermed at stå i en situation, som slet ikke har været hensigten, nemlig en mulig kautionsforpligtelse. Da støtteerklæringerne ofte anvendes, når virksomhederne og deres ejere, bestyrelsesmedlemmer etc. ikke vil afgive en reel kaution, kan det dog være nødvendigt at afgive en støtteerklæring for at få de tilstrækkelige kreditfaciliteter hos typisk pengeinstitut eller kreditor. I de situationer kan det anbefales at sikre, at de underskrivende parter, er fuldt indforstået med erklæringens indhold, og dennes tilsigtede juridiske forpligtelse. Hvis dette er tilfældet, bør det i så fald ikke kunne ende i en retssag. Ved selve udarbejdelsen af støtteerklæringen er det vigtigt at vælge formuleringerne med omhu i forhold til den retsmæssige virkning.

Omvendt kan den lidt dristige virksomhedsleder også udnytte ovenstående sager og formuleringer og derved afgive en støtteerklæring, som over for omverdenen fremstår, som om moderselskabet støtter datterselskabet. Erklæringen udarbejdes imidlertid bevidst så vag, at moderselskabet ikke bliver dømt til at hæfte for datteren alligevel. Dette lader sig naturligvis kun gøre, såfremt erklæringsmodtageren ikke ved bedre.

### 8.3 Initiativer – økonomisk enhed

Indret koncernen så hvert selskab har sin virksomhed og undgå så vidt mulig sammenblanding af aktiviteter, økonomi, administration, ledelse mv.

SPE/siloer: I alle gældsdokumenter, som SPE måtte have med kreditorer, kreditinstitutter mv., præciseres det, at moderselskabet ikke hæfter for SPE'ens forpligtelser – og omvendt. På samme måde bør SPE'ens aktiver ikke anvendes til sikkerhedsstillelse for moderselskabets gæld – og omvendt.

Kartelsager: Det korte svar må blive; undgå karteldannelser!

### 8.4 Initiativer – medvirken

Medvirken kan forholdsvis nemt undgås. Medvirken er karakteriseret ved, at der bliver begået et **”Kvalificeret retsbrud over for tredjepart eller en klar faglig fejl”**. Majoritetsejeren vil ofte gennem en aktiv handling, f.eks. gennem ordrer eller instrukser til datterselskabet, medvirke til, at der bliver begået retsbrud. Et kvalificeret retsbrud er ikke ensbetydende med, at kun groft uagtsomme og forsætlige handlinger vil udløse erstatningspligt hos majoritetsejeren. For i tilfælde, hvor majoritetsejeren begynder at give ordrer eller instrukser, indtræder man i ledelsesansvarsrollen, og dermed kan også simpelt uagtsomme handlinger udløse hæftelse for majoritetsejeren, hvilket ses i Satair dommen, som er tidligere omtalt. Men også klare faglige fejl kunne udløse hæftelse hos en majoritetsejer, som tidligere beskrevet i dommen om arkitektens tilsynspligt.

Det virker umiddelbart meget ligetil at undgå medvirken. Majoritetsejeren kan i hvert fald forholdsvis nemt undgå at lave et kvalificeret retsbrud, ved at undlade at påtage sig ledelsesansvar og give instrukser, som er på kant med lovgivningen, hvis der allerede er etableret en ledelse, men i mindre selskaber, hvor majoritetsejeren ofte påtager sig lederrollen, er det måske en smule sværere. Det er svært at undgå klare faglige fejl, hvis majoritetsejeren simpelthen ikke har den nødvendige ekspertise på området, eller hvis majoritetsejeren er presset økonomisk, vælger man måske den hurtige og billigste løsning. Det er derfor vigtigt at huske at tænke på de efterfølgende konsekvenser, da det kan være ødelæggende for enhver

økonomi pludselig at skulle hæfte for et selskab, majoritetsejeren troede var uden for sin økonomi.

### 8.5 Initiativer – illoyalitet

Med almindelig sund fornuft kan mange illoyale handlinger nemt undgås. Det der karakteriserer illoyalitet er ofte, at en majoritetsejer bliver lidt for opfindsom. En majoritetsejer, der begår en illoyal handling, er som regel klar over de konsekvenser, det kan få for f.eks. kreditorer eller andre kapitalejere. De illoyale handlinger er set i forbindelse med, at der tømmes et datterselskab for likvider eller på andre måder, at datterselskabet gøres mindre værd, jf. analysen i afsnit 7.5.

Majoritetsejere skal agere loyalt og dermed tilsidesætte ”smarte handlinger”, såsom regnskabsmanipulation eller udlodning af udbytte og kapitalnedsættelser med henblik på at værdiforringe et datterselskab og dermed påføre kreditorer tab, eller værdiforringe minoritetsejeres andele. Men også handlinger, hvor der bevidst laves værdispild for alle bør undgås, ligesom i Protech dommen, hvor en medejer bevidst bremsede for en lovkrævet kapitalforhøjelse, hvilket medførte et unødvendigt værdispild.

Hvis majoritetsejer ønsker at reducere risikoen for hæftelse som følge af illoyalitet, kan der ved væsentlige kapitalnedsættelser og udlodninger o. lign., indgå skriftlige aftaler med modpartsaccept på forhånd. På denne måde sikrer majoritetsejer sig, at modparterne er indforstået hermed.

### 8.6 Initiativer – hæftelsesgennembrud

Selskaber, som ønsker at reducere risikoen for hæftelsesgennembrud, kan selv gøre en stor indsats, særligt i lande med praksis og/eller lovgivning for hæftelsesgennembrud. Moderselskaber og kapitalejere bør sikre sig, at deres datterselskaber har en relativ rimelig egenkapital. Selskaber skal ikke kun nøjes med at opfylde lovens minimumskrav til egenkapital. Et godt eksempel kunne være Danmark med de nye iværksætterselskaber, hvor kapitalen ved stiftelse kun behøver at være 1 kr., og anpartsselskaber, hvor indskuddet selskabsretligt er på 50.000 kr. Hvis der i selskabet er risici, som på ingen måde modsvares af sådan en egenkapital, bør det sikres enten at nedbringe disse risici eller forhøje egenkapitalen.

En solid egenkapital kan sikres ved at lade datterselskabet beholde noget af sit overskud og dermed undgå ”profit stripping”, hvor alle frie reserver udloddes op til moderselskabet.

Da de forskellige lande har forskellige administrative og selskabsretlige formalia, vil det være fornuftigt at sikre sig, at datterselskabet overholder alle disse formalia, f.eks. særskilte konti hos banker og overholdelse af armslængdevilkår m.fl., for på den måde bedre at sikre sig imod sammenblandinger af økonomier selskaberne imellem.

Det er også vigtigt at undgå sammenblanding af moder- og datterselskabets bestyrelser. Det er at foretrække, at det ikke er de samme personer, som sidder i moderselskabets bestyrelse, som også sidder i datterselskabets bestyrelse. Det kan være besværligt i praksis for mindre selskaber med få ejere. Men hovedreglen må være, at det er bedst at undgå sammenblanding af bestyrelser, hvis det er muligt.

Til sidst skal udlån til- og fra datterselskabet så vidt muligt undgås. I disse tilfælde laves der en sammenblanding af selskabernes økonomi. Der er dog undtagelser til denne regel, da der i praksis ofte er enten samhandel selskaberne imellem, eller der er en almindelig mellemregning, der opstår som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Disse mellemregninger kan sjældent undgås.

Hvis ovenstående kan overholdes, vil det være betydeligt sværere for en kreditor at få statueret hæftelsesgennembrud, da ovenstående retningslinjer reducerer risikoen for en uhensigtsmæssig sammenblanding af økonomier.

## 9. Initiativer til kreditorer (tvangs- og aftalekreditorer) / medkontraahenter for at forebygge uhensigtsmæssige tab

I det tidligere afsnit blev der redegjort for initiativer til at forebygge uhensigtsmæssig hæftelse set fra koncernen side. I dette afsnit vil der i stedet blive redegjort for, hvad kreditorer og medkontraahenter kan gøre for at optimere mulighederne for at blive fyldestgjort igennem et andet selskab i koncernen (oftest moderselskabet).

## 9.1 Initiativer – lov

På trods af afgrænsningen omkring sambeskatning, er det alligevel fundet det relevant, at nævne nogle initiativer til kreditorer heromkring.

Da sambeskatning er det eneste lovbestemte område, der kan statuere hæftelse hos andre selskaber i koncernen, er tvangskreditorer såsom SKAT meget godt stillet på dette punkt, da de altid kan sikre sig fyldestgjort hos moderselskabet i koncernen, som jo hæfter for skatten, når der er sambeskatning i koncernen.

Det er de almindelige aftalekreditorer til f.eks. moderselskabet eller et søsterselskab, der kan blive dårligere stillet i denne situation. I tilfælde af at moder-/søsterselskabet kommer til at skulle opfylde sin forpligtelse over for et selskab i koncernen, der er i økonomiske vanskeligheder, og i den forbindelse vil være nødt til at fyldestgøre SKAT for sambeskatningsskatten, vil moder-/søsterselskabets værdi falde. Det vil stille aftalekreditorerne dårligere i tilfælde af, at moder-/søsterselskabet skulle komme i økonomiske vanskeligheder. Et selskab i koncernen, der dermed ikke er i stand til at opfylde sin forpligtelse i sambeskatningen, stiller dermed de andre koncernkreditorer i en forringet fyldestgørelsesmulighed.

Dette forhold er umuligt for almindelige kreditorer at sikre sig imod. Det eneste, kreditor kan forsøge sig med, er at lave en grundig undersøgelse af alle selskaberne i koncernen, som der kontraheres med (under hensyntagen til væsentlighed), og sikre sig at alle selskaberne er økonomisk sunde. Dette er dog i praksis stort set umuligt og alt for administrativt ressourcekrævende, hvis koncernstrukturen er kompleks og/eller stor.

## 9.2 Initiativer – løfte

Hvis en kreditor gerne vil sikre sig fyldestgjort, når der kontraheres med et selskab i en koncern, kan det være en rigtig god ide at få moderselskabet i koncernen til at skrive under på en støtte/hensigtserklæring, hvorved moderselskabet giver et løfte om, at det vil støtte datterselskabet økonomisk, hvis det skulle komme i vanskeligheder, og dermed have svært ved at opfylde sine forpligtelser. Kreditor skal dog være meget opmærksom på ordlyden i disse erklæringer, da disse, som tidligere belyst, kan være udarbejdet på mange måder og ordlyden i

disse erklæringer kan være en smule vage, hvormed det ikke er sikkert, at moderselskabet reelt set forpligter sig til at støtte datterselskabet.

Det vil være mest fordelagtigt for kreditoren, hvis denne kan få indflydelse på ordlyden i disse erklæringer. Og ellers skal kreditor under alle omstændigheder være fuldt ud afklaret med, i hvilket omfang evt. moderselskabet er villig til at støtte et datterselskab økonomisk.

Kontraheres der med et selskab, hvor der allerede er udarbejdet en støtteerklæring, vil det være anbefalelsesværdigt at undersøge ordlyden i erklæringen nøje, for at danne sig et billede af, om moderselskabet virkelig har i sinde at støtte datterselskabet, samt i hvilket omfang.

Ud over støtteerklæringer, har kreditor mulighed for at sikre sin fordring ved hjælp af regresret eller kaution. Afhandlingen har afgrænset fra behandlingen herfra, hvorfor det ikke vil blive behandlet yderligere.

### 9.3 Initiativer – økonomisk enhed

En kreditor, som overvejer sine fyldestgørelsesmuligheder, kan undersøge, om koncernens selskaber udgør en økonomisk enhed. Hvis det er tilfældet, kan der i særlige tilfælde statueres hæftelse mellem flere selskaber i koncernen for på denne måde sikre sig, at sit tilgodehavende bliver fyldestgjort. I de analyserede sager, hvor der er statueret hæftelse som følge af en økonomisk enhed, er der dog ikke tale om objektivi ansvar. Endvidere er der kun statueret hæftelse i ganske særlige tilfælde, og indtil videre har det kun været tilfældet, hvor det offentlige på en eller anden måde har været indblandet. Hæftelse som følge af økonomisk enhed vurderes derfor ikke at være aktuelt for almindelige aftalekreditorer.

Et andet element i relation til hæftelse som følge af en økonomisk enhed er de såkaldte siloer og SPE'er. Hvis der kontraheres med disse siloer eller SPE'er, kan kreditor ligeledes forsøge at statuere hæftelse mellem disse og øvrige selskaber i den koncern, som siloerne og SPE'erne indgår i. Der er ikke statueret hæftelse i praksis som følge af økonomisk enhed i forhold til siloer eller SPE'er, men som



tidligere behandlet kan det ikke afvises, at hæftelse i særlige tilfælde kan statuere.

#### 9.4 Initiativer – medvirken

Medvirken er et af de mest åbenlyse undtagelser, som kan bruges til at statuere hæftelse mellem selskaberne i en koncern. Det vil oftest være moderselskabet/majoritetsejer, kreditor kan rette sit krav imod i denne forbindelse.

Kreditor skal være opmærksom på, om der har været begået klare faglige fejl eller ligefrem retsbrud. Kan dette påvises, kan moderselskabet/majoritetsejer komme til at hæfte for forpligtelser i det selskab, kreditoren har en forpligtelse imod. Dette er nemmere for en kreditor at bevise fremfor f.eks. hæftelsesgennembrud, da det ofte er åbenlyst, hvis en moder/majoritetsejer har begået fejl eller retsbrud. Medvirken kan forekomme i mange former og er yderligere uddybet i afsnit 7.4 Medvirken.

Ud over de faglige fejl og retsbrud, kan en kreditor også forsøge at bevise, at majoritetsejeren har grebet ind i ledelsen af dattervirksomheden, da der ikke er lov hjemmel til dette. Kreditor kan under visse omstændigheder få majoritetsejeren til at hæfte for dattervirksomhedens forpligtelser, hvis der er sket indgriben i ledelsen, da majoritetsejeren i så fald påtager sig ledelsesansvar.

#### 9.5 Initiativer – illoyalitet

Illoyalitet henvender sig næsten lige så meget til andre kapitalejere som til kreditorer. De mest almindelige illoyale handlinger, som også er yderligere beskrevet i afsnit 7.5, er regnskabsmanipulation, værdispild, udhuling af pant og kapitalned-sættelser for at stille tredjemand dårligere.

Disse illoyale handlinger kan være svære at sikre sig imod, og det er som regel også først i situationer med økonomiske vanskeligheder eller andre uoverensstemmelser, at kapitalejere begynder at ty til sådanne handlinger. Som kreditor eller kapitalejer er det derfor meget vigtigt at undersøge f.eks. regnskaber for at

se, om der er sket væsentlige ændringer i disse. Det kan være en pludselig ændring af regnskabspraksis eller ekstraordinære udlodninger af udbytter, som kan få alarmklokkerne til at ringe.

## 9.6 Initiativer – hæftelsesgennembrud

Hæftelsesgennembrud, som det hedder i Danmark, er den sidste undtagelse, hvor en kreditor kan forsøge sig fyldestgjort gennem hæftelsen i andre koncernselskaber. Hæftelsesgennembruddet er noget særligt, og det er kun set meget få gange, og derudover er det et dommerskabt rets sædvane, så der er ingen lovgivning på området. Historisk set er det hovedsageligt tvangskreditorer, som har anlagt sager om hæftelsesgennembrud, da de som regel ikke har haft noget valg i forbindelse med at blive kreditor, men under de rette forudsætninger ses der ikke noget til hinder for at en almindelig aftalekreditor kan forsøge at få statueret hæftelse igennem hæftelsesgennembrud.

For at kreditor kan statuere et hæftelsesgennembrud, er der tre præmisser, der må anses at skulle være opfyldt;

- der skal være sket en sammenblanding af de implicerede selskabers økonomi,
- der skal være foretaget en risikoforskydning,
- der er foretaget en kvalificeret relativ underkapitalisering.

Med andre ord skal der være tale om, at der er blevet overført penge selskaberne imellem, samt at et selskab ikke har den fornødne kapital i forhold til de risici, selskabet er udsat for. Kan disse præmisser bevises, kan der sandsynligvis statueres hæftelse på baggrund af et hæftelsesgennembrud.

Det skal dog siges, at domstolene lægger vægt på, om der er tale om en tvangskreditor, som ikke har haft noget valg, eller en aftalekreditor, som selv har haft indflydelse på, hvem der kontraheres med. Domstolene er mere tilbøjelige til at statuere hæftelse når, der er tale om tvangskreditorer, da de jo ikke har haft et valg.

## 10. Konklusioner

Indledningsvis vil de væsentligste konklusioner fra undtagelserne til hæftelsesindkapslingen blive gennemgået. Undtagelserne har til formål at besvare hovedspørgsmålet i problemformuleringen, der lød således:

*”På hvilke grundlag kan der statueres hæftelse over for kapitalejere og koncernforbundne selskaber på trods af, at selskabsloven foreskriver, at der ikke er hæftelse disse parter imellem?”*

Derefter vil de væsentligste konklusioner fra de udvalgte grænseflader og initiativer til majoritetsejere og koncerner, samt kreditorer og minoritetsejere blive gennemgået. Således vil alle områder fra problemformuleringen blive besvaret.

### 10.1 Konklusioner af undtagelserne til hæftelsesindkapslingen

Afhandlingen har behandlet 5 undtagelser til den selskabsretlige hæftelsesindkapsling som følger af selskabslovens § 1 stk. 2. De 5 undtagelser udgør dermed grundlaget for statuering af hæftelse mellem koncernforbundne selskaber og kapitalejere. Undtagelserne udgør følgende: Løfte, økonomisk enhed, medvirken, illoyalitet og hæftelsesgennembrud. Der er en yderligere undtagelse, som afhandlingen er afgrænset fra, nemlig den lovbestemte hæftelse inden for sambeskatning.

#### 10.1.1 Løfte

Hæftelse som følge af afgivet løfte omhandler i denne afhandling støtteerklæringer/hensigtserklæringer.

Støtteerklæringer er typisk et dokument, hvor en fysisk eller juridisk person udtrykker hensigt i form af økonomisk støtte, hvis det pågældende selskab måtte få brug herfor. De anvendes i praksis ofte i situationer, hvor den afgivende juridiske eller fysiske person ikke vil afgive tredjemandspant eller stille kaution.

Det er konstateret, at støtteerklæringer bør udfærdiges med stor omhu, da deres retsmæssige gyldighed i høj grad afhænger af de sprogmæssige formuleringer. De analyserede domme har vist, at det er marginaler i den sproglige udformning, der

skiller, hvorvidt en støtteerklæring er dispositiv eller indispositiv. Det er konstateret, at de omkringliggende omstændigheder i forbindelse med erklæringens udarbejdelse oftest spiller en mindre rolle i afgørelserne, mens det centrale moment i dommene i de fleste tilfælde er indholdet i erklæringerne. Det tyder dog på, at domstolene er mindre tilbøjelige til at statuere hæftelse i de tilfælde hvor erklæringsafgiveren er en fysisk person frem for en juridisk person. Derudover har det også betydning, om erklæringen er rettet mod en bestemt modtager eller en ubestemt personkreds.

#### 10.1.2 Økonomisk enhed

Afhandlingen har behandlet hæftelse som følge af ”en økonomisk enhed” og herunder, hvordan en økonomisk enhed opstår i et juridisk perspektiv. Den økonomiske enhed kendes både fra EU's konkurrenceret, nærmere betegnet kartelsagerne, ligesom det her hjemme kendes fra ambi-sagerne, som omhandler virksomheders erstatningskrav mod staten/SKAT.

Ud fra de foretagne analyser efterlades et indtryk af, at en økonomisk enhed i væsentlig grad nemmere opstår i EU-konkurrenceretligt regi end det gjorde i ambi-sagerne. Dette skyldes formodningsreglen, som anvendes i kartelsagerne og som synes øjensynlig svær at afkræfte for virksomhederne. I ambi-sagerne er det konstateret, at koncernforbindelsen i sig selv ikke er nok. Der skal altså ”noget mere til”, for at to eller flere koncernforbundne selskaber ses som en økonomisk enhed.

Afhandlingen har ydermere søgt at behandle hæftelsesproblematikken i relation til to grænseflader inden for koncerndannelse. De to grænseflader er henholdsvis SIC 12 omkring de særlige Special Purpose Entities og herunder siloer samt ejer-aftaler, hvilket vil blive omtalt nærmere i afsnit 10.2.

#### 10.1.3 Medvirken

Der kan i visse tilfælde statueres hæftelse over for en majoritetsejer, hvis denne fysiske eller juridiske person medvirker til et kvalificeret retsbrud over for en eller flere kreditorer eller medkontrahenter.

Medvirken kan både statueres ved culpøse handlinger såsom klare faglige fejl, eller grov handlemåde og kvalificeret retsbrud, samt ikke culpøse handlinger såsom almindelig forretningsmæssig ledelse, hvor moderselskabet eller eneaktionæren har deltaget i beslutninger i et datterselskab. I begge tilfælde kan medvirken medføre, at hæftelsesbegrænsningen bliver tilsidesat, og et moderselskab eller en majoritetsejer kan komme til at hæfte for krav rettet imod deres underliggende selskaber. Hæftelsen kan i visse situationer ydermere også gælde for bestyrelsesmedlemmer, advokater mv.

#### 10.1.4 Illoyalitet

Afhandlingen har fundet, at der er en bred praksis omkring illoyalitet, og det kan forekomme på mange måder. Analysen af en række domme har blandt andet indeholdt følgende illoyalitetshandlinger: Selskabstømning, udhuling af egenkapitalen, regnskabsmanipulation, tab hos en kapitalejer, da den anden kapitalejer forårsagede tvangsopløsning. I nogle tilfælde er der selskabsretligt tale om fuldt ud lovlige handlinger, men hvis handlingerne foretages med en illoyal bagtanke, kan der i visse situationer statueres hæftelse mellem koncernforbundne selskaber (og evt. kapitalejere).

#### 10.1.5 Hæftelsesgennembrud

Hæftelsesgennembrud er et udtryk for en hæftelse på et objektivi grundlag, når nogle særlige betingelser herfor er opfyldt.

For at der kan statueres hæftelsesgennembrud efter dansk ret, skal der være en kombination af følgende: formuesammenblanding, risikoforskydning og en relativ underkapitalisering. Alle tre betingelser skal være til stede for, at der kan statueres hæftelse efter hæftelsesgennembrudsreglerne.

Derudover er der et fjerde element, som domstolene også medtager i deres betragtning, når de skal afgøre, om der foreligger et hæftelsesgennembrud. Dette fjerde element er kreditortypen, samt hvilket krav der er tale om. Domstolene lægger større vægt på tvangskreditorers krav frem for frivillige kreditorer.

Et ”ægte” hæftelsesgennembrud er kun set en gang i dansk retspraksis (Midtfyns Festivalen U.1997.1642 H). Det er derfor ikke et alment forekommende brud på grundsætningen i selskabslovens hæftelsesindkapsling.

## 10.2 Konklusioner, udvalgte grænseflader

Afhandlingen har behandlet tre udvalgte grænseflader, som består af;

- to grænseflader i relation til koncerndefinitionen og hæftelsesproblematikken. De behandlede grænseflader omfatter SIC 12 (Special Purpose Entities/siloer) og ejeraftaler.
- en grænseflade i relation til moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse.

### 10.2.1 SIC 12 og ejeraftaler (Økonomisk enhed)

Analysen af den selskabsretlige koncerndefinition i relation til SIC 12 i et hæftelsesperspektiv tydeliggjorde i første omgang, at det ikke i alle henseender kan konkluderes at være optimalt at ”synkronisere” koncerndefinitionerne, dels til internationale standarder, dels til de forskellige koncerndefinitioner, som hersker i de danske love. Adapteringen af SIC 12 lukker muligvis nogle misbrugsmuligheder regnskabsmæssigt, men efterlader således også en række andre problemstillinger ikke blot selskabsretligt. SIC 12 er internationalt blevet afløst af IFRS 10. Men når blikket vendes mod Danmark, er der ikke på nuværende tidspunkt forlydender om at opdatere koncerndefinitionerne hertil. Den nugældende koncerndefinition er derfor ikke tilsvarende koncerndefinitionen ifølge de internationale regnskabsstandarder længere, hvilket i første omgang var den primære motivation for at spejle sig i IAS 27 (2008) og SIC 12.

Afklaringen af koncernforholdene er i sig selv et gråzoneområde, men når denne afklaring synes at være på plads, åbner der sig en række spørgsmål i hæftelsesmæssig sammenhæng. Brud på hæftelsesindkapslingen er en retsskabt praksis, og der har på nuværende tidspunkt ikke været sager, der involverer hæftelse i sammenhæng med grænsefladerne SIC 12 og ejeraftalers gyldighed. Afhandlingen har derfor opstillet en række scenarier og med perspektivering til analysen omkring hæftelse som følge af økonomisk enhed samt inspiration fra andre sammenlignelige

retsområder, har afhandlingen således søgt at afklare hæftelsesspørgsmålet i scenarierne. Det er vurderingen, at der på trods af indgriben i andres formuesfære, godt kan statuere hæftelse inden for en økonomisk enhed, som er opstået som følge af SIC 12. Endvidere vurderes det, at ejerftaler kan medføre hæftelse hos både majoritetsejere og minoritetsejere.

### 10.2.2 Moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse (Medvirken, illoyalitet)

Det er almindeligt forekommende, at moderselskaber griber ind i datterselskabets ledelse. Der er dog ikke lovhjemmel til denne indgriben, da moderselskaber kun er berettiget til at gøre sin indflydelse over for datterselskaber gældende på generalforsamlingerne, hvorfor der opstår et gab mellem praksis og lov. Dette gab fungerer tilsyneladende i de fleste tilfælde, men hvad sker der så, når moderselskabets indgriben i datterselskabet medvirker, at kreditorer og minoritetsejere lider tab, som kan henføres til denne indgriben? Moderselskabet risikerer at hæfte for datterselskabet, da moderselskabet påtager sig ledelsesansvar, hvor simpel uagtsomme handlinger kan medføre erstatningsansvar. Det er blandt andet statueret i Satair dommen U 1997.364 H, hvor moderselskabet forsøgte at slippe for udskudte skatter ved at gribe ind i datterselskabets ledelse og tømme datterselskabet for likvider i forbindelse med salg af selskabet til en selskabstømmer.

Som udgangspunkt kan moderselskabet med stor sandsynlighed udføre indgriben i datterselskaber og være i sikker havn hæftelsesmæssigt, hvis moderselskabet overholder en række forhold. Disse forhold stammer fra en konkret sag, som har lagt navn til Rozenblum-doktrinen. Det er endnu ikke lykkedes at få vedtaget konkret lovgivning herom, som der ellers var lagt op til i det 9. selskabsdirektiv. Den manglende vedtagelse skyldes modstand fra erhvervslivet.

Hvis Rozenblum-doktrinen og grænsefladen for moderselskabets indgriben i datterselskabets ledelse perspektiveres til de EU-retlige kartelsager, kan det konstateres, at der hersker et juridisk paradoks, som ikke synes at lade sig løse, så længe det 9. selskabsdirektiv ikke vedtages. Moderselskabet har ikke lovhjemmel til indgriben i datterselskabers ledelse, men moderselskabet kan blive gjort ansvarlig for

datterselskabernes lovovertrædelser alene på den baggrund, at moderselskabet har kapitalandelene qua formodningsreglen.

### 10.3 Konklusioner initiativer til kapitalejere, koncernforbundne selskaber og kreditorer

Foranstående analyser og konklusioner er mundet ud i en række initiativer til kapitalejere, koncernforbundne selskaber og kreditorer med det formål at reducere risikoen for en hæftelse, der ikke frivilligt er indgået aftale om.

Af de forskellige initiativer kan blandt andet nævnes følgende:

- Undgå støtteerklæringer – hvis ikke, så vær omhyggelig med formuleringerne
- Undgå karteldannelse
- Undgå klare faglige fejl
- Undgå ledelsesansvar hos datterselskaber
- Undgå at lade øvrige kapitalejere lide tab som følge af egne handlinger
- Undgå at sammenblende økonomier både i koncernen, men også til fysiske kapitalejere
- Sørg for at der er et afbalanceret forhold mellem egenkapital og risici
- Som kreditor eller minoritetsejer; Hvis der er mistanke eller viden om, at ledelsen bevidst forsøger at forringe positionen som enten kreditor eller minoritetsejer, bør der reageres herpå straks. Klare faglige fejl kan endvidere muligvis også medføre statuering af hæftelse til selskabets ejer.
- Konkret; brug af almindelig sund fornuft.



---

Slutteligt finder vi det på sin plads at sætte de fundne hæftelsesrisici i relation til de generelle risici, koncerner er udsat for. Brud på hæftelsesindkapslingen er ikke en retsskabt praksis, som finder anvendelse på daglig basis, og der er tale om særlige situationer. Hvis det var aktuelt for en overvejende del af selskaberne, ville lovgivningen formodentlig have rettet sig herefter.

Vi finder imidlertid hæftelsesproblematikken vigtig at have i baghovedet, men ønsker samtidig også at understrege, at der ved brug af almindelig sund fornuft sandsynligvis kan drives virksomhed uden at stifte bekendtskab med undtagelserne til selskabslovens § 1 stk. 2<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Note: Naturligvis på nær hæftelse som følge af lov -> sambeskatning

## 11. Perspektivering

- Eftersom IAS 27 (2008) internationalt er erstattet af IFRS 10, hvad angår koncerndefinitionen, så er koncerndefinitionen i selskabsloven ikke længere tidssvarende med international praksis. I motiverne for ændringen af selskabsloven i 2010 fremgår det, at formålet var at ensrette dansk praksis med den internationale praksis. Det kan derfor forventes, at selskabsloven igen må lade sig reformere og opdatere til international praksis. Det giver naturligvis nogle overvejelser i relation til nærværende afhandling. Det vurderes dog ikke, at en implementering af koncerndefinitionen efter IFRS 10 vil forælde opgavens konklusioner i væsentlig grad. IFRS 10 favner også Special Purpose Entities og siloer, om end der er nuanceforskelle i forhold til SIC 12.

Den stigende internationalisering vil kun øge behovet for harmonisering af nationale love til international ret, således også, hvad angår definitionen af koncerner.

- Afhandlingen har i sekundært omfang beskæftiget sig med en række tilgrænsende spørgsmål, som i sig selv kunne være genstand for langt grundigere analysearbejde – og muligvis nye afhandlinger. Eksempelvis kan nævnes;
  - De problemstillinger den skatteretlige implementering af den internationale koncerndefinition efter IAS 27 (2008) og SIC 12 giver anledning til.
  - Der er i afhandlingen nævnt eksempler omkring ejerftaler, som eks. vurdering af ejerftalers gyldighed, hvis dele af aftalen ikke overholdes samt SL § 82's betydning på ejerftalers gyldighed i relation til hæftelse.
- Ydermere er det fundet yderst relevant, at behandle hæftelsesproblematikken i relation til kapitalfonde. Kapitalfonde er ofte forgrenede og har store

formuer, hvilket gør problemstilling særligt relevant. Det er af hensyn til afhandlingens omfang udeladt.

## 12. Kildeliste

### 12.1 Litteraturliste

Koncernretten af Gitte Søgaard og Erik Werlauff, 1. udgave, 2015, forlag: Werlauff publishing A/S

Selskabsret af Erik Werlauff, 9. udgave, 2013, forlag: Karnov Group Denmark A/S

Dansk og international koncernret og koncernskatteret af Nikolaj Vinther og Erik Werlauff, 1. udgave, 2005, forlag: Forlaget Thomson A/S

Selskabsskatteret 2013/2014 af Erik Werlauff, 15. udgave, 2013, forlag: Karnov Group Denmark A/S

Manual of accounting, IFRS 2013 – Volume 2, PwC, forlag: Bloomsbury Professional

### 12.2 Internettet

[www.retsinformation.dk](http://www.retsinformation.dk)

[www.karnovgroup.dk](http://www.karnovgroup.dk)

[www.skat.dk](http://www.skat.dk)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.pwc.dk](http://www.pwc.dk)

[www.ifrs.org](http://www.ifrs.org)

[www.efrag.org](http://www.efrag.org)

### 12.3 Sagsoversigt

SKM 2002.348 Ø – Modregning Ambi koncernforbundne selskaber

SKM 2002.352 Ø

SKM2010.209 SR & TfS 2010, 491 – Sambeskatning og koncernforbindelse

SKM 2010.688 SR – Ejeraftaler

SKM 2010.687 SR – Ejeraftaler ikke opfyldt formodning

SKM 2011.307 SR – Ejeraftaler opfyldt formodning

TfS. 1998,153 Ø – Koncernenhed og hovedaktionær

TfS. 2002, 435 Ø – Skare Meat

TfS. 2011.267 SR – Sambeskatning

U.1980.806 V – Vedrører consolidated Bankruptcy

U.1989.618 V – Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S

U.1989.812 H – K. Schmidt's Maskinfabrik ApS.

U.1994.470 H – Engesvang Trælast

U.1997.364 H – Satair Holding A/S

U.1997.1642 H – Midtfyns Festival

U.1998.455 H – Scanbroker

U.1998.1289 H – SCS Holding A/S

U.1999.326 Ø – Microsoft

U.1999.1080V – Protech ApS

U.2003.915 Ø – Arkitektens tilsynssvigt

U.2006.3050 H – Taster Wine A/S - A/S Skjold Burne

U.2009.1512 H – Centralsavværket A/S

U.2009.2269 V – Flyttefirmaet DK Flyt A/S

U.2010.2757 V – Vildsund Muslinge Industri dommen

U.2011.1052 H – Ulmadan Production

U.2011.2726-2 H – ProTeleVision Technologies

Aventis Pasteur (C-358/08) EUR-Lex

Akzo Nobel (10/9 2009, C-97/08 P) EUR-Lex

L'Air liquide (16/6 2011, T-185/06) EUR-Lex

Elf Aquitanines (29/9 2011, C-521/09 P) EUR-Lex

Gascoigne (26/11 2013, C-58/12 P) EUR-Lex

Gascoigne appelleret (16/11 2011, T-72/06) EUR-Lex

Repsol (20/1 2011, C-90/09 P) EUR-Lex

Dow Chemicals (26/9 2013, C-179/12 P) EUR-Lex

Parker (24/10 1996, C-73/95 P) EUR-Lex

Københavns Byrets dom af 6. oktober 2000 BS-4C1883/97 - Gori A/S

Utrykt Venstre Landsret dom af 15/5-2014 (V.L. B-0258-11) -EBH Fonden

## 13. Bilag

### *Bilag 1 - Koncerndefinitionen jf. selskabsskatteloven og selskabsloven<sup>86</sup>*

#### Selskabsskatteloven:

**§ 31 C.** Et selskab, en fond, en trust eller en forening m.v. (moderselskabet) udgør sammen med et eller flere datterselskaber en koncern. Et selskab kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i stk. 2-6, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab.

*Stk. 2.* Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

*Stk. 3.* Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

*Stk. 4.* Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har

- 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
- 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,
- 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller
- 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.

*Stk. 5.* Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.

*Stk. 6.* Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.

*Stk. 7.* Opnås bestemmende indflydelse over et eller flere selskaber m.v. via koncernforbindelsen i kursgevinstlovens § 4, stk. 5, skal disse selskaber m.v. ikke anses for det overtagende selskabs datterselskaber i relation til stk.1.

*Stk. 8.* Et selskab, der tages under konkursbehandling, skal holdes ude af sambeskatningen fra og med det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges. Ved ophøret af sambeskatningen finder § 31 A, stk. 10, anvendelse.

#### Selskabsloven:

**§ 6.** Et moderselskab udgør sammen med en eller flere dattervirksomheder en koncern. En virksomhed kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i § 7, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab.

---

<sup>86</sup> Kilde: Retsinformation.dk

**§ 7.** Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

*Stk. 2.* Bestemmende indflydelse i forhold til en dattervirksomhed foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem en dattervirksomhed ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

*Stk. 3.* Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har:

- 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
- 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i en virksomhed i henhold til en vedtægt eller aftale,
- 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på virksomheden, eller
- 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over virksomheden.

*Stk. 4.* Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.

*Stk. 5.* Ved opgørelsen af stemmerettigheder i en dattervirksomhed ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af dattervirksomheden selv eller dens dattervirksomheder.



Summary of IFRS and US GAAP requirements

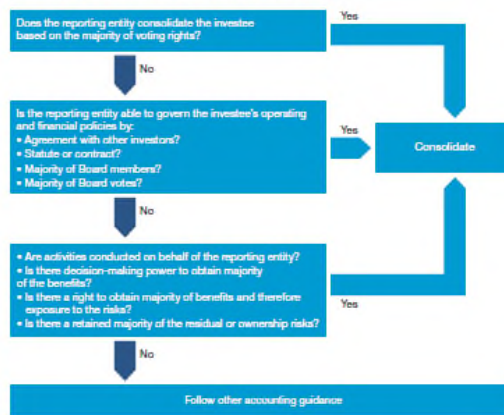
IFRS	US GAAP
<b>Literature</b>	
IAS 27, 'Consolidated and separate financial statements', requires the consolidation of all subsidiaries (entities controlled by the reporting entity). SIC-12, 'Consolidation - Special Purpose Entities', provides further guidance in determining control in situations in which an entity has been created to accomplish a narrow and well-defined objective.	FIN 46R, 'Consolidation of Variable Interest Entities'. ARB 51, 'Consolidated Financial Statements'. FAS 94, 'Consolidation of All Majority-Owned Subsidiaries and Amendment of ARB 51 with related amendments of APB 18 and ARB No. 43, Chapter 12'.
<b>Scope</b>	
SIC-12 does not apply to: - post-employment benefit plans; and - equity compensation plans (subject to change)	FIN 46R does not apply to: - not-for-profit organisations, with certain exceptions; - employee benefit plans; - registered investment companies; - separate life insurance accounts; - qualifying SPEs (QSPEs); - insignificant variable interests in a business (this does not mean the business is not a VIE); and - most entities that are not legal structures.
<b>Indicators</b>	
An SPE is not defined in SIC-12. It is described as an entity that has been created to accomplish a narrow and well-defined objective. SIC-12 lists the common features that identify an SPE: - it has 'auto-pilot' arrangements that restrict the decision-making capacity of the governing board or management; and - the creator or sponsor may transfer assets to the SPE, often as part of a derecognition transaction involving financial assets. Other indicators of an SPE might be: - it uses professional directors, trustees or partners; - it has 'thin' capitalisation, where the proportion of equity is too small to support the SPE's overall activities; - there is no apparent profit-making motive, such that the SPE is engineered to pay out all profits in the form of interest or fees; - it is domiciled in 'offshore' capital havens; - it has a specified life; and - it exists for financial engineering purposes.	A QSPE is a trust of another legal vehicle that: - is demonstrably distinct from the transferor; - has restrictions on its permitted activities; - has restrictions on the assets and derivatives that it may hold; - has restrictions on the way it can sell or otherwise dispose of non-cash financial assets; - has restrictions on agreements entered into between it and the transferor; and - has restrictions on the ability to reissue beneficial interests. A variable interest entity (VIE) is an entity that does not qualify for a scope exception under FIN 46R. VIEs can take different forms, and if any one of the following conditions is present, the entity is a VIE: - an insufficient amount of equity to finance the entity's activities without additional subordinated financial support from any party, including equity investors; - equity investors, as a group, do not have the rights to make decisions that significantly affect the success of the entity; - substantially all the entity's activities involve or are conducted on behalf of the investor and its related parties that has disproportionately fewer voting rights than its proportionate share of expected losses or expected residual returns; - equity investors, as a group, do not absorb the entity's expected losses, or a guaranteed return; - equity investors, as a group, do not have the rights to the entity's expected residual returns, or their return is capped.

<sup>87</sup> Kilde: [https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12\\_fin46r.pdf](https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12_fin46r.pdf)

FIN 46R creates a new consolidation framework for US GAAP that applies only to variable interest entities (VIEs). Holders of variable interests in a potential VIE should evaluate the capital structure of the entity in which they hold their interest.

Without the use of a scope exemption, FIN 46R must be considered for all legal entities regardless of whether that entity would have been considered a traditional SPE. The first step is to determine if it lacks sufficient qualifying equity capital or when the outstanding equity securities lack decision-making rights or hold rights to expected residual returns or have exposure to expected losses. Where FIN 46R is applicable, the holder of a variable interest(s) that shares in the majority of the economic risks and rewards (measured using the expected losses and expected residual returns of the VIE) must consolidate the VIE. There may be a difference in how the economics are measured between US GAAP and IFRS.

Application of the concept of control under IFRS



IFRS relies on the concept of control, with additional guidance provided by SIC-12.

A single consolidation model therefore applies for both 'normal' subsidiaries and SPEs that include economic risks and rewards analysis. An SPE under SIC-12 does not have to be a legal entity. Silos within a legal entity or ring-fenced groups of assets and liabilities in multi-cellular structures can be separate SPEs.

The indicator-based analysis of control listed in SIC-12 is used for all SPE consolidation assessments except those related to long-term employee benefit plans.

The principles-based approach taken by IFRS means that a variety of factors need to be evaluated to determine the substance of the arrangement and whether control is present. Indicators of control arise where:

- the subject entity conducts its activities on behalf of the reporting entity;
- the reporting entity has the decision-making power;
- the reporting entity can obtain the majority of the benefits of the subject entity; or
- the reporting entity has the majority of the residual or ownership risks of the subject entity or of its assets.

<sup>88</sup> Kilde: [https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12\\_fin46r.pdf](https://www.pwc.com/gx/en/ifrs-reporting/pdf/sic12_fin46r.pdf)