

Titelblad

Titel: Identifikation og hæftelsesgennembrud i koncernret

Engelsk titel: Identification and piercing of the veil in group company law

Emne: Selskabsret

Studie: Cand.merc.jur, Aalborg Universitet

Forfatter: Anne-Sophie Friis

Vejleder: Anders Bredgaard

Anslag: 142.380 (59,3 normalsider)

Antal sider: 57

Afleveringsdato: 17.05.18

Abstract

The objective of this thesis is: To investigate the identification and piercing of the corporate veil in a corporate group. The aim is to further determine which conditions must be met for a company group to identify or piercing the veil.

The source of law in this dissertation will stray from company law and focus on legal literature as a result of the current court framework applying a legal dogmatic method. Said method examines court practices to set a precedent, whereas legal literature is written by scholars with profound knowledge for group company law, as well as carefully selected practises.

Company law regulation, benchmarks subsidiaries with limited liability. Once the funds in the subsidiary have been used, creditors will have no means to claim back their equity. However, deviations from the benchmark occur, allowing creditors the possibility of calling upon identification or piercing the veil. Through identification or piercing of the veil, creditors may direct their claim towards the parent company, to obtain their claim.

Examination of the sources shows that identification between the parent company and the subsidiary is most likely to occur through the entity theory. The parent company and subsidiary can thus be considered as one entity, through mixed assets or mixed businesses. In either case, the conflation must be of such a degree, that a separation of the assets or businesses is impossible. Identification can transpire through poor management, leaving the management liable to the creditors. Identification can also be determined in case of pro forma in the subsidiary. If the subsidiary has no real purpose other than appearing to be a functional company, the creditors have no foundation for their claim, which must then be pointed towards the parent company instead.

In order for the creditor to place the claim directly with the parent company through piercing of the veil, the company group must display certain characteristics. The parent company and subsidiary must thus appear as an economic entity, the subsidiary must suffer under risk displacement and under capitalisation and the creditor must be a so-called forced creditor, meaning he has no say in becoming a creditor in the first place. These conditions are non-negotiable and must be present in a cumulative fashion.

In conclusion, creditors have an opportunity for obtaining their claim on special occasions despite the limited liability in subsidiaries. However, due to the unlawful nature of both identification and piercing of the veil, judges require heavy proof and consideration on the matter, just as the claims must be unambiguous and sovereign.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning	5
2 Problemformulering	5
3 Disposition	5
4 Metode	6
4.1 Afgrænsning.....	6
4.2 Retskilder.....	7
5 Definitionsafsnit	8
5.1 Koncern	8
5.2 Moderselskab.....	9
5.3 Datterselskab	10
5.4 Kreditor	10
5.4.1 Tvangskreditor	10
5.4.2 Aftalekreditor	11
6 Retsgrundlag	12
6.1 Dansk selskabsret.....	12
6.2 Europæisk selskabsret.....	12
6.3 Corporate Governance.....	16
7 Teoretisk afsnit	18
7.1 Udgangspunkt og modifikation	18
7.1.1 Lovgivning	18
7.1.2 Løfte fra moderselskabet.....	19
7.1.3 Økonomisk enhed	19
7.1.4 Moderselskabets medvirken til forpligtende dispositioner hos datterselskabet.....	19
7.1.5 Moderselskabets illoyalitet over for datterselskabet	20
7.1.6 Hæftelsesgennembrud	21
7.1.7 Delkonklusion	21
7.2 Identifikation.....	22
7.2.1 Lovhjemlet Identifikation	22
7.2.1.1 Økonomisk Identifikation	22
7.2.1.2 Juridisk identifikation.....	23
7.2.2 Ikke-lovhjemlet Identifikation	25
7.3 Hæftelsesgennembrud.....	27
7.3.1 Økonomisk sammenblanding.....	28
7.3.2 Risikoforskydning	28
7.3.3 Underkapitalisering.....	29
7.3.4 Tvangskreditor	30
7.4 Ansvarsgennembrud.....	30
7.5 Forskel på Hæftelse- og Ansvarsgennembrud.....	32
7.6 Forskel på Identifikation og Hæftelsesgennembrud.....	33
7.7 Erstatningsansvar.....	34
8 Praktisk afsnit	39
8.1 UfR 1997.1642 H - Midtfyns Musikfestival.....	39
8.1.1 Identifikation	40
8.1.2 Uforligelig litteratur.....	43
8.1.3 Hæftelsesgennembrud	44
8.1.3.1 Økonomisk sammenblanding.....	45
8.1.3.2 Risikosegmentering.....	45

8.1.3.3 Underkapitalisering.....	46
8.1.3.4 Tvangskreditor	46
8.1.4 Delkonklusion	47
8.2 Identifikation i forhold til omstødelse - UfR 1994.621 H.....	48
8.3 Identifikation i forhold til culpa - UfR 1985.664 V.....	49
8.4 Identifikation i forhold til proforma selskabskonstruktion - UfR 1980.806 V.....	50
8.5 Delkonklusion.....	51
9 Konklusion.....	52
10 Perspektivering.....	55
11 Litteraturliste	56

1 Indledning

Ved stiftelsen af et datterselskab har moderselskabet en særlig interesse i datterselskabets trivsel. Dog må moderselskabet også opveje den risiko, datterselskabet udsættes for, mod den kapital, moderselskabet indskyder i datterselskabet, da kapitalen udbetales til datterselskabets kreditorer, såfremt det går konkurs. Dette princip benævnes begrænset hæftelse, og er den altovervejende hovedregel i dansk selskabsret. Moderselskabet hæfter således kun med den kapital, det har indskudt i datterselskabet. Begrænset hæftelse kan dog være til gene for kreditor, såfremt datterselskabet ikke har midler til at dække alle krav. Domstolene har derfor i kreditorernes interesse tilladt en beskyttelsesmulighed i form af enten identifikation eller hæftelsesgennembrud. Såfremt kreditorerne påberåber sig identifikation eller hæftelsesgennembrud, kan kreditorerne få deres krav opfyldt i koncernens moderselskab i kraft af, at selskaberne anses som en samlet juridisk enhed. Domstolen tager dog ikke let på denne mulighed, da både identifikation og hæftelsesgennembrud er lovstridig.

Det er nærliggende at stille sig kritisk over for identifikation og hæftelsesgennembrud, eftersom domstolene så sjældent accepterer principperne. Kreditorernes retsstilling er usikker, idet de risikerer ikke at kunne få deres krav opfyldt, såfremt selskabet går konkurs. Omvendt har kreditorerne en chance for alligevel at få deres krav opfyldt i moderselskabet, selvom det ellers insolvente datterselskab ikke umiddelbart er i stand til at opfylde alle krav. For at kreditorerne således kan vurdere risici før indgåelsen af en aftale med et tvivlsomt datterselskab, er det behjælpeligt at fastlægge hvilke momenter, kreditorerne skal tage højde for i selskabet, for at kunne få anerkendt identifikation eller hæftelsesgennembrud. Dette speciale vil derfor undersøge, hvilke betingelser domstolen stiller til det insolvente datterselskab i forbindelse med identifikation og hæftelsesgennembrud, samt hvornår principperne foreligger.

2 Problemformulering

Ovenstående leder til følgende problemformulering:

I hvilket omfang kan koncernselskaber idømmes identifikation eller hæftelsesgennembrud i relation til kreditorer, og hvilke momenter er afgørende herfor?

3 Disposition

Denne afhandling er opbygget således, at der efter det indledende afsnit er et redegørende afsnit, hvori et definitionsafsnit af hovedbegreberne i dette speciale vil være at finde. Ligeledes vil det redegørende afsnit indeholde en redegørelse af såvel dansk som europæisk ret for at fastlægge

retsgrundlaget for både identifikation og hæftelsesgennembrud. Herefter vil en undersøgelse af begreberne identifikation, hæftelsesgennembrud, ansvarsgennembrud og erstatningsansvar blive præsenteret, for at få en teoretisk forståelse af begreberne, samt deres virkning på dansk selskabsret i relation til kreditorerne. Det teoretiske afsnit efterfølges af et praktisk afsnit, hvor den centrale Midtfyns Musikfestival-sagen analyseres, efterfulgt af en analyse af yderligere 3 domme. Ud fra det praktiske afsnit vil en konklusion på ovenstående problemstilling kunne drages, hvorefter en perspektivering slutteligt vil fremgå for at fremme forståelsen for identifikationens konsekvens i dansk selskabsret.

4 Metode

Metoden i denne afhandling vil være retsdogmatisk, idet den retsdogmatiske metodes opgave er at beskrive og analysere den gældende retstilstand. Metoden vil således tilvejebringe en teoretisk ramme til det retsfilosofiske element i specialet, samt en praktisk forståelse, således at de alment accepterede begreber i dette speciale vil kunne modstå teoretiske strømninger på sigt.¹ Det er dette speciales objektive, at fortolke og redegøre for eksisterende ret på området, og dermed ikke at udlede og undersøge mangler i dansk retspraksis.

Som følge af den retsdogmatiske metode, vil dette speciale både opstille en teoretisk ramme for identifikation og hæftelsesgennembrud, og dernæst vil en praktisk afprøvelse af begreberne undersøges i en række domme gennem analyse. Den teoretiske ramme vil blive undersøgt ud fra den selskabsretlige litteratur på området, hvorimod den praktiske afprøvelse vil bestå i en analyse af 4 domme, som alle illustrerer enten stadfæstelse eller afslag på identifikation og/eller hæftelsesgennembrud.

4.1 Afgrænsning

Specialet vil i kraft af emnet kun omhandle koncernforhold reguleret af selskabsretten, og tager dermed afstand fra andre selskabskonstruktioner samt offentligt ejede virksomheder. Dette begrundes i det begrænsede hæftelsesgrundlag, som både identifikation og hæftelsesgennembrudet er modifikationer af. Specialet vil således kun omhandle kapitalselskaber, da disse almindeligvist kan fremtræde i koncerner og dermed give anledning til forhold, der er relevante for identifikation og hæftelsesgennembrud. Specialet vil således ikke omhandle personselskaber, da disse ikke direkte indtræder i koncernforhold.

¹ Retsvidenskabsteori, s. 178

For dette speciale vil skatteretlige aspekter være irrelevant, hvorfor skatteretten ikke behandles yderligere i specialet. Ligeledes vil aftaleretlige dispositioner mellem moder- og datterselskabet ikke berøres nærmere ud over en kort anerkendelse af, at disse dispositioner findes. Endeligt er specialet afgrænset fra kapitalmarkedsretten og lov om erhvervsdrivende virksomheder i kraft af, at specialet kun omhandler koncerner. Selvom erhvervsdrivende virksomheder ikke er afskåret fra at deltage i koncernlignende forhold, vil disse for forståelsens og overskuelighedens skyld ikke belyses nærmere. Retsgrundlaget for dette område er således også irrelevant for speicalet.

4.2 Retskilder

Retskilderne i dette speciale vil hovedsageligt bestå af selskabsretligt litteratur samt domme, da identifikation og hæftelsesgrundlag ikke er direkte lovreguleret. Relevante fagbøger og artikler vil således danne grundlag for det teoretiske afsnit, mens retspraksis vil danne grundlag for det praktiske afsnit.

I tilfælde af alle type retskilder må det påpeges, at retskilderne er af forskellig alder, og i visse tilfælde kan synes uddateret. Teorien bag disse er dog stadig relevant og forenelig med nyere retskilder, hvorfor der ikke differentieres mellem retskilderne i hverken det teoretiske eller praktiske afsnit. Det påpeges yderligere, at størstedelen af dommene i denne afhandling er højesteretsdomme, hvilket tillægger dem en høj præjudikatværdi. Manglen på lovregulering i forhold til identifikation og hæftelsesgennembrud opvejes således ved udvalget af dommene i specialet. Endeligt bemærkes det, at dommene er nøje udvalgt baseret på deres præjudikatværdi og deres emnefelt. En frasortering af irrelevante domme er således foretaget, for at fremhæve forståelsen og læseligheden af specialet og dets indhold.

5 Definitionsafsnit

5.1 Koncern

Udgangspunktet i selskabsretten er, at hvert selskab er en juridisk enhed for sig selv. Dette udgangspunkt fraviges dog i tilfælde af grupperinger af selskaber, også kaldt en koncern, hvor flere selskaber har relation til hinanden gennem kapitalandele og stemmerettigheder. Der er ingen fastsat definition af begrebet "koncern", men visse karakteristika gør sig dog gældende, og stiller således formelle krav til koncernen.² En koncern består af et moderselskab og et eller flere datterselskaber. Det afgørende krav er, at moderselskabet har bestemmende indflydelse over datterselskabet. Af denne grund kan der kun være ét direkte moderselskab. I tilfælde af tvivl, vil det selskab, der faktisk har bestemmende indflydelse over de finansielle og operationelle beslutninger, være moderselskabet.³

Bestemmende indflydelse kan karakteriseres på flere måder. Den logiske tilgang er antal af stemmerettigheder. Selskabsdeltagere kan dog vælge at optræde som passiv investorer, og således ikke tage del i den beslutningsmæssige proces. Dette kan give problemer i forhold til opdelingen af stemmerettigheder.⁴ Ejer moderselskabet ikke over halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet, kan moderselskabet stadig have bestemmende indflydelse gennem en række muligheder. Det er tilfældet såfremt moderselskabet ifølge vedtægterne eller en aftale har opnået beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold, jf. selskabslovens (herefter SL) § 7, stk. 3, nr. 2. Ligeledes kan moderselskabet opnå bestemmende indflydelse ved at indgå aftale med de andre investorer og på den måde råde over størstedelen af stemmerettighederne, jf. § 7, stk. 3, nr. 2. Moderselskabet kan også opnå bestemmende indflydelse ved at få beføjelse til at udpege og afsætte størstedelen af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, jf. § 7, stk. 3, nr. 3. Endeligt kan moderselskabet også opnå bestemmende indflydelse over datterselskabet ved at have flertallet af de faktiske stemmer på generalforsamlingen, jf. § 7, stk. 3, nr. 4. Det er ved opgørelsen af stemmerettigheder vigtigt at påpege, at stemmerettigheder, der er i forlængelse af datterselskabets eller datterselskabets datterselskabers kapitalandele, ikke tælles med i antallet af totale stemmerettigheder. Den bestemmende indflydelse binder også moderselskabet, der hvert år skal fremlægge et koncernregnskab, der viser den samlede opgørelse af aktiver og passiver i koncernen.⁵

² Dansk selskabsret 2, s. 760

³ SL §§ 6 og 7

⁴ Dansk selskabsret 1, s. 57

⁵ Dansk selskabsret 2, s. 761

Der er ikke krav til selskabstypen på hverken moder- eller datterselskabet. Koncerner kan således bestå af såvel anpartsselskaber som aktieselskaber. I SL § 5, nr. 18 fremgår betegnelsen "dattervirksomhed", hvilket peger på, at ikke kun kapital-selskaber, men også personselskaber kan optræde som datterselskab. Ligeledes kan fonde også være omfattet af koncernbegrebet, så længe der er tale om et moder-datter-forhold. Det manglende selskabstypekrav giver dermed frihed til koncernretten, da også udenlandske selskaber kan agere moder- eller datterselskab. Det centrale krav er blot, at moderselskabet har bestemmende indflydelse over datterselskabet. Form eller nationalitet er derfor også uden betydning.⁶

Friheden i det manglende formkrav strækker sig også til selve opbygningen af koncernen. En koncern kan problemfrit indeholde en anden koncern, således at et moderselskab i en koncern optræder som et datterselskab i en anden koncern. Der er i princippet ingen grænse for antal koncernled, en opbygning kan bestå af. Det er dog vigtigt at notere det øverste moderselskab, der udøver den bestemmende indflydelse.⁷

En fordel ved koncernkonstruktioner er, at ansvaret kan bredes ud over flere selskaber. Det betyder, at eftersom de deltagende selskaber i en koncern anses for værende juridiske individer med begrænset hæftelse, kan moderselskabet som udgangspunkt ikke hæfte for datterselskabet. Går et datterselskab konkurs, vil moderselskabet således kun miste de kapitalandele, moderselskabet havde i datterselskabet.⁸

5.2 Moderselskab

Som beskrevet ovenfor i afsnit 5.1, er moderselskabet det selskab, der har bestemmende indflydelse over et andet selskab. Moderselskabet hæfter som udgangspunkt ikke over for et datterselskabs kreditorer grundet begrænset hæftelse, jf. SL § 1, stk. 2. Det følger af en fortolkning af begrebet "dattervirksomhed" i SL § 5, nr. 18, at moderselskabet ikke er underlagt et krav om selskabstype. Moderselskabet kan således være enhver virksomhedstype, herunder selskab eller fond. Ligeledes stilles der ikke krav til nationalitet, så længe kravet om bestemmende indflydelse er overholdt.

⁶ Dansk selskabsret 2, s. 766

⁷ SL § 7 og Årsregnskabsloven (herefter ÅRL) § 109

⁸ Dansk selskabsret 2, s. 766

5.3 Datterselskab

Datterselskabet er det selvstændige selskab, som moderselskabet har bestemmende indflydelse over.⁹ Den traditionelle måde for dette er, at moderselskabet har flertal af stemmerettigheder fra kapitalandele i datterselskabet. Andre forhold kan dog også lede til moderselskabets bestemmende indflydelse. Som ved moderselskabet er der ikke krav til datterselskabets selskabstype eller nationalitet.¹⁰

Datterselskabet kan have anden nationalitet end moderselskabet ved at blive oprettet gennem indirekte sekundær etablering.¹¹ I dette tilfælde vil datterselskabet være underlagt lovgivningen i den pågældende medlemsstat, og vil således være underlagt anden lovgivning end moderselskabet.¹² Den indirekte sekundære etablering kan forekomme ved at moderselskabet enten opretter datterselskabet i en anden medlemsstat eller køber kapitalandele i et allerede eksisterende selskab i en anden medlemsstat. I sidstnævnte tilfælde er det afgørende, at moderselskabet opfylder kravet om bestemmende indflydelse som nævnt direkte ovenfor.

5.4 Kreditor

Ved enhver transaktion er der et debitor-kreditor forhold. Debitor er skyldner, og kreditor er fordringshaver. Begge parter, A og B, i transaktionen er både debitor og kreditor, da A både er real-debitor og penge-kreditor, og B er real-kreditor og penge-debitor. I denne situation sælger A altså et gode til B.¹³ I tilfælde af identifikation og hæftelsesgennembrud er debitor moderselskabet og kreditor de parter, der har et krav mod koncernen. Der findes her to type kreditor, aftalekreditor og tvangskreditor.

5.4.1 Tvangskreditor

Tvangskreditorer er de kreditorer, der ufrivilligt må kontrahere med selskabet med begrænset hæftelse. Højesteret omtaler i U 1997.1642 H om Midtfyns Musikfestival "Tvangskreditor" som værende et muligt krav for hæftelsesgennembrud. Det fremgår yderligere af dommens præmis, at Told- og Skattestyrelsen er tvangskreditorer. I deres analyse af dommen, bemærker Søgaard og Werlauff, at man må betragte en retsbrudskreditor og en offentligretlig kreditor som værende tvangskreditorer. En retsbrudskreditor er en kreditor med et retsbrudkrav, altså et erstatningskrav uden for kontrakt. En offentligretlig kreditor er en kreditor med et offentligretligt krav, altså krav på skat, bøde, afgift eller konfiskation. Det er klart, at en kreditor gennem et erstatningskrav uden for kontrakt ikke har haft indflydelse på sin kreditorstilling. Ej heller har den offentligretlige kreditor

⁹ SL § 5, stk. 1, nr. 3

¹⁰ Dansk selskabsret 2, s. 766

¹¹ Dansk selskabsret 1, s. 205

¹² EU-selskabsret, s. 4

¹³ Lærebog i Obligationsret II, s. 15

frivilligt kontraheret med selskabet med begrænset hæftelse, og således haft indflydelse på sin rolle som kreditor. Begge kreditorer har således tilegnet sig kreditorstillingen uden særlig indflydelse herpå. Denne konklusion kommer Søgaard og Werlauff også frem til, idet “*de [tvangskreditorerne] har ikke bedt om at blive kreditorer i dette selskab*”.¹⁴

Grundet deres manglende frivillige kontrahering med selskabet, er tvangskreditorer de første til at få deres krav til selskabet opfyldt ved konkurs. Er det insolvente selskab ikke i stand til at betale tvangskreditorernes krav på normal vis, anses hæftelsesgennembrud eller identifikation for den lettest mulighed for opfyldelse.¹⁵ Den manglende frivillige kontrahering er også grunden til, at Højesteret særskilt har fremhævet tvangskreditorernes interesse og position i Midtfyns Musikfestival-sagen, og givet dem mulighed for at gøre deres krav gældende i resten af koncernen.

5.4.2 Aftalekreditor

En aftalekreditor har frivilligt påtaget sig kreditorrollen ved at indgå en aftale med selskabet, eksempelvis ved at indgå et ansættelsesforhold med selskabet. Kravet, som kreditoren har mod selskabet, udspringer således af et løfte fra selskabets side. Grundet forholdets frivillige karakter, kan en aftalekreditor ikke umiddelbart påberåbe sig opfyldelse af krav gennem identifikation eller hæftelsesgennembrud, da kreditoren burde være velvidende om selskabets økonomiske situation ved aftaleindgåelsen.

Dog er det ikke umuligt for en aftalekreditor at opnå fuldbyrdelse gennem identifikation eller hæftelsesgennembrud. Domstolen i Midtfyns Musikfestival-sagen har ikke eksplicit udtalt, at aftalekreditorer kan nægtes samme fordele af hæftelsesgennembrud og identifikation som tvangskreditorerne. Det vil dog kræve, at selskabet i meget væsentlig grad har ændret sin risikoprofil efter aftaleindgåelse, således at aftalekreditoren ikke havde forudsætning for at kende selskabets økonomiske stilling inden aftaleindgåelsen.¹⁶

¹⁴ Koncernretten, s. 156

¹⁵ “*Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9*”

¹⁶ Koncernretten, s. 156 ff.

6 Retsgrundlag

Dette speciale vil have fokus på den danske lovgivning og dansk retspraksis. Eftersom den danske selskabsret har rod i, og skal følge henvisninger fra, den europæisk ret, vil europæisk selskabsret også belyses. Endeligt vil specialet fokusere på Corporate Governance, som tillægges en del vægt i de danske selskaber, på trods af ikke at være reguleret ved lov.

6.1 Dansk selskabsret

Dansk selskabsret reguleres i en række love, herunder selskabsloven, årsregnskabsloven og konkursloven. Dansk selskabsret er dog hovedsageligt reguleret i Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, bedre kendt som selskabsloven. Dette speciale vil fokusere primært på SL §§ 6 og 7, samt §§ 361-365 i kapitel 22 om erstatning, tvungen overdragelse, mv., da disse paragraffer er relevante for problemstillingen vedrørende koncernret, identifikation og hæftelsesgennembrud. Endvidere er det relevant at undersøge §§ 108 og 127 om minoritetsbeskyttelse, da et erstatningsansvar på baggrund af disse kan føre til identifikation i koncernen. Identifikation er også lovreguleret i ÅRL § 115, samt indirekte i konkurslovens (herefter KL) §§ 2, 67 og 71. Identifikation kan også opstå på baggrund af culpa gennem et erstatningsansvar, hvorfor erstatningsansvarsloven også har relevans for denne afhandling.

Derudover er dansk selskabsret også reguleret i væsentlig grad i retspraksis. Domstolen har således taget stilling til en række forhold, der ville være for specifikt og detaljeret at gennemgå i lovstoffet. Domstolen har som følge af identifikation og hæftelsesgennembruds karakter og virke også dømt direkte imod selskabsloven ved at tillade, at den begrænsede hæftelse hjemlet i SL § 1, stk. 2, bliver tilsidesat, således at kreditorerne alligevel kan søge deres krav dækket i koncernen. En undersøgelse af domstolens grundlag for dette vil blive analyseret i afsnit 8 Praktisk Afsnit.

6.2 Europæisk selskabsret

Dansk ret er unægteligt sammenhæftet med EU-retten. Det vil sige, at den danske selskabsret ikke bare er inspireret af europæisk ret, men også er reguleret af den. Europæisk selskabsret er således særdeles relevant at undersøge for at få en forståelse af baggrunden i dansk ret og dermed identifikation og hæftelsesgennembrud i dansk lov og retspraksis.

Dansk selskabsret har fundet inspiration i nordisk selskabsret, hvilket virker naturligt set i lyset af den tætte juridiske og politiske sammenknytning i Skandinavien. De danske domstole har således søgt råd i de øvrige nordiske landes retspraksis, ligesom den danske selskabsret afspejler den skandinaviske selskabsretlige ånd. Den nordiske retsfamilie har dog ultimativt baggrund i tysk ret,

hvorfor dansk selskabsret også har søgt inspiration i tysk selskabsret.¹⁷ Dette ses blandt andet i tilfælde af identifikation og hæftelsesgennembrud, omend Danmark ikke har reguleret området i lige så detaljeret grad som Tyskland har. Hvor Tyskland har reguleret koncernretten detaljeret, indeholder den danske selskabsret kun få paragraffer, der regulerer koncerner specifikt.

EU-retten er konstrueret på baggrund af Lissabontraktaten, herunder særligt Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, herefter TEUF. Traktaten er ligesom den danske grundlov opbygget af korte og generelle artikler, som så udfoldes yderligere i forordninger og direktiver. Som værende en del af den Europæiske Union skal Danmark følge disse forordninger og direktiver ved vedtagelse af ny lovgivning, så den europæiske selskabsret bygger på det samme retsgrundlag. På denne måde sikres det frie indre marked, og dermed muligheden for frit at etablere sig i en anden medlemsstat i EU.¹⁸

Af de til dette speciale relevante artikler kan nævnes TEUF artikel 18, 49 og 54. Artikel 18 og 49 foreskriver, at der ikke må opstå restriktioner, når medlemsstaterne vedtager nationale love. En medlemsstat må således ikke forhindre den frie etablering af selskabet inden for EU. Denne bestemmelse er endvidere et af de fundamentale elementer, der sikrer det indre marked. Artikel 49 indeholder yderligere et diskriminationsforbud, der på lige fod med restriktionsforbuddet forhindrer medlemsstaterne i at diskriminerer udenlandske selskaber, når de etablerer sig i en given medlemsstat. Diskriminationsforbuddet hører også under de fundamentale elementer, der sikrer det indre marked og dets deltagere. Artikel 49 henviser direkte til artikel 54. Artikel 54 åbner op for den frie etableringsfrihed ved at ligestille selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med lovreglerne i en medlemsstat, med statsborgere, der er beskyttet i kapitel IV af Lissabontraktaten om den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital. Denne ligestilling åbner muligheden for, at selskaber såvel som personer kan optræde som kreditorer til et insolvent selskab, og således kan anerkendes opfyldelse ved moderselskabet gennem identifikation eller hæftelsesgennembrud.

På et mere detaljeret niveau findes forordninger og direktiver. Forordninger skal ikke implementeres af medlemsstaterne, og alle parter, herunder selskaber, kan støtte ret på forordningerne til enhver tid. For at få retsvirkning skal direktiver implementeres af medlemsstaterne. Medlemsstaterne kan i den forbindelse selv bestemme i hvilken grad, direktiverne skal implementeres. Der er i stigende grad opstået en tendens til, at mindre

¹⁷ An introduction to comparative law, s. 276 ff.

¹⁸ EU-retten, s. 94 ff.

medlemsstater har implementeret direktiverne mere stringent, og dermed stille skarpere og flere krav til selskaberne. Dette ses også på den danske implementering af 2. direktiv i SL § 76, stk. 3, hvor en regulering, som ellers ikke var til stede i direktivets artikel 8, stk. 1, er tilføjet. Tilføjelsen af disse reguleringer falder dog ikke under restriktionsforbuddet, da medlemsstaterne jf. artikel 3 i direktivet, har frihed til at tilføje øvrige forpligtelser for selskaberne i den pågældende medlemsstat.

Der har i EU været en del diskussion om, hvorvidt koncerner bør reguleres ved lov. Som følge heraf, er der konstrueret et koncernretligt direktiv, det 9. direktiv, som dog ikke er vedtaget, og derfor ikke retsforpligtende.¹⁹ I den danske selskabsretlige litteratur tager forfattere afstand fra dette direktiv, da en detaljeret fastlæggelse af lov på området efter forfatternes mening vil bidrage til en stramning af reglerne, hvilket ikke vil gøre gavn for koncernretten eller selskabsretten i Danmark. Ligeledes afviser Moderniseringsudvalget behovet for sådanne regler, da disse endvidere vil medføre retsregler om ansvarsgennembrud, hvilket ikke er i Moderniseringsudvalgets interesse.²⁰

Kommissionen har i 2012 taget spørgsmålet om lovreguleret koncernret op til diskussion, og finder på baggrund af en rapport fra en refleksionsgruppe foretaget af Kommissionen²¹, at det er relevant at foretage initiativ til at forbedre "gruppeinteresser", altså koncernforholdet mellem moder- og datterselskab.²² Rapporten, som handlingsplanens udtalelser er baseret på, fremstiller endvidere en forklaring på, hvorfor et detaljeret koncernretligt fællesgrundlag ikke er at foretrække. Der er, jf. rapporten, for mange forskellige nationale normer og interesser at tage stilling til, og det ville være upraktisk at tage stilling til dem alle. Rapporten foreskriver derfor, at den praktiske løsning i øjeblikket er at lade medlemsstaterne regulere områderne. Skulle behovet for en fælles koncernret i EU senere opstå, foreslår rapporten, at denne koncernret tager udgangspunkt i den tysk koncernret, da denne har opnået fleksibilitet og gennem praksis alligevel synes at have påvirket de øvre EU medlemsstaters opfattelse af koncernret.²³

Opbygningen af det europæiske retssystem finder lighed med opbygningen af det amerikanske retssystem, hvor hver stat har deres egen lovgivning, men på samme tid overholder den føderale lovgivning fastsat af forbundsmyndighederne i Washington. I USA afgøres selskabsstatuttet efter hvilken stat, selskabet er registreret i, og der er intet til hindrer for, at et selskab kan registrere sig i

¹⁹ European Company law, s. 763

²⁰ Modernisering af selskabsretten, s. 45-46

²¹ "Report of the reflection group on the future of EU company law"

²² "Handlingsplan: Selskabsret og corporate governance i EU - en tidssvarende lovramme for mere engagerede aktionærer og bæredygtige virksomheder", s. 15

²³ "Report of the reflection group on the future of EU company law", s. 65

en stat uden at have faktisk tilknytning hertil. EU har ladet sig inspirere af denne model, betegnet som Delaware-effekten, hvor den frie etableringsret tydeligt bærer præg af netop princippet om frihed til at stifte et selskab i den medlemsstat, stifterne ønsker.²⁴ Retten til frit at vælge, hvilken medlemsstats nationale lovgivning selskabet skal reguleres under, har dog skabt problemer. Medlemsstaterne har således haft forskellige tilgangsmåder til at bestemme, i hvilken stat selskabet har hjemsted og dermed hvilken medlemsstats retsregler, selskabet er underkastet. De forskellige tilgangsmåder kan skabe forvirring for selskabet, da brug af den forkerte medlemsstats love selvsagt danner grundlag for juridiske konflikter for selskabet og i værste fald koncernen. Også kriterierne til identifikation og hæftelsesgennembrud afhænger af medlemsstaten, hvorfor det for kreditorerne er væsentligt at fastlægge, hvilket hjemsted og dermed hvilke kriterier, der er gældende.

Bestemmelsen af selskabets hjemsted og dermed dets nationalitet kan ske ved brug af to teorier, registreringsteorien og hovedsædeteorien. Registreringsteorien bygger på det princip, at selskabet har hjemsted i den medlemsstat, det registreres i. Registreringen skal dog ske der, hvor selskabet har vedtægtsmæssig hjemsted. Danmark benytter sig af registreringsteorien ved bestemmelse af selskabets hjemsted. Hovedsædeteorien har modsat rod i princippet om, at selskabets hjemsted er der, hvor selskabets faktiske hovedsæde, herunder administrationen, direktionen og bestyrelsen, ligger. Selskabets faktiske hovedsæde og vedtægtsmæssige hjemsted skal således være sammenfaldende, for at selskabet er omfattet.²⁵

Efter udvikling i den frie etableringsfrihed, særligt efter EU-domstolens afgørelse i C-208/00, Überseeing, og C-167/01, Inspire Art, må medlemsstaterne sande, at hovedsædeteorien er traktatmodstridende i den forstand, at den udgør en begrænsning i den frie etablering. Såfremt en medlemsstat insisterer på at følge hovedsædeteorien, vil en sekundær etablering ikke kunne finde sted, eftersom medlemsstaten må nægte at anerkende den sekundære etablerings retssubjekt baseret på det faktum, at selskabets selskabsretlige hjemsted er beliggende i en anden medlemsstat. Det er ved EU-domstolens afgørelser slået fast, at såfremt selskabets nationalitet er bestemt, og selskabet anerkendes som et retssubjekt i den pågældende medlemsstat, skal de øvrige medlemsstater respektere selskabets retlige status. Dette er ikke muligt ved hovedsædeteorien, hvorfor hovedsædeteorien må anses for værende død.²⁶

²⁴ Dansk selskabsret 1, s. 257

²⁵ "Hovedsædekriteriet i ny skikkelse – En acceptabel version af det EU-stridige klassiske hovedsædekriterium?", afsnit 1

²⁶ Dansk selskabsret 1, s. 245 f.

Endeligt findes EU-domstolen, der adresserer præjudicielle søgsmål fra medlemsstaterne. Der har fra dansk side ikke været behov for at forelægge præjudicielle søgsmål for EU-domstolen før 1998, hvor Højesteret anmodede om en afgørelse i C-212/97 Centros-sagen. Centros-sagen udgjorde en revolutionær udvikling i den europæiske selskabsret, da den tiltalte muligheden for omgåelse af registreringsteorien ved at skabe en etableringskæde. Et dansk ægtepar benyttede sig af deres frie etableringsret til at stifte et privat limited company i England til et betydeligt mindre kapitalkrav end det daværende dansk krav på 200.000 kroner. Ægteparret oprettede herefter en filial i Danmark, for at drive forretningen herigennem, og dermed omgå det danske kapitalkrav.

Videre behandling af flytning af hjemsted vil ikke uddybes i dette speciale grundet manglende relevans. Identifikation og hæftelsesgennembrud vil i dette speciale kun undersøges i det omfang, koncernen er et anerkendt retssubjekt med dansk nationalitet.

6.3 Corporate Governance

Dansk ret er opdelt i to grupper, hard law og soft law. Hard law, værende den primære gruppe, består i retlige forhold, der binder selskaberne, og som modparten, herunder kreditor, kan støtte ret på. Eksempler på hard law er lovgivningen og retspraksis. Soft law, værende den sekundære gruppe, består modsat hard law af ikke-bindende retlige forhold, herunder vejledninger og kutyper, hvilket gør soft law mere fleksibelt. Selvom soft law ikke har bindende virkning overfor parterne, tillægges soft law alligevel vægt, idet det ofte er beskyttet af "følg eller forklar"-princippet. Det følger af dette princip, at selskabet skal følge eksempelvis vejledningen eller forklare, hvorfor en fravigelse fra denne vejledning er opstået, og hvordan selskabet i stedet vil agere. Forklaringen skal her være væsentlig, og selskabet kan således pålægges bod, såfremt fravigelsen ikke er tilstrækkelig begrundet. Et eksempel på soft law er corporate governance.

Under driftsfasen i datterselskabet er det ikke usædvanligt, at moderselskabet misbruger datterselskabet økonomisk ved at flytte aktiver fra datterselskabet til moderselskabet i en sådan grad, at det øger risikoen for insolvens i datterselskabet, og således sætter datterselskabets kreditorer i fare ved ikke at kunne få deres krav til datterselskabet fyldestgjort, jf. afsnit 7.3 om Hæftelsesgennembrud. Det følger af Werlauff's artikel "*God selskabsskik (I)*", at den mest fornuftige måde at undgå misbrug på er gennem præventive metoder. For at undgå et sådant misbrug, har Komitéen for God Selskabsledelse derfor udarbejdet anbefalinger til selskabets ledelse, som ledelsen i både moder- og datterselskabet skal følge. Anbefalingerne til corporate governance er også et forsøg på at optimere ledelsesstilen og skabe større transparens i selskabet, hvilket ville være til fordel for både selskabet og kreditorer, da corporate governance søger at øge værdiskabelsen i selskabet.

Det følger af anbefalingernes 2. afsnit om Bestyrelsens Opgaver og Ansvar, at *“Det påhviler bestyrelsen at varetage aktionærernes interesser med omhu og under behørig hensyntagen til de øvrige interessenter”*.²⁷ “Øvrige interessenter” må her forstås som bl.a. kreditorer til datterselskabet. Det er altså bestyrelsens pligt at sikre sig varetagelse af selskabets, moderselskabets og kreditorernes interesser. Det anbefales yderligere, at bestyrelsen mødes mindst en gang om året, for at diskutere alle relevante parter interesser og varetagelsen heraf. Det anbefales endvidere, at bestyrelsen regulerer selskabets kapital- og aktiestruktur, så den afspejler selskabets interesser, strategi og normer. Disse anbefalinger er generelt formuleret, men sætter alligevel krav til bestyrelsen i selskabet, da denne skal varetage interessenters interesse og sikre, at kapitalstrukturen i selskabet afspejler netop denne interesse.

En yderligere måde at sikre en reduktion af misbrug i koncernen er ved at hæve den majoritet, der kræves for at fremlægge en selskabsdisposition på generalforsamlingen. Jo højere denne er, jo vanskeligere vil det være at gennemføre misbrug fra ledelsens side. Den høje majoritet fungerer dermed som en beskyttelse for kreditorerne. Det ses også på nyere retspraksis, at domstolen har været tilbageholdende med at statuere misbrug i selskabet i de tilfælde, hvor en høj majoritet har været gældende.²⁸

En mere dybdegående behandling af corporate governance er ikke relevant for identifikation og hæftelsesansvar, hvorfor det ikke vil behandles videre i dette speciale. Såfremt corporate governance ikke inkorporeres i koncernens ledelsesstil, vil kreditorerne kunne fremføre dette for domstolen, og kræve en forklaring på fravigelsen af anbefaling om kapitalstrukturen, samt bruge dette som argument for at få deres krav opfyldt gennem enten identifikation eller, såfremt kravene hertil er opfyldt, hæftelsesgennembrud.

²⁷ *“Anbefalinger til god selskabsledelse”*, s. 11

²⁸ *“God selskabsskik (II)”*, afsnit 5

7 Teoretisk afsnit

7.1 Udgangspunkt og modifikation

Udgangspunktet inden for koncerner er, at hvert selskab er sin egen juridiske enhed, der hver bærer et ansvar og en pligt. Kreditorer til datterselskabet kan således kun søge deres tab dækket i datterselskabet. Dette udgangspunkt kan dog i særlige tilfælde fraviges, således at moder- og datterselskabet enten identificeres som en samlet juridisk enhed, eller således at kreditorerne kan rette krav mod moderselskabet i stedet.

Erik Werlauff henviser i sin artikel *Medhæftende Majoritetsejer* til 6 forskellige situationer, hvor moder- og datterselskabet kan identificeres som et samlet selskab, herunder gennem lovgivningen; ved accept fra moderselskabet; når der foreligger en fælles virksomhed mellem moder- og datterselskabet, der binder dem i en økonomisk enhed; hvis moderselskabet medvirker til forpligtende dispositioner hos datterselskabet; ved illoyalitet ved moderselskabet; og når betingelserne for et hæftelsesgennembrud opfyldes undtagelsesvist.²⁹

7.1.1 Lovgivning

De særlige tilfælde, hvor moder- og datterselskabet kan identificeres, er ikke direkte lovreguleret. Dog er der i lovgivningen en række eksempler på, at lovgiver har valgt at tilsidesætte den begrænsede hæftelse for selskaber, og dermed give anledning til identifikation alligevel.³⁰ Et eksempel herpå er KL § 2, stk. 1, nr. 2, som foreskriver "*Ved nærstående forstås i denne lov (...) et selskab og en person såfremt personen eller dennes nærstående direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af selskabets kapital*". Hvis KL § 2, stk. 1, nr. 2, sammenholdes med KL § 67, stk. 2, som foreskriver "*Er sådan betaling sket til fordel for skyldnerens nærstående, kan den fordres omstødt, hvis den er foretaget senere end to år før fristdagen, medmindre det godtgøres, at skyldneren hverken var eller ved betalingen blev insolvent.*", vil moderselskaber kunne holdes hæftelsesansvarlige overfor konkursboet gennem omstødelse. Samme konklusion kan drages, hvis KL § 2 sammenholdes med § 71, stk. 2, i konkursloven.³¹

²⁹ "*Medhæftende majoritetsejer*", afsnit 1

³⁰ "*Medhæftende majoritetsejer*", afsnit 2

³¹ Dansk selskabsret 1, side 147

7.1.2 Løfte fra moderselskabet

Det følger af logisk udledning, at et moderselskab hæfter for datterselskabet, hvis moderselskabet angiver løfte herom. Som Werlauff argumenterer, kan samme situation også spejlvendes, således at minoritetsaktionærer ved løfte herom kan hæfte for datterselskabet. Dette sker dog i sagens natur ikke tit, hvorfor det ikke er relevant at berøre yderligere.

Werlauff argumenterer yderligere for, at der findes 3 typer løfter. Han henviser således til et kautionsløfte, tredjemandspant og en støtteerklæring, der grundet konkret ordlyd og situation får virkning af et kautionsløfte. Alle 3 typer er som udgangspunkt løfter fra moderselskabet til datterselskabs kreditorer, men dette forhold kan naturligvis også, omend sjældent, være omvendt. Grundet den kreditretlige natur, diskuteres de 3 løftetyper ikke yderligere i denne afhandling.³²

7.1.3 Økonomisk enhed

Moder- og datterselskabet kan ligeledes identificeres, såfremt de har en fælles selskabsretlig forbindelse. Dette kan eksempelvis være et interessentskab. Det er således ikke ukendt, at der sker nedsættelse af tilbagebetalingskravet i det ene selskab, som følge af sparede arbejdsgiverafgifter i det andet selskab på baggrund af tilbagebetaling af arbejdsmarkedsbidrag. Forskellen på, hvorvidt en reduktion af tilbagebetalingskravet i det ene selskab til fordel for sparede ambi i det andet selskab kan gennemføres, ligger i hvorvidt de to selskaber findes at være en samlet koncern. Er der således tale om en økonomisk enhed mellem moder- og datterselskabet, kan ovennævnte lade sig gøre. Er det omvendte tilfældet, og de to selskaber ikke ifalder identifikation, må spørgsmålet om nedsættelse besvares negativt.³³

7.1.4 Moderselskabets medvirken til forpligtende dispositioner hos datterselskabet

Det følger af de almindelige regler om culpa, at en person, hvad enten fysisk eller juridisk, er erstatningsansvarlig, såfremt denne pådrager en anden person skade gennem en uagtsom handling.³⁴ Det samme er tilfældet for et moderselskab, der på vegne af eller gennem datterselskabet påfører skade eller tab for en tredjeperson. Moderselskabet kan således gennem enten generalforsamlingen eller ledelsesorganer i datterselskabet opnå magt til at udføre en handling, som kan påføre tredjemand skade eller tab. Er dette tilfældet, vil moder- og datterselskabet anses for en samlet enhed, der fælles hæfter for tabet. Såfremt handlingen

³² "Medhæftende majoritetsejer", afsnit 3

³³ "Medhæftende majoritetsejer", afsnit 4

³⁴ Se afsnit 7.7 om Erstatningsansvar

stammer fra en af moderselskabet udpeget fysisk person i datterselskabets ledelse, vil denne ifalde et selvstændigt ansvar overfor tredjemand.

Det er væsentligt at understrege, at moderselskabet skal have begået et kvalificeret retsbrud. Det vil sige, at moderselskabet bevist skal have handlet groft uagtsomt, da det under normale omstændigheder ikke hæfter for datterselskabet med mere end den indskudte kapital, jf. SL § 1, stk. 2. Begrebet "kvalificeret retsbrud" afgrænses ikke kun til grov uagtsomhed eller forsæt, men skal også fortolkes som tilsidesættelse af det ansvar, ledelsen påføres, omend tilsidesættelsen sker ved simpelt uagtsomhed. Hovedprincippet bag det kvalificerede retsbrud fra moderselskabets side bygger på princippet om springende regres, hvor moderselskabet ikke har et direkte kontraktforhold med tredjemand, men alligevel ifalder ansvar. Princippet om springende regres ligger til grund, netop fordi datterselskabet har handlet under ledelse fra bestyrelsen eller kontrol fra moderselskabet, og dermed ikke har handlet selvstændigt. En eventuel erstatningspligt kan ligeledes udløses af klart faglige fejl fra andre medvirkendes side, herunder et bestyrelsesmedlem eller en advokat.³⁵

Det afgørende er således, hvor ansvaret reelt kan placeres i de konkrete tilfælde. Ligger det ved et bestyrelsesmedlem, der har tilsidesat sit ansvar eller begået en klar faglig fejl, eller ligger ansvaret ved hele moderselskabet, da denne gennem bestemmende indflydelse på datterselskabet har gennemført en skadelig handling på tredjemand. I hvilket omfang moderselskabet har forårsaget tabet hos tredjemand bør også indgå i den konkrete vurdering.

7.1.5 Moderselskabets illoyalitet over for datterselskabet

Moderselskabet kan ifalde erstatningsansvar, såfremt det handler illoyalt over for datterselskabets kreditorer. Dette kan eksempelvis være, hvis dele af datterselskabet bliver solgt på en utilbørlig måde, således at kreditors krav mod datterselskabet ikke kan imødekommes. Moderselskabet sætter således kreditors krav i risiko ved at handle på illoyal vis, og bliver dermed erstatningsansvarlig over for kreditorerne.

Også en illoyal handlemåde over for en medejer kan udløse erstatningsansvar, selvom tvisten selskabsretligt er fejlfri. Et eksempel herpå er U 1999.1080 V, hvor en af 50/50-ejerne stemte imod en lovpligtig kapitalforhøjelse, som derfor ikke kunne vedtages. Landsretten udtalte, at *"vægning[en] skyldtes utilfredshed med samarbejdsforholdene, herunder de økonomiske vilkår for samarbejdet, og at hun ved at blokere for kapitalforhøjelsen kunne fremtvinge en likvidation af selskabet og dermed en lukning af virksomheden"*. Præmisserne foreskriver herefter *"Selvom det*

³⁵ "Medhæftende majoritetsejer", afsnit 5

ikke kan antages, at en anpartshaver i almindelighed har en pligt til at stemme for en lovpåbudt kapitalforhøjelse, findes appellanten i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende at have handlet ansvarspådragende i forhold til [medejer] ved at nægte at stemme for kapitalforhøjelsen". Selvom der ikke var pligt til at stemme for kapitalforhøjelsen, måtte den pågældende 50/50-ejers handling anses for illoyal, da hun modsatte sig en lovpligtige kapitalforhøjelse på baggrund af utilfredshed og dermed uden en saglig begrundelse.³⁶

7.1.6 Hæftelsesgennembrud

Slutteligt kan moderselskabet identificeres med datterselskabet gennem hæftelsesgennembrud, hvor kreditor retter kravet direkte til moderselskabet. Hæftelsesgennembrud er særlige omstændigheder, der bygger på et objektive grundlag frem for et erstatningsansvarligt grundlag, som culpa eller objektive ansvar er. Hæftelsesgennembrud kræver derfor ikke uagtsomme handlinger, som erstatningsansvar gør. Hæftelsesgennembrud behandles i dybden i dommen UfR 1997.1642 H om Midtfnys Musikfestival, hvor kreditorernes krav rettes mod et søsterselskab, da selskabet selv er insolvent. Det er vigtigt at notere, at selskabet ikke på forhånd kunne forudse at festivalen ville skabe underskud, hvorfor et erstatningskrav ikke kan rejses. Der er således tale om et objektive virkende hæftelsesgennembrud. Hæftelsesgennembrud tjener hovedsageligt som et retsmiddel til fordel for tvangskreditorer, og tilsidesætter således aftalekreditorer, da disse må anses for at være bevidst om selskabets økonomiske situation, inden de indvilgede til at være kreditor for selskabet.³⁷ Midtfnys Musikfestival-sagen behandles mere detaljeret i afsnit 8.1 i dette speciale.

7.1.7 Delkonklusion

Som Werlauff argumenterer, kan det klare udgangspunkt om begrænset hæftelse fraviges i særlige situationer, hvor forholdene kræver en ændring i ansvarsstrukturen. Dette værende i tilfælde, hvor loven foreskriver en mulighed for identifikation gennem omstødelse; hvor moderselskabet afgiver løfte om hæftelse for datterselskabet; hvor moder- og datterselskabet grundet økonomisk forretning må anses for værende et samlet selskab; hvor moderselskabets medvirkende handling giver adgang til identifikation; hvor moderselskabets illoyale handling giver adgang til identifikation; og endeligt, hvor kreditorer kan rette kravet direkte mod moderselskabet gennem hæftelsesgennembrud.

I anledning af artiklen Medhæftende Majoritetsejer, som netop omhandler afvigelsen af udgangspunktet om begrænset hæftelse i koncerner, er det relevant at undersøge selve begreberne identifikation og hæftelsesgennembrud, som er de to overordnede afvigelser i artiklen.

³⁶ "Medhæftende majoritetsejer", afsnit 6

³⁷ "Medhæftende majoritetsejer", afsnit 7

Artiklens afsnit 2-3 og 5-6 bygger alle på princippet om identifikation mellem moderselskabet og datterselskabet. Afsnit 4 har baggrund i enhedsteorien, som er et emne under identifikation.³⁸ Endeligt omhandler afsnit 7 hæftelsesgennembrud direkte. Det er endvidere relevant at undersøge begrebet ansvarsgennembrud, da denne ligger tæt op ad hæftelsesgennembrud. Formålet med modifikationen af den begrænsede hæftelse beskrevet i Medhæftende Majoritetsejer er at tilvejebringe beskyttelse for kreditorerne til det insolvente datterselskabet, og dermed sikre dem opfyldelse af deres krav. Her gælder også de normale regler om culpa og erstatningsansvar, hvorfor erstatningsansvar som begreb ligeledes er relevant at undersøge nærmere.³⁹

7.2 Identifikation

I 1980'erne fik identifikation sit fodfæste i dansk ret. Det stigende behov for identifikation i koncernretten har utvivlsomt haft sin baggrund i finansieringsgrundlaget mellem moder- og datterselskabet. Det forhold, at et moderselskab kan stifte et datterselskab, for senere at kunne trække aktiver ud af det og derefter likvidere det, har skabt problemer for datterselskabets kreditorer, der således vil stå tilbage uden mulighed for at få dækket sine krav. Gennem identifikation kan kreditorerne dog få dækket deres krav af moderselskabet, såfremt datterselskabet er insolvent. Med dette brud på den normale selskabskonstruktion er identifikation således kreditorernes sikkerhed i tilfælde af, at datterselskabet går konkurs.⁴⁰

Begrebet identifikation er både indirekte lovhjemlet, samt fremgår direkte af retspraksis. Afsnittet Lovhjemlet Identifikation er i denne afhandling yderligere opdelt i økonomisk og juridisk identifikation for at fremme overskueligheden. Eftersom retspraksis indeholder et samspil af retsområder, er afsnittet Ikke-Lovhjemlet Identifikation ikke opdelt, da en sådan opdeling ikke vil fremme overskueligheden af afsnittet.

7.2.1 Lovhjemlet Identifikation

7.2.1.1 Økonomisk Identifikation

Fravigelsen af udgangspunktet om begrænset hæftelse kan have baggrund i lovgivningen, således at lovgiver åbner op for muligheden for identifikation mellem moder- og datterselskab. Denne identifikation kan både være baseret på økonomiske og juridiske forhold.

Set fra et økonomisk perspektiv, kan der opstå en økonomisk enhed grundet fælles forretning eller fælles regnskab mellem moder- og datterselskabet. I disse tilfælde kan et krav mod datterselskabet ligeledes rettes mod moderselskabet som følge af identifikationen mellem disse.

³⁸ Dansk selskabsret 2, s. 761

³⁹ Dansk selskabsret 1, s. 148

⁴⁰ "Civilretlig identifikation i relation til kreditorer"

Der er dog forskellige holdninger på dette punkt. Werlauff argumenterer for, at det kræver en videregående økonomisk forbindelse mellem moder- og datterselskab, før disse kan identificeres på baggrund af en økonomisk enhed. Selve det økonomiske fællesskab, der naturligt etableres i en koncernforbindelse, er ikke nok, til at moderselskabet kan ifalde ansvar for datterselskabet gennem identifikation.⁴¹

Økonomisk enhed fremgår også af selskabsretlig litteratur, som en del af begrebet enhedsteori.⁴² Her argumenterer Hansen og Krenchel for, at enhedsteorien blandt andet udledes af lovgivningen, herunder ÅRL § 115, som foreskriver *“Koncernregnskabet skal vise de konsoliderede virksomheders aktiver og passiver, deres finansielle stilling samt deres resultat, som om de tilsammen var en enkelt virksomhed”*. Hvert selskab i koncernen skal altså aflægge et selvstændigt årsregnskab, hvorefter moderselskabet endvidere skal aflægge et årsregnskab for hele koncernen med inddragelse af aktiver og passiver fra alle de deltagende selskaber, som var koncernen en samlet enhed. Også ÅRL § 97 a, lægger op til, at koncernen anses som en samlet enhed. Det fremgår af forarbejderne til selskabsloven at *“Ved koncernregnskabet får regnskabsbrugeren netop et samlet overblik over den økonomiske enhed – koncernen”*.⁴³ Gomard bakker denne teori op, da det er det samlede årsregnskab, der er interessant for aktionærer og kreditorer, hvilket taler for, at en koncern i økonomisk øjemed anses for værende en samlet enhed.⁴⁴

Den selskabsretlige litteratur er således uenig i omfanget af identifikation på baggrund af en økonomisk enhed. Det står dog klart, at en sammenblanding af moder- og datterselskabets økonomi kan føre til identifikation. Dette ses blandt andet, hvor en sammenblanding af moder- og datterselskabets formuer i en sådan grad, at det for kurator ikke er muligt at skelne mellem disse, vil kunne føre til omstændigheder, hvor de to selskaber behandles som et samlet konkursbo.⁴⁵ Den præcise grænse for, hvornår denne sammenblanding har opfyldende virkning, er dog endnu ikke trukket. Svaret må således søges i retspraksis, og vil dermed blive analyseret i afsnit 8 af dette speciale.

7.2.1.2 Juridisk identifikation

Lovhjemlet identifikation findes også i et juridisk øjemed i bl.a. konkursloven. Som diskuteret under afsnittet 7.1.1 om Lovgivning, kan den begrænsede hæftelse tilsidesættes, således at kreditorer kan få deres krav opfyldt, ved at moder- og datterselskab identificeres gennem omstødelse, jf. KL

⁴¹ Koncernretten, s. 144

⁴² Dansk selskabsret 2, s. 761

⁴³ LFF 2016-10-05 nr 23

⁴⁴ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 62

⁴⁵ Dansk selskabsret 1, side 146 og *“Civilretlig identifikation i relation til kreditorer”*, afsnit 2.3

§§ 2, stk. 1, nr. 2, 67, stk. 2, og 71, stk. 2. Godsk Pedersen argumenterer i sin artikel "Civilretlig identifikation i relation til kreditorer" for, at "[...] *sikkerhedsstillelse for en tredjemands tidligere stiftede gæld, foretaget af en insolvent garant, kan betragtes som en gave*".⁴⁶ Han anfører endvidere, at såfremt dette accepteres, vil behovet for identifikation blive mindre, idet omstødelse af gaver oftere er mere effektiv end de regler, der anvendes i tilfælde af identifikation. Konkurslovens omstødellesbestemmelser udfylder således, ifølge Godsk Pedersen, det behov for identifikation, der måtte være i koncernretten, hvilket gør identifikationen irrelevant. Dette er Hansen & Krenchel dog uenig i, da de nævnte konkursretlige bestemmelser netop giver anledning til identifikation.⁴⁷ Grundet den store tidsforskel på knap 30 år mellem Godsk Pedersens og Hansen & Krenchels perspektiver, samt ordlyden af den nuværende konkurslovgivning og udvidet retspraksis på området, er det nærliggende at antage den seneste vinkel, hvilket er Hansen og Krenchels perspektiv om, at de konkursretlige bestemmelser fører til identifikation frem for at mindske den.

Der er intet ulovligt i et tæt samarbejde mellem de enkelte selskaber i koncernen, og dermed heller intet i vejen for tæt kommunikation mellem moder- og datterselskabet. Afhængig af koncernens karakter, kan forholdet mellem moder- og datterselskabet udspringe på to måder. Enten fungerer datterselskabet som sin egen enhed, hvor ledelse og fortjenester er et resultat af datterselskabets selvstændighed. I dette tilfælde vil moderselskabet blot betragte datterselskabet som en god investering, der ikke behøver indblanding for at få succes. På den anden side kan datterselskabets produktion, salg og generel virke være tæt knyttet til moderselskabet i en sådan grad, at det strategisk og forretningsmæssigt er nødvendigt, at moderselskabet fastholder en tæt kommunikation med datterselskabet, og i den relation udnytter sin bestemmende indflydelse til at udpege datterselskabets ledelse, for at sikre samarbejdet mellem de to selskaber. Dog kan der opstå en reel fare, som potentielt kan lede til erstatningsansvar, såfremt datterselskabets generalforsamling ukritisk vedtager beslutninger, der allerede er truffet på højere niveau i moderselskabet. Det er således nødvendigt med en ramme for, hvor meget moderselskabets bestemmende indflydelse reelt må have på datterselskabet. Lider kreditorer tab som følge af en beslutning truffet på højere niveau, vil medlemmer af datterselskabets samt moderselskabs ledelse kunne ifalde ansvar for kreditorerne.⁴⁸ Erstatningsansvar berøres nærmere i afsnit 7.7.

Selskabsloven opsætter sådanne rammer for, hvornår samarbejdet mellem moder- og datterselskabet er for tæt i SL § 108 om minoritetsbeskyttelse. Her fremgår det, at "*Der må på*

⁴⁶ "Civilretlig identifikation i relation til kreditorer", afsnit 2.3

⁴⁷ Dansk selskabsret 1, side 147

⁴⁸ Dansk selskabsret 2, s. 781

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". Datterselskabets generalforsamling kan således ikke blindt vedtage beslutninger, der allerede er truffet på et højere niveau, hvis beslutningerne skader minoritetkapitalejernes interesser, hvilket dermed skader datterselskabets interesser. Dette er også i kreditorernes bedste interesse, da kreditorerne som udgangspunkt skal søge deres krav opfyldt ved datterselskaberne. Det følger videre af SL § 127, at "*Medlemmerne af kapital selskabets ledelse må ikke disponere således, at dispositionen er åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital selskabets bekostning".* Datterselskabets ledelse kan derfor heller ikke agere frit over for selskabet uden at ifalde ansvar for både selskabet og selskabets kreditorer.

Selvom selskabsloven intet nævner om identifikation, fremgår det alligevel af lovgivningen på andre retsområder, hvornår en koncern kan idømmes identifikation. Ligeledes belyses det indirekte i selskabsloven, hvornår koncernen overtræder udgangspunktet med særskilte enheder og begrænset hæftelse. Lovgivningen opstiller således nogle rammer for, hvor grænsen til identifikation kan trækkes, dog uden at anføre direkte hvor denne grænse faktisk går.⁴⁹ Også inden for skatteretten tages der hensyn til, at koncerner behandles som en samlet enhed. Afgrænsning for dette speciale tager dog klar afstand fra skatteretten, hvor dette emne ikke berøres yderligere.

7.2.2 Ikke-lovhjemlet Identifikation

Selvom den danske lovgivning indikerer en ramme for identifikation, er kravene til identifikation stadig meget uklare. Dog har domstolen taget stilling til netop identifikation i en række domme, som kan hjælpe med at indsnævre kravene til, hvornår identifikation mellem moder- og datterselskab er et muligt middel for opfyldelse for datterselskabets kreditorer.

Et eksempel herpå er TfS 2001, 233 H, hvor der statueres identifikation mellem moder- og datterselskabet, eftersom afgiftsomlægning i forbindelse med arbejdsmarkedsbidrag udgjorde et tab hos kartoffelavleren, A, men samtidig gav overskud hos et andelsselskab, som A var andelsejer i. Ved udlodning af overskud baseret på andel leverance led A derfor ikke noget tab, hvorfor domstolen fandt, at der var tale om identifikation ved en økonomisk enhed, hvorfor A tabte sagen.

Identifikation kan også forekomme, når en selskabsdeltager, herunder moderselskabet, har handlet groft uagtsomt på datterselskabets vegne, og således ifalder erstatningsansvar efter den

⁴⁹ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 10

almindelige culparegel.⁵⁰ Et eksempel herpå er U 2005.2235 H, hvor 3 anpartshavere og en advokat overdragede selskabets aktiver til et andet selskab, velvidende om at anpartsselskabet var insolvent, og derfor gik konkurs kort tid efter. Højesteret idømte de 3 anpartshavere og advokaten til at hæfte for selskabets konkursbo på den baggrund, at det måtte have stået dem klart, at overdragelsen ville føre til tab ved anpartsselskabets kreditorer. Identifikation i forbindelse med uagtsomhed belyses dog nærmere nedenfor i afsnit 7.7 om Erstatningsansvar.

Det er i afsnit 7.2.1 om Lovhjemlet Identifikation angivet, at et ledelsesmedlem kan ifalde selvstændigt ansvar for uagtsomme handlinger på selskabets vegne. Dette betyder dog ikke, at ledelsesmedlemmer automatisk kan anses som kausionsist eller solidarisk skyldner, hvis datterselskabet bliver insolvent, jf. U 2004.2094 H, hvor direktøren af det danske selskab B havde underskrevet en aftale med spanske selskab A med "personally and on behalf of". Da B senere blev dømt til at betale 1 mio. kroner til A, rettede A kravet mod B og direktøren in solidum, da direktøren havde underskrevet aftalen, og dermed var kausionsist på lige fod med B. Højesteret fandt dog ikke, at aftalen hverken i sin helhed eller i forbindelse med øvrige omstændigheder gav grundlag for, at direktøren skulle hæfte personligt over for A. Direktøren blev derfor frifundet, og A kunne således kun rette kravet mod selskabet B.

Ovenstående giver anledning til at undersøge aftalereguleret identifikation, da moderselskabet eller ledelsen gennem aftale potentielt kan hæfte for datterselskabet som ovenfor. Situationer, der kan føre til identifikation som et resultat af en aftale mellem parterne, har dog oftest karakter af kausionsløfte, støtteerklæring eller andet løfte fra moderselskabets side, som beskrevet i Medhæftende majoritetsejer,⁵¹ og vil således ikke behandles videre i dette speciale.

Domstolene har ikke opstillet faste rammer for identifikationen, men de er dog af den holdning, at hvis moderselskabet gennem utilstrækkelig ledelse eller anden form for indgreb har bragt datterselskabet i en situation, der er til skade for kreditorer og minoritetsaktionærer, så må moderselskabet også stå til ansvar for denne ledelse. Dette princip har ledt til en fravigelse af kravet om, at moderselskabet skal have handlet groft uagtsomt, jf. SL § 362, stk.1, således at simpel uagtsomhed fører til erstatning i tvister omhandlende ledelsen, jf. SL § 361, stk. 1.⁵²

⁵⁰ Dansk selskabsret 1, s. 148

⁵¹ "Medhæftende majoritetsejer"

⁵² Koncernretten, s. 85-85

7.3 Hæftelsesgennembrud

Ligesom kreditorerne kan få deres krav til et insolvent datterselskab opfyldt af moderselskabet gennem identifikation, kan kreditorerne også søge kravet opfyldt gennem hæftelsesgennembrud. Modsat identifikation, hvor moder- og datterselskabet anses som en samlet enhed, er princippet bag hæftelsesgennembrud, at moder- og datterselskabet er to forskellige enheder, hvor kreditorerne gennem et objektivi grundlag dog kan rette kravet mod moderselskabet i stedet for datterselskabet.⁵³

Begrebet hæftelsesgennembrud sidestilles ofte med begrebet ansvarsgennembrud, og de to bruges ofte som synonyme for hinanden. En differentiering af disse to begreber og en nærmere afgrænsning af begrebet hæftelsesgennembrud er således relevant at fastlægge. Differentieringen findes i afsnit 7.5 Forskel på Hæftelses- og Ansvarsgennembrud.

Werlauff forsøger i artiklen *Medhæftende Majoritetsejer* at definere hæftelsesgennembrud som *“hæftelsesgennembrud er en realitet som hæftelsesgrund i dansk ret, dvs. at en majoritetsejer - eller et andet af denne kontrolleret selskab - under ganske særlige omstændigheder kan komme til at hæfte for et selskabs forpligtelser over for én eller flere bestemte kreditorer”*.⁵⁴ Christian Schwartz Hansens bud på en definition af hæftelsesgennembruddet lyder i mellemtiden på at være det forhold at *“en eller flere selskabsdeltagere kommer til at hæfte for en eller flere kreditorers tilgodehavender i selskabet”*.⁵⁵ Højesteretsdommere Dahl og Nørgaard har kommenteret U 1997.1642 H om Midtfyns Musikfestival, som er en banebrydende sag inden for identifikation og hæftelsesgennembrud i dansk ret. I kommentarerne henviser Dahl og Nørgaard blandt andet til Werlauffs definition af hæftelsesgennembrud, hvorfor denne er at foretrække fremadrettet.⁵⁶ Hæftelsesgennembrud har baggrund i en objektiv hæftelse, hvorfor hæftelsesgennembrud ikke er erstatningsretligt baseret. Hverken culpa eller objektivi ansvar spiller således en rolle i denne sammenhæng.⁵⁷

Højesteret har i sagen U 1997.1642 H om Midtfyns Musikfestival opstillet tre elementer, der fører til statuering af et hæftelsesgennembrud. Ud fra dommens præmisser står det klart, at alle tre elementer er kumulative. Højesteret fremstiller også et fjerde element, men præsenterer dette

⁵³ *“Medhæftende majoritetsejer”*, afsnit 7

⁵⁴ *“Medhæftende majoritetsejer”*, afsnit 7

⁵⁵ Christian Schwartz Hansen, NTS 2001, s. 433-448, d. 434

⁵⁶ *“Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9”*, afsnit 9

⁵⁷ Koncernretten, s. 151

uklart, hvorfor det er tvetydig, hvor meget vægt der skal pålægges det fjerde element. En nærmere analyse af Midtjys Musikfestival-sagen fremgår i afsnit 8.1.

7.3.1 Økonomisk sammenblanding

Det første element, Højesteret lægger vægt på, er sammenblanding af selskabernes økonomi. I dommen fremgår der en klar sammenblanding af selskabets og dets søsterselskabs økonomi, der gør det umuligt for Højesteret at adskille dem. Højesteret udtaler således, at der ikke var *“fremlagt et aftalegrundlag vedrørende den mere detaljerede opgavefordeling”*⁵⁸ selskaberne imellem. Dette på trods af, at forpagtningsforholdet krævede en indsats fra begge selskaber angående den årlige festivalsaktivitet. Med inspiration fra tysk retspraksis og litteratur, hvor det er alment praksis i forbindelse med hæftelsesgennembrud, at formuesammenblanding skal være af ikke ubetydelig grad, må det således kræves, at formuesammenblandingen i dansk ret også forudsætter et krav om en ikke ubetydelig grad i forhold til sammenblandingen.

Det er endvidere interessant at påpege, at blandt andet formuesammenblandingen førte til hæftelsesgennembrud hos søsterselskabet, da et hæftelsesgennembrud oftest sker hos moderselskabet eller en anden majoritetsejer grundet selskabskonstruktionen og det faktum, at det er moderselskabet, der modtager datterselskabets eventuelle overskud.

7.3.2 Risikoforskydning

Det andet element, Højesteret tildeler vægt, er den økonomiske risiko, som det ene selskab blev udsat for, mens det andet selskab fremviste overskud i en længere årrække. Det ene selskab har således fungeret problemfrit og uden bekymringer i en årrække, mens det andet selskab konstant har været i fare for at gå konkurs. Dette forhold kan også være hjulpet på vej af selskabskonstruktionen, hvor økonomiske midler er blevet overført fra det *“svage”* selskab til det *“stærke”* selskab, som en del af risikosegmentering foretaget af ledelsen. Ved risikosegmentering skal forstås en strategi, hvor ledelsen tilfører aktiver fra et selskab til et andet, og således kan producere et større overskud samt større udbytte i det ene selskab, med den konsekvens at det andet selskab har forhøjet risiko for insolvens. Ledelsen skal med denne strategi tage stilling til et eventuelt tab af det *“svage”* selskab, og har accepteret denne konsekvens. Ultimativt bliver det *“svage”* selskab udsultet, dog ikke i en sådan grad, at det leder til erstatningsansvar. Hertil kommer, at overførslen af aktiver er sket i koncernens interesse, hvilket også leder væk fra et erstatningsansvar.⁵⁹

⁵⁸ Konkernretten, s. 153

⁵⁹ *“Civilretlig identifikation i relation til kreditorer”* og *“Udsultning af minoritetsaktionærer”*

Denne risikosegmentering er heller ikke ukendt i tysk ret, hvor man refererer til fænomenet som en risikoforskydning til skade for kreditorerne. Det overskud, majoritetsejerne får til disposition, afspejler således ikke den risiko, der burde følge med. Risikosegmentering er også kendt i amerikansk ret, hvor two-cab companies er et klassisk eksempel. Her ejer et moderselskab et antal driftsselskaber, der hver ejer 2 taxivogne. Ethvert overskud føres op i moderselskabet, mens moderselskabet er komfortabel med at lukke de uprofitable driftsselskaber.⁶⁰

7.3.3 Underkapitalisering

Det tredje element, som Højesteret lægger vægt på, er forholdet mellem risici og egenkapital i selskabet. Selskabsloven har fastsat et krav om en selskabskapital på henholdsvis 500.000 kroner, 50.000 kroner eller 1 krone for aktieselskaber, anpartsselskaber og iværksætterselskaber respektivt. Denne selskabskapital vil ved start være selskabets egenkapital, eftersom egenkapital er defineret som aktiver fratrukket passiver og henlæggelser, og et selskab i den helt spæde start ikke har passiver eller henlæggelser. Selskabsloven tager således højde for, at selskabet skal have tilstrækkelige økonomiske midler, således at dets kreditorer som udgangspunkt ikke bliver ofrer for insolvens i selskabet. Højesteret udtaler i dommen "*økonomiske risici, som var meget betydelige i forhold til selskabets aktuelle egenkapital*",⁶¹ hvortil de henvender sig til relativ underkapitalisering, som er endnu et kriterium for hæftelsesgennembrud. Det er naturligvis umuligt at sige præcis hvor grænsen til underkapitalisering går, men der må som minimum være et krav om, at selskabet opfylder en solvensmargen.⁶²

Underkapitalisering er også kendt i udenlandsk ret som grunden til hæftelse. I USA er underkapitalisering kendt som "lifting/piercing the corporate veil", hvor det førhen har været lovreguleret, at man ikke som långiver til et selskab med egenkapitalproblemer kunne få lånet gjort gældende i konkursboet til skade for selskabets kreditorer. Har selskabsdeltageren således ydet et lån til selskabet, for at kunne dække den utilstrækkelige egenkapital, og går selskabet senere konkurs alligevel, kan selskabsdeltageren ikke gøre kravet på lånesummen gældende, da dette ville mindske puljen med de økonomiske midler for de andre kreditorer i selskabet, og dermed være til skade for dem. Samme princip om underkapitalisering er lovreguleret i tysk ret under navnet "Durchbruchshaftung" eller "Haftungsdurchgriff".⁶³ Domstolens krav om underkapitalisering i forhold til hæftelsesgennembrud, er altså ikke ukendt.

⁶⁰ Koncernretten, s. 155

⁶¹ Koncernretten, s. 155

⁶² Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 102

⁶³ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 101

Kort opsummeret finder Højesteret således, at de tre krav, der skal være opfyldt, for at der foreligger hæftelsesgennembrud, er krav om formuesammenblanding, risikoforskydning eller risikosegmentering og en relativ underkapitalisering.

7.3.4 Tvangskreditor

Højesteret har også taget stilling til et fjerde element, der bør være opfyldt vedrørende hæftelsesgennembrud. Dette element er kreditor. Højesteret er upræcis i sin præmis om kreditor, hvortil de udtaler "*Højesteret tiltræder herefter, at Restaurationselskabet hæfter for Festivalsekskabets gæld i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor*".⁶⁴ Denne udtalelse giver anledning til spekulation angående kreditor. Højesteret nævner specifikt tvangskreditor, men intet om andre typer kreditorer, herunder aftalekreditor.⁶⁵

Det er nærliggende at antage, at tvangskreditorer er de første til at få deres krav opfyldt, idet de ikke har haft indflydelse på, hvorvidt de er blevet kreditorer i selskabet. Denne manglende bestemmende indflydelse giver dem således en plads forrest i køen til beskyttelse. Det efterlader dog stadig spørgsmålet om, hvorvidt aftalekreditorer også kan påberåbe hæftelsesgennembrud. Det må dog antages, at aftalekreditorerne tog risikoen for insolvens i betragtning, da de indgik aftale med selskabet. Uden direkte at benægte aftalekreditorernes muligheder, udtaler Dahl og Nørgaard "*den undtagelsesløsning, som gennembrudshæftelse under alle omstændigheder må være, er lettest at nå frem til for tvangskreditorer*"⁶⁶, hvilket igen taler for tvangskreditorerne. Werlauff argumenterer for, at aftalekreditorer også kan påberåbe sig hæftelsesgennembrud, såfremt "*majoritetsejeren i meget væsentlig grad har ændret selskabets risikoprofil, efter at fx et længerelevende krav er opstået*".⁶⁷ Den generelle tendens viser dog overvejende, at hæftelsesgennembrud er et retsmiddel til fordel for tvangskreditorerne, og at aftalekreditorerne skal udsættes for mere væsentlige situationer, før de også kan påberåbe hæftelsesgennembrud.

7.4 Ansvarsgennembrud

Der er i selskabsretlig litteratur usikkerhed om, hvorvidt hæftelsesgennembrud og ansvarsgennembrud er det samme, eller om den ene har videre udstrækning end den anden. Ligeledes kan det også udledes, at ansvarsgennembrud i nogle henseender er en fællesbetegnelse for identifikation og hæftelsesgennembrud. Det er således relevant at afgrænse ansvarsgennembrud, da en direkte definition på begrebet ikke ligger fast.⁶⁸ Ifølge Hansen & Krenchel opstår ansvarsgennembruddet, når "*en domstol efter en konkret vurdering, uden*

⁶⁴ Koncernretten, s. 155

⁶⁵ Se afsnit 5.4 om kreditorer

⁶⁶ "Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9", afsnit 8

⁶⁷ Koncernretten, s. 157

⁶⁸ Dansk selskabsret 1, s. 150

lovhjemmel, tilsidesætter princippet om begrænset hæftelse, således at en eller flere af et selskabs kreditorer får adgang til at rette et krav, der oprindeligt bestod mod selskabet, mod dets selskabsdeltagere i stedet”.⁶⁹

Ansvarsgennembrud anvendes ofte som en sikkerhedsventil, hvormed datterselskabets kreditorer sikres opfyldelse af deres krav, hvis datterselskabet skulle gå konkurs og blive insolvent. Ligeledes sikrer ansvarsgennembrud mod misbrug af selskabskonstruktionen, således at moderselskabet ikke kan udnytte datterselskabet økonomisk gennem risikofordeling. Denne problemstilling er ligeledes beskrevet ovenfor i afsnit 7.3 om Hæftelsesgennembrud.

Selvom ansvarsgennembrud tillades, så sker denne tilladelse kun i særlige tilfælde, når domstolen efter en konkret vurdering finder det nødvendigt. Det er altså ikke muligt at fastsætte nøjagtige rammer for, hvornår kreditorerne kan påberåbe sig ansvarsgennembrud for at få sine krav efterkommet. Werlauff argumenterer, at *“Jo mere den formelle kreditorbeskyttelse udbygges, jo mere trænges behovet for den materielle beskyttelse, som munder ud i ansvarsgennembrud, tilbage”*. Behovet for ansvarsgennembrud bliver altså mindre, jo mere kreditorbeskyttelse lovreguleres i de relevante love.⁷⁰ Også i andre lande, hvor ansvarsgennembrud tillades, herunder i Tyskland og Portugal, benyttes fænomenet kun i ganske særlige tilfælde. Også her er det vanskeligt at opsætte fast krav til ansvarsgennembruddet.⁷¹ Dog er det logisk at konkludere, at jo mere selvstændighed datterselskabet har, jo mere fjerntliggende må moderselskabets risiko for at ifalde ansvarsgennembrud være. Dette princip er også gældende i engelsk retslitteratur.⁷²

Det er ligeledes nærliggende at overveje måden, hvorpå moderselskabet har opnået bestemmende indflydelse over datterselskabet, når det kommer til den konkrete vurdering af ansvarsgennembrud. Såfremt datterselskabet er oprettet i forbindelse med en ny aktivitet, har moderselskabet ikke som sådan en forbindelse til datterselskabet ud over den bestemmende indflydelse. Er datterselskabet på den anden side en fraspaltet del af moderselskabet, og således et biprodukt af moderselskabet, foreligger der en tættere relation mellem de to selskaber, og så er det mere nærliggende at overveje ansvarsgennembrud som middel for opfyldelse af kreditorernes krav. Dette er især oplagt, hvor datterselskabet endnu ikke har frarevet sig helt, eller der direkte er tale om en pro forma koncern.⁷³

⁶⁹ Dansk selskabsret 1, s. 151

⁷⁰ *“Selskabets ansvarsgennembrud”*, afsnit 18

⁷¹ Dansk selskabsret 1, s. 152

⁷² *“Selskabets ansvarsgennembrud”*, afsnit 16

⁷³ *“Selskabets ansvarsgennembrud”*, afsnit 17

Moderniseringsudvalget har i betænkning nr. 1498 taget stilling til ansvarsgennembrud, og har i den forbindelse udtalt, "*Udvalget mener ikke, at den kreditorbeskyttelse, der kunne ligge i at tilsidesætte hæftelsesreglerne, vejer tungere end det behov for klarhed og forudberegnelighed, som selskabsdeltagerne har*".⁷⁴ Moderniseringsudvalget er af den opfattelse, at bevisvurdering og praksis på området er tilstrækkeligt, og at det derfor ikke er nødvendigt at lovregulere dette. Opmærksomhed bør også henledes til, at det endog ville være lovstridigt at tilsidesætte den begrænsede hæftelse og dermed SL § 1, stk. 2. Tilsidesættelsen af begrænset hæftelse vil også, såvidt det benyttes ofte, medføre usikkerhed for majoritetsejerne, da de ikke længere med sikkerhed kan støtte sig til det absolutte udgangspunkt om begrænset hæftelse i dansk selskabsret.⁷⁵ Moderniseringsudvalgets holdning angående kreditorbeskyttelse er Gomard enig i, idet han mener, at oprettelsen af gennembrud vil være en stramning af reglerne, da den kun håndhæves overfor de uagtsomme majoritetsaktionærer. Accepteres ansvarsgennembrud, mener Gomard, at der vil ske en udvanding af selskabsrettens grundprincipper om, at selskabet kun hæfter for sin egen gæld og kreditorer.⁷⁶

Det er ikke nyt, at koncernretten og ansvarsgennembrud er inspireret af udenlandsk ret. Kreditorbeskyttelsen, der ligger i ansvarsgennembrud, vil dog ikke på nuværende tidspunkt kunne indføres i dansk ret, som den er indført i udenlandsk - herunder særligt tysk ret, jf. U 1992.640 V, hvor en eneanpartshaver af skattemæssige årsager likviderer et anpartsselskabet for senere at oprette et nyt anpartsselskab inden for samme virksomhedsområde. Likvideringen af det gamle anpartsselskab udløste et erstatningsansvar over for kreditorer, som blev gjort gældende mod anpartshaveren, som inden likvideringen i god tro have modtaget udlodning fra det gamle anpartsselskabet. Vestre Landsret fandt dog ikke tilstrækkelig sikker lovhjemmel til at give sagsøger medhold, hvorfor anpartshaveren ikke hæftede for erstatningen.⁷⁷

7.5 Forskel på Hæftelse- og Ansvarsgennembrud

Som det fremgår ovenfor, dækker hæftelsesgennembrud og ansvarsgennembrud de samme områder. Det er derfor nærliggende at argumentere for, at de er synonyme for hinanden. Gomard gør dog opmærksom på, at der i den litterær forstand er forskel på *hæftelse* og *ansvar*. Begrebet *hæftelse* udtrykker den almindelige principale forpligtelse som debitor pålægges.⁷⁸ Hæftelse vil således være at betale en pengesum eller foretage en udbedring for et tab, som kreditor har lidt.

⁷⁴ Modernisering af selskabsretten, s. 45-46

⁷⁵ Dansk selskabsret 1, s. 154

⁷⁶ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 11

⁷⁷ Dansk selskabsret 2, s. 787

⁷⁸ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 7

Begrebet *ansvar* henleder til debtors forpligtelse såfremt den principale forpligtelse, *hæftelse*, ikke opfyldes.⁷⁹ Såfremt tabet ikke dækkes, er debitor ansvarlig over for skaden, og må dømmes derefter. Tilsidesættelsen af den principale forpligtelse, *hæftelse*, vil således være tilsidesættelsen af det objektive grundlag, og accepten af et subjektivt grundlag, som culpa er.⁸⁰ Dette forhold kan også udledes af forskellen mellem medhæftelse og medansvar, hvor den første henviser til "*en tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningen*"⁸¹ mens den sidste henviser til "*en ansvarspådragende adfærd for tab efter erstatningsretlige regler*".⁸² Igen er der tale om tilsidesættelsen af et objektive grundlag til fordel for det subjektive grundlag, culpa. Forskellen mellem hæftelses- og ansvarsgennembrud må således findes i rækkefølgen af hvilket begreb, der anvendes først, da de to ultimativt fører til dækning af kreditors tab.

7.6 Forskel på Identifikation og Hæftelsesgennembrud

Identifikation og hæftelsesgennembrud er begge metoder, hvormed kreditor kan få sit krav mod det insolvente datterselskab opfyldt. Det klare formål med begge metoder er således kreditorbeskyttelse. Metoderne bygger dog på forskellige fremgangsmåder, både praktisk såvel som teoretisk.

Identifikation karakteriseres ved, at de to selskaber anses som et samlet selskab. Hermed kan kreditorerne søge deres krav opfyldt i alle aktiver i den samlede koncern. Kreditorerne kan påberåbe sig identifikation i både økonomiske og juridiske henseender, og kan således finde hjemmel i både lovgivningen og retspraksis, jf. afsnit 7.2 om Identifikation. Hæftelsesgennembrud karakteriseres på den anden side ved, at kreditorerne til det insolvente datterselskab kan gøre krav gældende ved moderselskabet, såfremt en række krav om formuesammenblanding, risikoforskydning og underkapitalisering er opfyldt, jf. afsnit 7.3 om Hæftelsesgennembrud. Hvorvidt disse krav er opfyldt falder på en konkret vurdering af sagens forhold.

En egentlig forskel må ligge i de forhold, som henholdsvis identifikation og hæftelsesgennembrud bygger på. Identifikation kræver, at man umuligt kan skære igennem selskabskonstruktionen. Dette værende enten gennem enhedsteorien, hvor den økonomiske sammenblanding gør det umuligt at differentiere selskaberne, dette værende gennem konkurslovens regler om omstødelse, eller dette værende gennem tilsidesættelse af ledelsesansvar. Hæftelse kræver på den anden side også et element af formuesammenblanding, men kræver derudover en risikoforskydning og en underkapitalisering, for at kunne påberåbes. Derudover er det usikkert, hvorvidt et krav om

⁷⁹ Selskabsret, s. 32

⁸⁰ Koncernretten, s. 151

⁸¹ Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 8

⁸² Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, s. 8

tvangskreditor også er gældende, da domstolen har været forsigtig i sine præmisser. Det er vigtigt igen at understrege, at begge metoder har kreditorbeskyttelse for øje, og at det derfor kommer an på sagens forhold, om den ene eller anden metode vurderes brugbar i sagen.

7.7 Erstatningsansvar

Det fremgår af afsnit 7.2.1 om Lovhjemlet Identifikation, at ledelsen kan ifalde erstatningsansvar, såfremt de overtræder SL § 127. Også generalforsamlingens overtrædelse af minoritetsbeskyttelsesklausulen i SL § 108 kan føre til erstatningsansvar over for minoriteten i selskabet, hvilket blandt andet vil sige datterselskabet. Endeligt kan en selskabsdeltager, der aktivt handler på vegne af selskabet, ifalde erstatningsansvar over for selskabets medkontrahenter. Erstatningsansvar er derfor relevant at undersøge nærmere, da en erstatningsansvarlig ledelse i datterselskabet kan danne grundlag for identifikation til moderselskabet.⁸³

Erstatningsansvar kommer i spil, når en række krav er opfyldt.⁸⁴ Disse er de samme krav, som skal være opfyldt ved normal erstatningsansvar. Der skal således for det første være tale om en økonomisk skade. Skadelidte er en kreditor, der ikke kan få sit krav dækket, og således lider et økonomisk tab. Kreditoren kan være tredjemand, selskabsdeltager eller selskabet selv. Fælles for alle i denne relation er dog, at de lider en økonomisk skade, som de gennem identifikation kan søge dækket ved moderselskabet, hvis datterselskabet er insolvent. Kreditorerne kan ikke i erstatningsretlig øjemed søge den økonomiske skade dækket gennem hæftelsesgennembrud, da hæftelsesgennembrud bygger på et objektivi grundlag, og således ikke culpereglen, som erstatningsansvar hovedsageligt finder hjemmel i.⁸⁵

Dernæst skal der foreligge årsagssammenhæng mellem ledelsens beslutninger og det tab, kreditor lider. Dette krav giver normalt ikke anledning til tvivl, såfremt kreditor bliver gjort bekendt med selskabets regnskab. Lider kreditor et tab efter at have lånt penge til det nu insolvente datterselskab, og kan kreditor påberåbe sig at have yde lånet uden at få vist et retvisende billede af selskabets økonomi, vil selskabets ledelse og revisor kunne ifalde erstatningsansvar, jf. U 1982.595 H, hvor K fik B til at levere en ydelse på sædvanlig kredit til entreprenøraktieselskabet E, hvori K var hovedaktionær og direktør. K undlod dog at gøre B bekendt med, at den tidligere leverandør havde standset kreditaftalen og truet med incasso. Eftersom E's regnskab ikke var færdigbehandlet, anskaffede B forrige års regnskab, hvor et betydeligt underskud var indskrevet som overskud gennem optagelse af a conto overskud over en periode. Denne indskrivning af

⁸³ "Nybrud i koncernretten", afsnit 5

⁸⁴ Lærebog i erstatningsret, s. 23

⁸⁵ Lærebog i erstatningsret, s. 83

overskud viste sig dog at være i strid med daværende aktieselskabslov om god revisionssskik og forsigtigt skøn. Få måneder senere gik E konkurs. K og selskabets revisor ifaldt solidarisk ansvar for det misvisende regnskab. Var kreditor således ikke bekendt med selskabets regnskab på tidspunktet, hvor beslutningen om lånet blev truffet, og dermed ikke præsenteret for et misvisende billede af selskabets økonomi, kan selskabets ledelse og revisor ikke ifalde erstatningsansvar grundet mangel på årsagssammenhæng mellem misvisende regnskab og konstaterede tab.⁸⁶ For at undgå erstatningsansvar skal selskabets ledelse derfor til enhver tid kunne redegøre for dennes handlinger.

Årsagssammenhæng alene kan dog ikke bevirke, at selskabets ledelse ifalder erstatningsansvar. Påregnelighed skal også være præsenteret, således at selskabets ledelse som følge af en beslutning måtte have en vis forventning om forøget risiko for, at en skade kunne opstå. Påregneligheden omtales ofte som *adækvans* i erstatningsretlig litteratur. Adækvans leder videre til krav om ansvarsgrundlag, altså hvorvidt en handling eller undladelse var foretaget forsætligt eller uagtsomt. Uagtsomhed opdeles yderligere i to kategorier, simpel og grov uagtsomhed. Hverken simpel eller grov uagtsomhed er præcist defineret i den erstatningsretlige litteratur. Det er således op til domstolen at vurdere, hvornår en person optræder simpelt eller groft uagtsomt. Von Eyben har dog forsøgt at definere grov uagtsomt ud fra retspraksis, som værende det forhold, "*At den udviste adfærd indebar en indlysende fare for den skade, som faktisk indtrådte*".⁸⁷ Simpel uagtsomhed defineres heller ikke nærmere, men kan afgrænses negativt fra grov uagtsomhed ud fra note 101 til erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3, som om grov uagtsomhed foreskriver, at "*Det er således ikke tilstrækkeligt, at der foreligger »betydelig« uagtsomhed, eller at der er begået en faglig fejl. Ansvar fastholdes fuldt ud ved grov uagtsomhed [...]*". Den "betydelige" uagtsomhed må således anses for at være den simple uagtsomhed. Derudover kan simpel uagtsomhed afgrænses til at være alt det, grov uagtsomhed ikke er. Til vurdering af, i hvilken grad selskabets ledelse har handlet culpøst, anvendes Bonus Pater, altså hvordan den almindelige ledelse ville have ageret i en lignende situation. Herunder følger også ledelsens individuelle opgaver, således at direktøren bedømmes ud fra, hvordan en almindelig direktør ville have ageret i en lignende situation.⁸⁸

Erstatningsreglerne for selskaber er reguleret i SL §§ 361-365. Ledelsen og stiftere af et selskab er erstatningsansvarlig såfremt disse har handlet forsætligt eller uagtsomt overfor skadelidte, og har således pligt til at erstatte tabet, jf. SL § 361, stk. 1. Ledelsesmedlemmerne differentieres ikke på

⁸⁶ Dansk selskabsret 2, s. 662

⁸⁷ Lærebog i erstatningsret, s. 451

⁸⁸ Dansk selskabsret 2, s. 664

baggrund af deres udpejlinger. Erstatningsansvaret vurderes desuden konkret ud fra ledelsesmedlemmets post og ledelsesorgan.⁸⁹ Erstatningspligten følger endvidere af de almindelige erstatningsregler inden for dansk ret.⁹⁰ Ledelsens erstatningsansvar, jf. SL § 361, dækker ikke over generelle udtalelser, der er fremført for en ubestemt personkreds, selvom udtalelsen måtte føre til et tab, jf. U 2009.1512 H, hvor kreditorer til et konkursramt selskab lagde sag an mod selskabets hovedaktionærer for ikke at have opfyldt erklæringen "*Selskabets bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling*", som var udstedt 2 år forinden. Domstolen fandt, at erklæringen ikke henvendte sig til en bestemt personkreds, og at det ikke af ordlyden fremgik, at den nødvendige kapital skulle benyttes til opfyldelse af selskabets forpligtelser til kreditorerne. Erklæringen var således for generel til, at kreditorerne kunne støtte ret på den.

Selvom ledelsens erstatningsansvar er lovreguleret, forekommer en stigende tendens til at ledelsens pligter og beføjelser er reguleret i regelsæt fastsat af udvalg og styrelser. Disse pligter og beføjelser benævnes Code of Conduct, hvor Corporate Governance hører under.⁹¹ Det karakteristiske ved disse regelsæt er, at de ikke er retligt bindende. Dog bygger de på et "comply or explain"-princip, hvor ledelsen enten følger de opstillede regler, eller må fremlægge en uddybende forklaring på, hvorfor de agerer anderledes end foreskrevet i regelsættet. På trods af den manglende retlige binding, kan skadelidte tillægge regelsættet en vis betydning i en erstatningssag. Ledelsen bør således alligevel antage regelsættet som værende retligt bindende på højde med traditionel lovgivning.⁹²

Ledelsesmedlemmer kan ikke ifalde ansvar for beslutninger, der træffes inden ledelsesmedlemmet fik sit virke i organet. Bliver ledelsesmedlemmet dog opmærksom på en beslutning, der kan føre til et tab, skal denne straks gøre opmærksom på beslutningen over for resten af organet. Ligeledes kan ledelsesmedlemmer ikke ifalde erstatningsansvar for beslutninger truffet efter fratrædelse. Undlader ledelsesmedlemmet dog at gøre sin efterfølger opmærksom på væsentlig risici, kan denne holdes ansvarlig for efterfølgende tab, jf. U 2004.2253 H, hvor et bestyrelsesmedlem ved sin udtræden undlod at fortælle den øvrige bestyrelse om et brev, hvori der blev informeret om problemer i forbindelse med selskabets forsikringsgaranti, hvilket førte til selskabets konkurs. Bestyrelsesmedlemmet ifaldt således erstatningsansvar for at have holdt brevet og dets indhold fra den øvrige bestyrelse.

⁸⁹ Selskabsloven med kommentarer, note 1507

⁹⁰ Selskabsloven med kommentarer, note 1505

⁹¹ Se afsnit 6.3 for Corporate Governance

⁹² Dansk selskabsret 2, side 654 f.

Kapitalejere i øvrigt ifalder samme erstatningspligt såfremt vedkommende handler forsætligt eller groft uagtsomt, jf. SL § 362, stk.1 . Simpel uagtsomhed er således ikke nok til at påføre kapitalejeren erstatningsansvar. Det følger, at kapitalejeren som udgangspunkt ikke har pligt til at fremme selskabets interesser, og at intet således står i vejen for at kapitalejeren kan konkurrere mod selskabet, så længe oplysninger om forretningshemmeligheder i selskabet ikke misbruges af kapitalejeren. Forsætligt eller groft uagtsomhed indtræder dog, såfremt kapitalejeren aktivt medvirker i culpøs adfærd, eksempelvis ved på generalforsamlingen at stemme godkendende til et regnskab, vedkommende definitivt ved er ukorrekt.⁹³ Udgangspunktet i § 362 om krav om grov uagtsomhed eller forsæt gælder ikke i det tilfælde, hvor kapitalejeren kontrollerer selskabet, som det er tilfældet ved moder- og datterselskab. Her er simpel uagtsomhed nok til at ifalde erstatningsansvar, jf. U 1997.364 H, hvor S solgte K et overskudsselskab med den forudsætning, at overskudsselskabet skulle indgå afskrivningsberettiget leasingaftaler, der skulle nedsætte og til sidst slette den skattegæld, der var i overskudsselskabet. Overskudsselskabet indgik dog ikke disse aftaler, men gik i stedet konkurs. Konkursboet rejste krav mod S for skattegælden, da S havde forsømt at tage hensyn til skattemyndighedernes interesser i sagen. S's simple uagtsomhed gjorde derfor udfaldet, hvorfor S ifaldt erstatningsansvar. Påfører en kapitalejer forsætligt eller groft uagtsomt skadelidte et tab, og er der fare for fremtidig misbrug, kan retten forpligte kapitalejeren til at sælge sine kapitalandele og dermed undgå fremtidig misbrug og tab, jf. stk. 3 i § 362.

Modifikationer til erstatningens størrelse samt solidarisk hæftelse er endvidere muligt efter SL § 363. Her inddrages hensyn til rimeligheden i sagens konkrete forhold, jf. erstatningsansvarslovens § 25, der foreskriver "*Den indbyrdes fordeling af erstatningsbyrden mellem flere solidarisk erstatningsansvarlige foretages efter, hvad der under hensyn til ansvarets beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt må anses for rimeligt*". § 25, stk. 2 henviser yderligere til tilfælde, hvor en ansvarsforsikring er tegnet. I dette tilfælde vil fordelingen af erstatningsbyrden tage hensyn til parterne involveret, således at vedkommende med ansvarsforsikringen skal bære byrden. Dette gjorde sig også gældende i U 1998.1137 H, hvor 5 medlemmer af bestyrelsen i et aktieselskab blev tilpligtet at betale erstatning til selskabets konkursbo. Hele erstatningen skulle betales af bestyrelsesformanden, der var advokat og således havde en ansvarsforsikring. Bestyrelsesformandens erstatningsansvar var således dækket af ansvarsforsikringen, som dækkede for hele erstatningssummen.

⁹³ Selskabsloven med kommentarer, note 1513

Træffes en beslutning på generalforsamlingen, der skaffer majoritetsaktionærerne en utilbørlig fordel overfor andre kapitalejere, vil de kapitalejere, der har medvirket til beslutningen, ifalde erstatningsansvar, jf. selskabsloven § 108. Træffer ledelsen i datterselskabet lignende beslutninger, der bringer en utilbørlig fordel for ledelsen, ifalder ledelsen ligeledes erstatningsansvar, jf. § 127. Begge erstatningsregler er relevante for at sikre, at datterselskabet ikke går konkurs og således efterlader kreditorer uden mulighed for at få deres krav dækket. En sådan situation kan lede til identifikation.

Skulle selskabet lide et betydeligt kapitaltab, der medfører en egenkapital på mindre end halvdelen af den tegnede egenkapital, har det centrale ledelsesorgan⁹⁴ pligt til at indkalde til generalforsamling, jf. selskabslovens § 119. Det centrale ledelsesorgan har ligeledes pligt til at fremsætte forslag for løsning af problemet. Såfremt selskabet kommer i økonomiske vanskeligheder, og ledelsen prøver at afværge disse gennem en realistisk plan om rekonstruktion, vil ledelsen ikke ifalde erstatningsansvar, selvom kreditorerne ultimativt lider et tab. Modsat vil selskabets ledelse ifalde erstatningsansvar, såfremt de efter håbløshedspunktet fortsætter driften i stedet at afvikle gæld i selskabet og erklære sig konkurs.⁹⁵ Ledelsen har til en vis grad frihed til at satse på en investering eksempelvis i form af et nyt produkt, uden at kunne ifalde erstatningsansvar. Eftersom markedet på verdensplan er i konstant udvikling og påvirkes af en bred vifte af faktorer, har selskabets ledelse kun den tilgængelige viden at træffe beslutninger ud fra. I amerikansk litteratur benævnes dette princip The Business Judgement Rule. Har ledelsen således i god tro foretaget en forretningsmæssig forsvarlig vurdering, vil denne ikke ifalde erstatningsansvar, såfremt dispositionen senere fører til tab.⁹⁶

Moderniseringsudvalget tog i 2006 spørgsmålet om kreditorbeskyttelse op til overvejelser. Moderniseringsudvalget afviste, at der var behov for en skærpelse af kreditorbeskyttelsesreglerne med den begrundelse at "*Ledelsens erstatningsansvar bedømmes i dag efter en traditionel culpa-norm, hvorefter der i det mindste skal foreligge uagtsomhed, for at der kan ifaldes erstatningsansvar. Dette indebærer, at beslutninger, som efterfølgende viser sig at være tabsgivende, ikke kan føre til ansvar, hvis de er truffet på et forsvarligt grundlag*".⁹⁷ Moderniseringsudvalget tillægger altså erstatningsansvaret i selskabet tilstrækkelig betydning til at afvise kreditors beskyttelsesmulighed gennem identifikation.

⁹⁴ Jf. SL § 92

⁹⁵ "*Selskaberstatningsrettens »tilpasningspunkt«*"

⁹⁶ Dansk selskabsret 2, side 671

⁹⁷ Modernisering af selskabsretten, Betænkning 1498, s. 41

8 Praktisk afsnit

Som det fremgår ovenfor, er hverken identifikation eller hæftelsesgennembrud lovreguleret i detaljer. En gennemgang af udvalgte domme er derfor nødvendigt for at kunne konkludere de krav, der skal være opfyldt, før kreditorerne kan gøres deres krav gældende gennem enten identifikation eller hæftelsesgennembrud. Gennem brug af både ordlyds- og formålsfortolkning⁹⁸ er målet med dette afsnit således at udpensle de særlige situationer og krav, der tillader kreditors opfyldelse af sine krav i moderselskabet som følge af datterselskabets insolvens.

For at fremme forståelsen i de følgende afsnit, vil hver dom præsenteres med et kort referat. Det korte referat vil kun opremse de centrale punkter i dommen for at skabe klarhed for læseren, og dermed begrunde dommens relevans for specialet. Referaterne vil således ikke være referencepunkter til selve analysen af de enkelte domme.

Afsnittet vil fokusere på UfR 1997.1642 H Midtfyns Musikfestival, da denne sag har været banebrydende inden for både identifikation, men også særligt inden for hæftelsesgennembrud. Afsnittet vil yderligere behandle udvalgte domme, der skal udpensle kravene til identifikation.

8.1 UfR 1997.1642 H - Midtfyns Musikfestival

Et festivalselskab havde gennem en længere periode været arrangør for Midtfyns Musikfestival, og havde i den forbindelse forpagtet serviceringsretten til et restaurationsselskab. Begge selskaber var ledet og kontrolleret af anpartshaver, P. I 1990 blev festivalselskabet insolvent for endeligt i 1992 at blive opløst og skiftet af skifteretten. Anpartshaver P var dog i mellemtiden gået bort og havde efterladt sig en ægtefælle, som sad i uskiftet bo. Under skiftelsen gjorde Told- og Skattestyrelsen (herefter T&S) et udækket krav på godt 3 millioner kroner gældende mod festivalselskabet for moms, indeholdt selskabsskat og A-skat. På baggrund af festivalselskabets insolvens rettede T&S i stedet kravet mod restaurationsselskabet og ægtefællen med identifikationssynspunkt som begrundelse. T&S gjorde ligeledes subsidiære erstatningspåstande gældende. Efter at have lagt vægt på nogle centrale elementer, gav Højesteret T&S medhold i den primære påstand om opfyldelse af beskatningskravet over for restaurationsselskabet med begrundelse i identifikationssynspunktet. T&S fik dog ikke medhold i hverken den subsidiære påstand eller kravet mod ægtefællen.

⁹⁸ Domsanalyse, s. 46 ff.

8.1.1 Identifikation

Sagen blev først prøvet ved Landsretten, hvor sagsøger gjorde gældende, at der forelå identifikation mellem selskaberne og P på baggrund af flere momenter i sagen. For sin primære påstand gjorde sagsøger gældende, at opdelingen af aktiviteterne i de to selskaber ikke var forretningsmæssigt begrundet, men alene havde til formål at fremskaffe kreditorly ved at fordele risikoen ulige blandt de to selskaber, at festivalselskabet var etableret med utilstrækkelig kapitalgrundlag, dog med en aftale mellem betaling mellem selskaberne, så kapitalgrundlaget med tiden blev opfyldt, at de to selskaber optrådte som ét over for omverden, og endelig at økonomien i de to selskaber var sammenblandet i en sådan grad, at det var umuligt at adskille dem, grundet utilstrækkelig bogføring. Sagsøger henførte yderligere, at P burde have indset festivalselskabets særdeles udsatte økonomiske situation og have reageret derpå. P burde derfor også have standset betalingerne ved overdragelse af aktiver fra festivalselskabet til restaurationsselskabet, da dette var efter håbløshedspunktet.⁹⁹ Både P og i den forlængelse restaurationsselskabet var derfor, ifølge sagsøgeren, bekendt med den betydelige risiko, de udsatte sagsøgeren for.

Grundet håbløshedspunktet henførte sagsøger som sin subsidiære påstand, at P, og dermed hans ægtefælle, var erstatningsansvarlig for det manglende beløb på skattekravet, da P burde have indset, at festivalen i 1990 ville indbringe et så betydeligt underskud, at det ikke kunne dækkes det følgende år. Dette erstatningsansvar kan ifølge Werlauff føre til identifikation mellem selskabet og P, da P fungerer som selskabets ledelse og har udsat selskabets kreditorer for større skade end nødvendigt ved ikke at standse betalingerne for overdragelse af aktiver mellem festivalselskabet og restaurationsselskabet.¹⁰⁰ Dette resulterer i færre midler til betaling af kreditors krav mod festivalselskabet.

Landsretten finder oprindeligt ikke grundlag for identifikation i det forhold, at aktiviteterne i festivalselskabet og restaurationsselskabet er opdelt, eller at de begge kontrolleres af P. Landsretten henviser her til, at en sådan opdeling problemfrit kunne foretages mellem festivalselskabet og tredjemand, og at forholdet dermed ikke udløser identifikation. Landsretten åbner dog op for muligheden for identifikation ved at inddrage betragtningen om det tætte og personlige forhold mellem P og selskaberne. Uden samtykke fra P, ville den generelle drift af festivalselskabet ikke være muligt. Hertil kommer også det økonomiske perspektiv, hvor Landsretten istemmer behovet for en klar økonomisk aftale selskaberne imellem, således at aktiverne opdeles utvetydigt. Landsretten må dog ligeledes konstatere, at en klar økonomisk

⁹⁹ Jf. afsnit 7.7 om Erstatningsansvar

¹⁰⁰ "Selskaberstatningsrettens »tilpasningspunkt«"

opdeling ikke var i kraft mellem selskaberne, idet eksempelvis kassedifference i begge selskabet hver dag blev slået sammen og fordelt ligeligt mellem selskaberne. Derudover fungerede restaurationsselskabet som bank for festivalselskabet, hvilket yderligere vanskeliggjorde bogføringen af både festivalselskabet og restaurationsselskabet. På trods af festivalselskabets revisors pointering af, at der ikke var indgået en forpagtningsaftale om restaurationsdriften, var det for omverden ikke muligt at konstatere, hvilke aktiver der hørte til hvilket selskab, ligesom aftaler udadtil var indgået med "Midtfyns Festival" og ikke et specifikt selskab. Den manglende adskillelse underbygger grundlaget for identifikation.

Efter opløsningen har Restaurationsselskabet betalt de af festivalselskabets kreditorer, der har krævet betaling for at kunne gennemføre festivalen i 1991. Restaurationsselskabet har hermed opnået good-will og know-how for festivalen uden at betale vederlag til festivalselskabet. Dette taler yderligere for, at der foreligger identifikation mellem de to selskaber, da restaurationsselskabet træder uden for sine kontraktsskrevne beføjelser, på trods af at denne kontrakt ikke er underskrevet. Identifikation understreges i dommen yderligere, da Landsretten finder, at restaurationsselskabet, på baggrund af den sammenblandede økonomi, hæfter for festivalselskabets gæld til T&S. Landsretten finder ikke grundlag for, at der foreligger identifikation mellem festivalselskabet og P personligt, hvorfor P frifindes for sagsøgers primære påstand.

Til sagsøgers subsidiære påstande, finder landsretten ikke, at P uagtsomt har udøvet sin bestemmende indflydelse over festivalselskabet i en sådan grad, at han ifalder personligt erstatningsansvar for selskabets drift, da P havde forventet, at festivalen ville give overskud. Det følger endvidere, at landsretten ikke med præcision kan fastlægge, hvornår P havde eller burde have kendt til situationens omfang, og dermed heller ikke hvor ansvarspådragende hans handlinger, eller mangel på samme, senere ville være. P pådrages derfor ikke personligt ansvar, og P's ægtefælle frifindes derfor for sagsøgerens subsidiære påstande om erstatningsansvar.

Dommen appelleres til Højesteret. Ligesom Landsretten bemærker Højesteret, at der ikke er opstillet en opdeling af festivalsaktiviteterne grundet et manglende aftalegrundlag. Udadtil har festivalselskabet og restaurationsselskabet således optrådt som en samlet enhed, hvor det for interessenterne ikke har været muligt at adskille de to selskabers beføjelser og opgaver. Sammenblandingen af de to selskaber har ikke kun været begrænset til festivalsaktiviteterne, da også selskabernes økonomi har været sammenblandet. Restaurationsselskabet har således anvendt festivalselskabets aktiver til i væsentligt omfang at stille sikkerhed for restaurationsselskabets kredit til dennes kreditinstitut. Disse aktiver blev også overtaget af

restorationsselskabet uden vederlag, da festivalselskabet blev insolvent. På baggrund af disse detaljer, finder Højesteret identifikation mellem selskaberne, og stadfæster landsrettens dom.

Det kan fra dommen udledes, at identifikation kan opstå, når der er en sammenblanding af såvel økonomi som beføjelser selskaberne imellem. Sammenblandingen skal ske i en sådan grad, at det ikke er muligt for udenforstående at adskille aktiver og passiver i de to selskaber. En simpel sammenblanding af aktiver er således ikke nok til at kunne stadfæste identifikation. Hertil har Landsretten også lagt vægt på selskabets struktur, hvor det tætte forhold mellem de to selskaber underbygger sammenblanding af midler i selskaberne. Dette understøttes også omvendt af den grænse, Landsretten trækker, ved ikke at finde grundlag for identifikation på baggrund af P's private økonomi og festivalselskabets økonomi, som er holdt klart adskilt ifølge festivalselskabets revisor.

Landsretten tager også stilling til det ledelsesmæssige aspekt i dommen, da restorationsselskabet overtager betalingspligten af festivalselskabets kreditorer. Overtagelsen af betalingspligten foretages udelukkende for at kunne gennemføre festivalen i 1991. Restorationsselskabet handler dog på dette punkt uden for sine beføjelser, og har endda tilegnet sig både good-will og know-how som resultat deraf. I kraft af, at begge selskaber kontrolleres af P og andre faste ansatte, kan det diskuteres, hvorvidt denne know-how egentlig tilegnes ved restorationsselskabets overtagelse af betalingspligten, eller om festivalselskabets know-how allerede var tilgængeligt for restorationsselskabet, hvilket dermed gav dem mulighed for problemfrit at betale festivalselskabets kreditorer. Den tætte ledelse mellem de to selskaber er som nævnt i afsnit 7.2.1 om Juridisk Identifikation ikke ulovlig, men den indikerer et vis element af identifikation selskaberne imellem, som Landsretten også anerkender, ved at tilskrive restorationsselskabet at hæfte for festivalselskabets gæld. Landsretten tager også stilling til, hvorvidt P er personligt ansvarlig. Landsretten lægger her vægt på, at P ikke vidste eller burde have vidst, at håbløshedspunktet var nået i 1990, og at han derfor ikke kan være erstatningsansvarlig. Det er ikke umiddelbart muligt at vurdere, hvorvidt Landsretten tillægger erstatningsansvaret tilstrækkelig vægt til at kunne bære identifikationsprincippet, da P ikke ifalder erstatningsansvar, og problemstillingen derfor ikke berøres yderligere. Fra et teoretisk perspektiv kunne P dog identificeres med festivalselskabet på baggrund af erstatningsansvaret,¹⁰¹ og derved hæfte overfor festivalselskabets kreditorer, herunder T&S. En nærmere analyse af et lignende culpa-baseret problem må anses for nødvendigt for at kunne konkludere på denne specifikke problemstilling.

¹⁰¹ Jf. afsnit 7.7 om Erstatningsansvar

8.1.2 Uforligelig litteratur

Der har i den selskabsretlige litteratur været uenighed om, hvorvidt Midt fyns Musikfestival-sagen er et eksempel på identifikation eller hæftelsesgennembrud. Ordlydsfortolkningen i selve dommen giver udtryk for, at dommen omhandler en tvist på baggrund af identifikation, eftersom dommen i partsforklaringerne på side 10 foreskriver "*Sagsøgeren har til støtte for sin principale påstand nærmere anført, at Restaurationsselskabet og Peter Færgemann må identificeres med Festivalselskabet*". Udtrykket "identifikation" fremgår yderligere på side 11 i dommen.

I sine kommentarer har to højesteretsdommerne, der dømte sagen, Dahl og Nørgaard, dog udtalt, at "*U 1997.1642 H er den første danske højesteretsdom om gennembrudshæftelse*".¹⁰² Gennembrudshæftelse er i dette tilfælde et synonym for hæftelsesgennembrud. Dahl og Nørgaards holdning om, at dommen er en illustration af hæftelsesgennembrud og ikke identifikation, underbygges af deres uenighed i brugen af udtrykket identifikation. Dette ses tydeligt i deres kommentarer, hvor de har sat identifikation i anførelsestegn. Yderligere lægger Dahl og Nørgaard flere steder vægt på, at restaurationsselskabet måtte hæfte for festivalselskabet, ved i kommentarerne at fremhæve "hæfte" med kursiv. Dahl og Nørgaard fremfører endvidere, at "*Dommen statuerer gennembrudshæftelse i en situation, der kan betegnes som klassisk efter den juridiske litteratur om gennembrudshæftelse*".¹⁰³ Denne position deles af Werlauff, der ved flere lejligheder har givet udtryk for sin klare holdning til opfyldelsesgrundlaget i Midt fyns Musikfestival-sagen. Werlauff er ikke blot af den holdning, at dommen er et udtryk for hæftelsesgennembrud, men mener også at sagen er så essentiel, at den er banebrydende i forhold til hæftelsesgennembrud og hvilke kriterier, der skal være til stede, for at en koncern kan ifalde hæftelsesgennembrud. Werlauff har desuden skrevet flere artikler på området, hvori han begrundet vigtigheden af hæftelsesgennembrud og elementerne heri. Werlauff opstiller dommen som et hæftelsesgennembrud baseret på ansvarsgrundlaget i dommen. Grundet den alternative koncernkonstruktion bunder identifikationen i dommen hverken i et culpabaseret eller objektivi erstatningsansvar.¹⁰⁴ Dommen afspejler således et objektivi erstatningsgrundlag, idet momenter, som giver adgang til opfyldelse af kreditors krav, er til stede. Kvalificeret uagtsomhed over for det insolvente selskabs kreditorer er således nødvendig for at kunne henlede til den grad af risiko og underkapitalisering, som Højesteret lægger vægt på i dommen. En simpel culpøs handling er således ikke tilstrækkeligt for at opfylde de betingelser, Højesteret stiller, og dermed heller ikke nok til at opnå hæftelsesgennembrud. Werlauff tager endvidere stilling til det faktum, at Højesteret pålægger "søsterselskabet" at hæfte for festivalselskabets gæld. I mangel på en majoritetsejer,

¹⁰² "*Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9*", s. 1

¹⁰³ "*Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9*", s. 3

¹⁰⁴ Koncernretten, s. 151

henleder Højesteret opmærksomheden på restaurationsselskabet, som også indgår i koncernen, dog uden at være et direkte søsterselskab grundet den alternative selskabskonstruktion. Eftersom restaurationsselskabet ejer 20 % af andelene i festivalselskabet, inspirerer dette en retning for Højesterets afgørelse. Hæftelsen for kreditorkravet følger ikke den traditionelle lodrette linje, men søger i stedet vandret til restaurationsselskabet.¹⁰⁵

Hansen og Krenchel deler ikke nødvendigvis Werlauffs opfattelse af dommen, idet kreditorkravet ikke rettes mod en direkte selskabsdeltager, eksempelvis en majoritetssejer, men derimod mod "søsterselskabet". Denne fravigelse fra hæftelsesgennembrudets grundlæggende princip om, at et kreditorkrav rettes mod moderselskabet, er fra Hansen og Krenchels standpunkt ikke nok til at karakterisere dommen som et eksempel på hæftelsesgennembrud. I denne bedømmelse tager forfatterne ikke stilling til, at restaurationsselskabet ejer 20 % af andelene i festivalselskabet, og at det direkte link mellem selskaberne er til stede. Forfatterne er derfor mere tilbøjelige til at afmærke dommen som et eksempel på identifikation.¹⁰⁶ Dette giver Gomard på sin vis Hansen og Krenchel ret i. Gomard bemærker, at der næppe har været tilstrækkeligt grundlag for identifikation, men at domstolen alligevel har afsagt som om samhæftelse selskaberne imellem. Gomard bemærker endvidere, at en sådan samhæftelse yderligere bærer et krav om et ansvar for anden uforsvarlig adfærd. Samhæftelse indikerer et element af identifikation, da begge selskabet anses for en samlet enhed, og dermed må opfylde kreditors krav som en samlet enhed. Samhæftelse er således langt fra princippet om hæftelsesgennembrud. Gomards udtalelse savner dog en egentlig tilknytning til identifikation og en afstand fra hæftelsesgennembrud, og stiller dermed Gomard mellem de to principper. Af begge forfattere fremgår afstanden til hæftelsesgennembrud at have rod i detaljer i definitionens forhold, hvorfor en egentlig afgørelse af, hvorvidt Midtfnys Musikfestival-sagen er et eksempel på identifikation eller hæftelse, kommer an på definitionen af hæftelsesgennembrud. Som nævnt i afsnit 7.3 om Hæftelsesgennembrud er en alment accepteret definition af hæftelsesgennembrud endnu ikke vedtaget, hvorfor dommens hæftelsesbaggrund ikke kan fastsættes nøjagtigt.

8.1.3 Hæftelsesgennembrud

I Midtfnys Musikfestival-sagen lægger Landsret, og særligt Højesteret, vægt på, at økonomisk sammenblanding ikke er nok til at statuere hæftelsesgennembrud. Højesteret lægger således også vægt på andre elementer, herunder den risiko, som restaurationsselskabet udsætter festivalselskabet ved at tillade formuesammenblanding i hele festivalsperioden. Højesteretten lægger således 3 elementer til grund for hæftelsesgennembrud.

¹⁰⁵ Koncernretten, s. 152

¹⁰⁶ Dansk selskabsret 1, s. 154

8.1.3.1 Økonomisk sammenblanding

Det første element er økonomisk sammenblanding, som danner grundlag for de andre elementer i dommen. Den økonomiske sammenblanding udledes af forskellige komponenter i sagen. Selve selskabskonstruktionen, hvori restaurationsselskabet fungerer som bank for festivalselskabet, giver anledning til undren, da dette umiddelbart virker som en åbenlys måde at kombinere de økonomiske midler fra begge selskaber. Dette understøttes af, at festivalselskabet blev stiftet med et utilstrækkeligt kapitalgrundlag, men at et fast beløb for forpagtningsaftalen ikke blev aftalt, hvorfor den manglende kapital i festivalselskabet med tiden blev betalt af restaurationsselskabet. Yderligere er alle aftaler indgået med henvendelse til "Midtfyns Festival" uden at adresserer et specifikt selskab. Selskabsejer P havde derudover også ansat den samme bogholder til at bogføre økonomien i begge selskaber. Hertil kommer, at bogføringen i begge selskaber led af mangler, idet arbejdsbyrden var markant i forhold til den korte tid, hvorpå bogføringsbilagene blev modtaget. Bogholderen vidner endda om, at hun ikke kunne nå at bogføre bilagene kronologisk i datoorden, hvorfor regnskabet generelt var rodet. Selskabernes revisor vidner også om, at kassedifferencen ikke blev opgjort hver dag, men at differencen for begge selskaber blev slået sammen og derefter fordelt ligeligt mellem selskaberne.

Fordelingen af aktiviteter i selskabet bygger på en forpagtningsaftale mellem selskaberne. Forpagtningsaftalen var dog ikke underskrevet, og i sin helhed heller ikke detaljeret nok til at udgøre et grundlag for fordelingen, som selskaberne senere kunne støtte ret på. Manglen på aktivitetsfordelingen gav blandt andet restaurationsselskabet mulighed for at handle på vegne af festivalselskabet, ved at betale festivalselskabets kritiske kreditorer, således at festivalen kunne fortsætte som planlagt. Restaurationsselskabet tilegnede sig på denne måde good-will og know-how uden at betale vederlag for det til festivalselskabet. Denne manglende betaling understøtter illustrationen om en sammenblandet økonomi. Det manglende vederlag hentyder endda til, at hverken af selskaberne overvejede vigtigheden af vederlaget, hvilket i højere grad vidner om en tæt og sammenblandet økonomi.

8.1.3.2 Risikosegmentering

Det andet element, Højesteret lægger vægt på i dommen, er fordelingen af risiko selskaberne imellem. Den tætte økonomi gør det muligt for ledelsen at flytte aktiver fra festivalselskabet over i restaurationsselskabet. Det kommer blandt andet til udtryk ved at afgiften på forpagtningsaftalen var favorabel for restaurationsselskabet i forhold til markedsvilkår, således at festivalselskabets indtjening ikke var så profitabel, som det kunne have været, til fordel for restaurationsselskabets aktivmasse. Hertil kommer også, at restaurationsselskabet gennem årene ikke betalte alle de afgifter til festivalseksabet, som forpagtningsaftalen ellers forlangte. Dahl og Nørgaard bemærker

om risici, at *“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”*.¹⁰⁷ Ved kontinuert at udnytte selskabssituationen og manglerne heri, formåede restaurationsselskabet hele tiden at opnå forhøjet indtjening og dermed profit, mens festivalselskabet hvert år blev efterladt med en stigende økonomisk risiko, som var betydelig i forhold til festivalselskabets egenkapital, der til sidst gjorde selskabet insolvent. Denne udnyttelse af risikosegmenteringen fra ledelsens side udgør derfor et element i beslutningen om muligheden for hæftelsesgennembrud.

8.1.3.3 Underkapitalisering

Det tredje element er knyttet tæt sammen med den andet element, da underkapitalisering i festivalselskabet stiller selskabet i større økonomisk risiko. Festivalselskabet opfylder ikke kapitalkravet, men grundet restaurationsselskabets funktion som bank for festivalselskabet, bliver festivalselskabets kapital gradvist tilstrækkeligt forhøjet gennem betaling fra restaurationsselskabet for blandt andet forpagtningsafgifterne. Underkapitaliseringen ville i sig selv medføre en risiko for selskabet, men grundet restaurationsselskabets betydelige større overskud, udgør underkapitaliseringen en direkte fare for insolvens overfor festivalselskabet. Højesteret anerkender altså hverken den økonomiske risiko eller underkapitaliseringen i sig selv, men kræver, at risikoen er ledsaget af underkapitalisering, for at kreditorerne stilles som uvidende og dermed kan få deres krav gjort gældende og opfyldt gennem hæftelsesgennembrud.

8.1.3.4 Tvangskreditor

Der er diskutabelt, hvorvidt Højesteret også lægger tilstrækkelig vægt på det fjerde element, til at kunne anerkende det som et holdent krav. Som en del af præmissen udtaler Højesteret, at *“Restaurationsselskabet hæfter for Festivalselskabets gæld i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor”*.¹⁰⁸ Det er nærliggende at antage, at Højesteret tilføjer bemærkningen om tvangskreditor for at adressere kreditor mere specifikt og endvidere opstille rammer for, hvem der kan påberåbe sig hæftelsesgennembrud. Såfremt dette er tilfældet, differentiere domstolen mellem tvangs- og aftalekreditor, og giver således tvangskreditor beføjelser, som aftalekreditorer ikke tillægges. Dahl og Nørgaard bemærker i deres kommentarer til dommen, at det ikke har været hensigten med dommen at sondre mellem de to typer kreditorer, men at et vis hensyn må tages til tvangskreditorerne, da de *“ikke selv vælger at blive kreditor”*.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *“Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9”*, s. 3

¹⁰⁸ UfR 1997.1642 H, s. 14

¹⁰⁹ *“Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9”*, s. 3

Tvangskreditorerne har således ikke kunne gøre indsigelse mod at blive kreditor, hvorimod en aftalekreditor har mulighed for at vurdere selskabet før denne indgår en aftale med selskabet. Selvom domstolen ikke havde til hensigt at differentiere mellem de to typer kreditorer, er en sondring alligevel foretaget. Det er således uklart, hvor meget der skal til, før en aftalekreditor kan opnå hæftelsesgennembrud.

8.1.4 Delkonklusion

Midtfyns Musikfestival-sagen illustrerer mange elementer, der skal være opfyldt for enten at kunne opnå identifikation eller hæftelsesgennembrud. Dommen var banebrydende for hæftelsesgennembruddet, da Højesteret klargjorde, hvilke objektive momenter skal være opfyldt, før koncernen kan ifalde hæftelsesgennembrud. Der skal således være en definitiv økonomisk sammenblanding mellem moder- og datterselskabet, der skal være en risikoforskydning af datterselskabets kapital, og datterselskabet skal være underkapitaliseret. De sidste to elementer er tæt sammenknyttet, og vil oftest opstå som følge af hinanden. De tre elementer skal kumulativt være opfyldt, for at hæftelsesgennembrud er en mulighed. Højesteret lagde også vægt på, at kreditor skal være tvangskreditor. Hvorvidt dette er et endeligt klav, er dog usikkert, da to af højesteretsdommerne i deres kommentarer til dommen lægger vægt på, at dommen ikke skal forstås som en sondring mellem de to typer kreditorer, men blot at tvangskreditorer har større mulighed for at kunne påberåbe sig hæftelsesgennembrud.

Dommen illustrerer også identifikation, samt elementer, der kan lede til identifikation. Sagsøgeren nedlægger subsidiær påstand på baggrund af håbløshedspunktet, men dette fornægtes af Højesteret, da håbløshedspunktet ikke er til stede i sagen. Hvorvidt håbløshedspunktet danner grundlag for identifikation kan således ikke udledes af denne dom. Domstolen tager dog stilling til økonomisk sammenblanding, og gør det klart, at såfremt selskabernes økonomi er sammenblandet i en sådan grad, at det ikke er muligt at differentiere mellem selskaberne, vil identifikation kunne opstå. Ligeledes tager domstolen stilling til selskabernes forretning udadtil. Hvis det for udenforstående parter ikke er muligt at sondre mellem selskaberne, herunder fordi alle aftaler indgås med en fælles front for begge selskaber og dermed ikke et specifikt selskab, vil identifikation også kunne opstå. Dette understøttes også af det komponent, at det ene selskab har betalt det andet selskabs kreditorer, så kreditorerne ikke udelukkende handler med det selskab, de har et krav mod. Selvom en tæt ledelse mellem to selskaber ikke er ulovlig, kan den indikere identifikation og i grove tilfælde føre til det. Identifikation mellem moderselskabet og ledelsen kan også opstå, hvor ledelsen har handlet uagtsomt eller forsætligt. En sådan handling vil oftest lede til erstatningsansvar for ledelsen.

Ud fra analysen fremgår det, at rammerne for hæftelsesgennembrud er fastlagt. Dette er dog ikke tilfældet for identifikation, hvor nogle momenter ikke er fuldt skitseret. En nærmere analyse af disse momenter er derfor nødvendig, for at kunne konkludere, hvilke krav der stilles til selskaberne for at identifikation indtræder.

8.2 Identifikation i forhold til omstødelse - UfR 1994.621 H

S driver handel med dagligvarer i en koncern og har jævnfør aftale leveret dagligvarer på kredit til supermarkedet L. L kommer dog i betalingsvanskeligheder, hvorfor det aftales, at L skal levere et større parti varer tilbage til S mod at få genåbnet kreditten gennem leverancer fra øvrige selskaber i koncernen. L erklæres kort herefter konkurs. Grundet tilbagelevering af varerne, påstår konkursboet S at betale 109.000 kr i medfør af § 67 i konkursloven om omstødelse. Til spørgsmålet om omstødelse måtte S og koncernen anses som en samlet enhed, hvorfor L's kreditorer ikke blev påvirket og kravene for omstødelse var således ikke opfyldt.

Sagen blev først ført i Landsretten, hvor det blev lagt vægt på, at tilbageleveringen af varepartiet ville medføre en berigelse for S, idet den endelige værdi af varepartiet oversteg det krav, S havde mod L som følge af L's betalingsstandsning. En sådan berigelse var objekt for omstødelse efter konkurslovens regler, hvorfor L's konkursbo lagde sag an mod S. Til sin bedømmelse lagde Landsretten yderligere vægt på, at selvom S var en del af Dagrofa-koncernen, så var der ikke tilstrækkelig forbindelse mellem de to til at kunne anse dem for en enhed, idet koncernen var organiseret i separate juridiske enheder uden direkte økonomisk forbindelse mellem enhederne. L's øvrige kreditorer ville således lide tab, såfremt omstødelsen ikke blev fuldendt. Konkursboets påstand om omstødelse blev derfor stadfæstet.

Dommen blev anket til Højesteret. S fremlagde her, at det af aftaleforholdet fremgik, at L selv foreslog den tilbagelevering af varepartiet mod at skulle betale for det. Denne strategi havde fungeret i L's søsterselskab, hvorfor den også kunne løse L's betalingsvanskeligheder. S godkendte dette forslag efter at have diskuteret det med koncernen. Tilbageleveringen af varepartiet til S ville således åbne for kreditmuligheden for L, således at L igen kunne modtage varer fra Dagrofa-koncernen. S lagde yderligere vægt på koncernens forretningsmodel, som var baseret på just in time-princippet. For at kunne efterkomme dette princip, havde koncernen en række datterselskaber, der hver stod for levering af en type varer. Når en købmand således indgav en vareordre, stod koncernen for at meddele dette til det relevante datterselskab, som herefter ville levere varerne. Ligeledes ville koncernen i tilfælde af betalingstandsning standse varelevering fra alle datterselskaber til den pågældende købmand, for senere at genoptage vareleveringen, når

købmanden havde betalt for sine varer. Fremlæggelsen af denne forretningsmodel fik L's konkursbo til at anerkende S og Dagrofa-koncernen som en samlet enhed, og dermed ikke gøre sit krav om omstødelse gældende, da L's andre kreditorer som følge af enhedsteorien ikke ville lide tab. S blev derfor frifundet.

Det fremgår således af dommen, at en klar sammenknytning af selskaberne skal forekomme, for at identifikation kan påberåbes. I dommen er det ikke en økonomisk sammenknytning, men en forretningsmæssig sammenknytning, domstolen lægger vægt på. Fordelingen af opgaver og leverancer, samt forvaltningen af hele koncernen knytter selskaberne så tæt sammen, at S ikke ville fungere optimalt uden resten af koncernen. Dette ses blandt andet i arbejdsfordelingen, hvor købmændene indgiver varebestilling til et søsterselskab til S, for S derefter modtager en vareordre på bestemte varer fra søsterselskabet til levering ved købmanden. S's funktion som vareleverandør kan således ikke ske uden varebestillingen gennem søsterselskabet. En forretningsmæssig sammenblanding i en sådan grad, at datterselskabet ikke kan udføre sit virke optimalt uden resten af koncernen, er således nødvendigt for at identifikation kan indtræde.

8.3 Identifikation i forhold til culpa - UfR 1985.664 V

Arkitekten A havde givet selskabet B eneret til at producere og sælge stole, og skulle betales herfor med en licensafgift per solgte stol. Grundet betalingsvanskeligheder, blev der få måneder senere oprettet et nyt selskab, C, der skulle overtage og videresælge B's produktion. C, hvori B ejede aktier, købte B's færdigvarelager, herunder et større parti af A's stole, mod kontant betaling uden at underrette A eller afregne for licensafgiften. Direktør og ejer af begge firmaer, D, blev erstatningsansvarlig over for A, fordi han hverken havde informeret A om salget eller afregnet licensafgiften.

Det fremgår af dommen, at B grundet betalingsvanskeligheder blev reorganiseret til C, og at B solgte sit færdigvarelager videre til C mod et passende beløb. Licensaftalen med A blev dog ikke nævnt, ligesom reorganiseringen ikke blev nævnt for A. Eftersom C betalte et beløb for færdigvarelageret, måtte reorganiseringen anses for et køb og ikke den interne disposition, som direktøren for begge selskaber havde handlet efter. Dommens begreb "interne disposition" dækker over identifikation, eftersom varerne simpelt ville kunne flyttes mellem selskaberne, såfremt disse var en samlet enhed. Dette afviser domstolen dog ved at lægge vægt på, at C betaler for varerne, og hverken økonomi eller beføjelser bliver således sammenblandet. Salget af stolene til C ville under normale omstændigheder udløse licensafgiften. D undlader dog at informere A om salget, og frarøver således A for rettighederne til licensafgiften. Eftersom identifikation ikke kan anerkendes i dette tilfælde, falder ansvaret tilbage på D, der bliver idømt erstatningsansvar for

licensafgiften som følge af, at han burde have meddelt A om salget. Dommen stadfæstes af Landsretten.

8.4 Identifikation i forhold til proforma selskabskonstruktion - UfR 1980.806 V

Datterselskabet D overtog moderselskab A's produktion af færdigvarer, samt størstedelen af A's produktionsmedarbejdere. Aktiekapitalen i D blev straks lånt ud til A. Hele D's produktion blev købt af A for et beløb korresponderende med D's lønudgifter. Ved A's konkurs og likvidation af D, tager domstolen stilling til, hvorvidt produktionsmedarbejderne kan gøre privilegerede krav om deres lønninger gældende i A's konkursbo.

Af dommen fremgår det, at D's eneste funktion var at indestå for produktion. Som følge af denne funktion, bestod D's regnskab kun af lønninger og feriepenge til produktionsmedarbejderne, og et honorar på tilsvarende beløb fra A. Det var ligeledes ingen hemmelighed, at D kun var stiftet for at undgå medarbejderrepræsentation i A, og at D ikke havde en selvstændig beslutningsmyndighed. D's status som mellemed mellem A og medarbejderne var således klar. Dette var også anført ved, at D ikke var selvstændigt momsregistreret, men havde sambeskatning med A. Endeligt lånte A straks efter stiftelsen hele D's aktiekapital, ligesom D blev stiftet uden reel egenkapital, som ellers skulle stå som sikkerhed for selskabets kreditorer. Ved A's konkurs rettede D således krav mod A for lønmodtagernes privilegerede fordringer med baggrund i, at der selskaberne imellem var en indbyrdes samhörighed bundet i D's status som proforma, og at de derfor måtte anses som et samlet selskab. Domstolen lagde her vægt på, at proformaselskaber ikke er nok til at benægte kreditorer deres krav, og udtalte således at "*den formelle selskabskonstruktion bør vige overfor det lønprivilegium dansk ret tillægger lønmodtagerne i en konkurssituation*".¹¹⁰

Det fremgår tvetydigt af dommen, at D og A blev identificeret, men domstolen udtaler, at "[der] findes [...] at have foreligget et sådant sammenfald mellem de to selskaber, at datterselskabets medarbejdere ikke bør være afskåret fra at anmelde deres lønkrav i moderselskabets konkursbo".¹¹¹ Det kan herefter diskuteres, hvorvidt dommen faktisk er en illustration af hæftelsesgennembrud, hvortil det manglende element af risikosegmentering også må inddrages. Hertil kommer, at D på trods af at være korrekt stiftet, ikke havde et beslutningsdygtigt organ, og generelt kun fungerede som mellemed for A. D's juridiske enhed er således tvivlsomt.

¹¹⁰ UfR 1985.664 V, s. 2

¹¹¹ UfR 1985.664 V, s. 3

8.5 Delkonklusion

Efter en nærmere analyse af de tre ovenstående domme, kan det konkluderes, at identifikation kan opstå af forskellige årsager og i forskellige situationer. Identifikation kan forekomme ved klar sammenknytning af moder- og datterselskabet. Denne sammenknytning skal ikke nødvendigvis være økonomisk som i Midtfyns Musikfestival-sagen, men kan ligeledes være af forretningsmæssig karakter, hvor den operative strategi kræver et tæt sammenspil mellem selskaberne, som det var tilfældet i UfR 1994.621 H, hvor S ikke ville kunne operere optimalt uden resten af koncernen. Af UfR 1985.664 V kan det yderligere konkluderes, at ved mangel på identifikation mellem to selskaber vil ansvaret falde tilbage på et erstatningsansvar efter de almindelige culparegler. Endeligt kan det baseret på UfR 1980.806 V konkluderes, at et proforma-datterselskab ikke udgør en tilstrækkelig juridisk enhed i sig selv, og at proforma-datterselskabet vil identificeres med moderselskabet, skulle der rettes krav mod det insolvente datterselskab. I tilfælde af proformaselskaber er der dog stadig debat om, hvorvidt disse faktisk falder under identifikation eller hæftelsesgennembrud. Den endelige juridiske enhed er her det afgørende moment, idet ethvert selskab, der ikke udgør en tilstrækkelig selvstændig juridisk enhed, ikke kan bære et retskrav. Ansvaret for det insolvente datterselskab falder således tilbage på moderselskabet, som datterselskabet derfor må identificeres med.

9 Konklusion

Målet med dette speciale har været at belyse de betingelser, der skal være opfyldt, for at et moder- og datterselskab kan ifalde identifikation eller hæftelsesgennembrud. Til dette formål er emner som retsgrundlag, ansvarsgennembrud, erstatningsgrundlag og litteratur, samt retspraksis blevet undersøgt, for endeligt at kunne konkludere, hvornår der opstår henholdsvis identifikation og hæftelsesgennembrud, og hvilke krav, der i den forbindelse stilles moder- og datterselskabet.

Det klare udgangspunkt i dansk selskabsret om begrænset hæftelse i en koncern fraviges i en række tilfælde. Det er her muligt at differentiere mellem hovedbegreberne og moderselskabets medvirken og illoyalitet, da de sidste to tilfælde bygger på en ledelsesmæssig beslutning med et erstatningsansvar til følge. Selvom et erstatningsansvar kan lede til identifikation, findes det oftere, at erstatningsansvaret er resultatet i sig selv, og således ikke giver videre anledning til identifikation eller hæftelsesgennembrud. Løfter om hæftelse fra moderselskabet giver heller ikke anledning til hverken identifikation eller hæftelsesgennembrud, da det aftaleretlige element i dette tilfælde sikrer kreditorerne deres krav opfyldt. Ligeledes kan fravigelser som resultat af lovregulering isoleres, da lovregulering egenhændigt ikke giver direkte anledning til hverken identifikation eller hæftelsesgennembrud. Andre elementer som forretningsmæssig sammenblanding er således nødvendig, for at identifikation eller hæftelsesgennembrud kan blive en mulighed. De relevante fravigelser er således, hvor moder- og datterselskabet anses for en økonomisk enhed, og hvor kreditors krav rettes direkte mod moderselskabet gennem hæftelsesgennembrud.

Identifikation foreligger, når et moderselskab identificeres med dets insolvente datterselskab, således at kreditorerne kan rette kravet mod koncernen som en samlet enhed. Identifikation har således ansvargrundlag i culpa. Identifikation er indirekte reguleret i lovgivningen, men er hovedsageligt reguleret i retspraksisen. Identifikation udledes i lovgivningen i forbindelse med økonomisk enhed i årsregnskabsloven, hvor en sammenblanding af økonomien i selskaberne kan føre til identifikation, og i forbindelse med omstødelse i konkursloven. Selvom selskabsloven ikke direkte tager stilling til identifikation, fremgår der flere steder retningslinjer for ledelsen, således at datterselskabets ledelse ikke ifalder erstatningsansvar, som kan føre til identifikation. Herunder gælder, at ledelsen risikerer at ifalde identifikation med datterselskabet, hvis den handler uagtsomt eller på anden måde forsømmer selskabet, jf. UfR 2005.2235 H, hvor anpartshavere ifaldt identifikation med selskabet for at have handlet forsætligt over for kreditor. Selskabsloven opstiller

ligeledes rammer for samarbejde mellem moder- og datterselskabet, og fastsætter hvor meget moderselskabet må indblandes i datterselskabets beslutninger, idet et for tæt samarbejde kan føre til identifikation gennem enhedsteorien. Enhedsteorien bygger ikke kun på økonomisk sammenblanding, som det ses i Midtfyns Musikfestival-sagen, men også på en forretningsmæssig sammenblanding. Den forretningsmæssige sammenblanding kan både udspringe af forhold, hvor det for omverden er umuligt af afgøre, hvilket selskab der reelt handles med, eller af forhold, hvor forretningsmodellen og selskabsstrategien er så tæt sammenknyttet, at datterselskabet ikke kan fungere optimalt alene. Uanset om enhedsteorien tager udgangspunkt i en økonomisk eller forretningsmæssig sammenblanding, skal denne være i en sådan grad, at selskaberne ikke kan skelnes fra hinanden, jf. UfR 1994.621 H. Identifikation kan også forekomme, hvis datterselskabet er et proformaselskab og bliver insolvent, jf. UfR 1980.806 V. Grundet den manglende reelle juridiske identitet, kan kreditorerne således ikke søge deres krav opfyldt i datterselskabet, hvorfor der foreligger identifikation mellem moderselskabet og datterselskabet. I tilfælde, hvor identifikation ikke kan stadfæstes, falder ansvarsgrundlaget tilbage på erstatningsansvar, jf. UfR 1985.664 V.

Hæftelsesgennembrud foreligger, når kreditor ikke kan gøre kravet gældende i datterselskabet, men i stedet gør kravet gældende i moderselskabet. Modsat identifikation bygger hæftelsesgennembrud ikke på almindelige culperegler, men på et objektivi ansvarsgrundlag. Der stilles således faste krav, som skal være opfyldt, før kreditor kan få medhold i sin påstand om hæftelsesgennembrud. Højesteret har gennem Midtfyns Musikfestival-sagen opstillet 3 tydelige krav, som skal være opfyldt for at der kan foreligge hæftelsesgennembrud. Disse er økonomisk sammenblanding, risikoforskydning og underkapitalisering. Højesteret opstiller også et fjerde krav, tvangskreditor, som dog ikke har samme tunge vægt som de andre. Moder- og datterselskabet skal således have en økonomisk sammenblanding, som optræder i en sådan grad, at en kurator ikke kan sondre mellem aktivmasserne. Endvidere skal datterselskabet være udsat for en væsentlig risikoforskydning, hvorved aktiverne i datterselskabet flyttes til moderselskabet, som således opnår en værdiforhøjelse, mens datterselskabet stilles i større risiko for insolvens. Datterselskabet bliver dermed udsultet af moderselskabet, dog ikke i en sådan grad, at moderselskabet ifalder erstatningsansvar. Risikoforskydningen hænger tæt sammen med kravet om underkapitalisering, idet underkapitalisering er en naturlig følge af risikoforskydningen. Underkapitaliseringen fører derefter til utilstrækkelig aktivmasse i forhold til kreditorernes krav, hvilket tvinger datterselskabet til konkurs. Beslutningen om risikoforskydning fra moderselskabets side kan således have hæftelsesgennembrud til følge. Moderselskabet opnår dermed ikke en berigelse af beslutningen som ellers ønsket. I dommen bemærker domstolen også, at kreditor er en tvangskreditor. Heri ligger hensynet til tvangskreditorens baggrund, idet tvangskreditoren ikke

har indgået aftale med selskabet efter eget ønske. Tvangskreditoren vil således have nemmere ved at påberåbe sig hæftelsesgennembrud end en aftalekreditor.

Identifikation og hæftelsesgennembrud har samme mål for øje, dog gennem forskellige metoder. Begge begreber ligger dog tæt op af andre principper, hvorfor det er relevant at sondre mellem disse. Identifikation fremstår tæt sammen med erstatningsansvar, da de begge er culpa-baseret og identifikation kan lede til erstatningsansvar. Grænsen trækkes dog ved, at identifikation er den metode, der pålægger en juridisk eller fysisk person erstatningsansvar, hvorimod erstatningsansvaret stiller et økonomisk krav til den pågældende. Forskellen ligger således i princippernes funktion. Ligeledes sker der også sammenblanding af hæftelsesgennembrud og ansvars-gennembrud. De to principper fremtræder ofte som synonyme for hinanden. Dette er forståeligt, da begge principper fraviger udgangspunktet om begrænset hæftelse og således pålægger moderselskabet hæftelse for datterselskabets kreditorer. Forskellen skal således findes på et dybere niveau, hvor en litterær forskel kan udledes. Her henviser Gomard til, at ansvars-gennembruddet opstår som følge af moderselskabets ansvar for at efterkomme det krav, som moderselskabet hæfter for. Hæftelsen anses derfor som den principale forpligtelse, hvor ansvaret er den sekundære forpligtelse. Gomard gør yderligere opmærksom på, at det objektive grundlag fra hæftelsesgennembruddet tilsidesættes til fordel for et subjektivt grundlag, som følger ansvars-gennembruddet. Grænsen mellem de to principper trækkes derfor ved rækkefølgen på, hvilket princip, der træder i kraft først.

På trods af ovenstående konkluderede krav og situationer, må de nøjagtige krav til både identifikation og hæftelsesgennembrud bero på en individuel og konkret vurdering fra domstolens side. Domstolen anerkender ikke identifikation og hæftelsesgennembrud med et let sind i kraft af, at disse principper er lovstridige, og der skal således væsentlige forhold til, før en koncern idømmes enten identifikation eller hæftelsesgennembrud.

10 Perspektivering

Det fremgår tydeligt af SL § 1, stk. 2, at selskaber er omfattet af begrænset hæftelse. Alligevel har domstolene flere gange tilsidesat denne regel, og tilladt kreditorer at gøre deres krav gældende gennem identifikation. En perspektivering af, hvorfor domstolene afsiger lovstridige domme, er således relevant for dette speciale, idet kravene til identifikation er ligegyldige, hvis domstolene ikke har tilstrækkelig grund til at dømme mod lovgivningen.

I sine kommentarer til Midtfyns Musikfestival-sagen udtrykker højesteretsdommere Dahl og Nørgaard et hensyn til kreditorerne. Dahl og Nørgaard henviser her til, at det i visse situationer kan forekomme utilfredsstillende for kreditorerne, hvis disse kun har ét selskab at forholde sig til. Det er i disse situationer, man oftest imødekommer kreditorerne ved at pålægge ledelsen eller moderselskabet erstatningsansvar. I yderste tilfælde kan det dog være nødvendigt at pålægge en tredjemand ansvaret, og således pålægge ham at hæfte for datterselskabets gæld til kreditoren. Dette hensyn uddybes også yderligere i samme artikel, da tvangskreditor-begrebet undersøges nærmere. Højesteret har i dommen lagt vægt på, at tvangskreditorerne fik deres krav opfyldt, idet de ikke frivilligt havde indgået et aftaleforhold med festivalselskabet. Manglen på selv at bestemme, hvem de indgik kontraktforhold med, vægtede således tungt i afgørelsen. Dette hensyn istemmes i UfR 1980.806 V, hvor Byretten finder, at den formelle selskabskonstruktion bør vige for lønkravet påstået af kreditorerne. Dette stadfæstes af Landsretten. Det fremstår således tydeligt, at domstolene modsætter sig selskabslovens begrænsede hæftelse til fordel for kreditorerne, således at disse kan få deres krav opfyldt.

11 Litteraturliste

Bøger

- Dansk selskabsret 2, Hansen og Krenchel, 4. udgave, Karnov Group, 2014
- Dansk selskabsret 1, Hansen og Krenchel, 4. udgave, Karnov Group, 2014
- EU-selskabsret, Werlauff, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002
- European Company law, Grundmann, 2nd edition, Intersentia, 2012
- Koncernretten, Søgaard & Werlauff, 1. udgave, Werlauff Publishing A/S, 2015
- Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, Gomard, 1. udgave, GadJura, 1995
- Juridisk ordbog, Von Eyben, 13. udgave, Karnov Group, 2008
- Folketingets EU-oplysninger, Lissabontraktaten, 2008
- Modernisering af selskabsretten, Betænkning 1498, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 1. udgave, Schultz Distribution, 2008
- Lærebog i erstatningsret, Von Eyben & Isager, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011
- Lærebog i Obligationsret II, Von Eyben, Mortensen & Sørensen, 1. udgave, Thomson GadJura, 2000
- An introduction to comparative law, Zweigert & Kötz, 3. udgave, Oxford University Press, 1998
- EU-retten, Engsig Sørensen, Runge Nielsen & Hartig Danielsen, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Domsanalyse, Naundrup Olesen & Lilja, 2. udgave, Samfundslitteratur, 2016
- Selskabsret, Werlauff, 3. udgave, GadJura, 1997
- Retsvidenskabsteori, Munk-Hansen, 1. udgave, Juridisk- og økonomforbundet, 2014

Artikler

- Werlauff, Erik: U.2012B.203 "*Medhæftende majoritetsejer*"
- Godsk Pedersen, H. V.: U.1985B.352 "*Civilretlig identifikation i relation til kreditorer*"
- Werlauff, Erik: U.1985B.193 "*Udsultning af minoritetsaktionærer*"
- Dahl & Nørgaard: U.2000B.399 "*Erstatning uden for kontraktforhold 111.4 - Selskabsret 14.2 og 1.9*"
- Christian Schwartz Hansen, NTS 2001, s. 433-448
- Werlauff, Erik: U.1986B.393 "*Selskabets ansvars gennembrud*"
- Werlauff, Erik: U.2015B.244 "*Selskaberstatningsrettens »tilpasningspunkt«*"
- Engsig Sørensen, Karsten: U.2017B.29 "*Nybrud i koncernretten*"
- Europa-Kommissionen: "*Handlingsplan: Selskabsret og corporate governance i EU - en tidssvarende lovramme for mere engagerede aktionærer og bæredygtige virksomheder*"
- European Commission: "*Report of the reflection group on the future of EU company law*"
- Werlauff, Erik: U.2000B.465 "*Hovedsædekriteriet i ny skikkelse – En acceptabel version af det EU-stridige klassiske hovedsædekriterium?*"

- Werlauff, Erik: RR.1997.06.0025 “*God selskabsskik (I)*”
- Werlauf, Erik: RR.1997.07.0030 “*God selskabsskik (II)*”
- Komittéen for God Selskabsledelse: “*Anbefalinger til god selskabsledelse*”, november 2014

Domme

- UfR 1999.1080 V
- TfS 2001, 233 H
- UfR 2005.2235 H
- UfR 2004.2094 H
- UfR 1997.1642 H
- UfR 1992.640 V
- UfR 1982.595 H
- UfR 2009.1512 H
- UfR 1998.1137 H
- UfR 2004.2253 H
- C-212/97 - Centros
- C-208/00 - Überseeing
- C-167/01 - Inspire Art
- UfR 1994.621 H
- UfR 1985.664 V

Love

- Selskabsloven med kommentarer, Karnov Group, 2018
- Årsregnskabsloven, www.retsinformation.dk, 03.03.18
- Konkursloven med kommentarer, Karnov Group, 2018
- LFF 2016-10-05 nr 23, forarbejder til selskabsloven
- Erstatningsansvarsloven med kommentar, Karnov Group, 2018

Direktiver

- Direktiv 67/228/EØF