

Titelblad:

Projekttitel:

Hæftelsesrisici i Enkeltmandsaktieselskaber

Jesper Veiby

Juridisk Institut, Aalborg Universitet

Vejleder: Erik Werlauff

December 2010

Indhold

<i>Del 1. Indledning</i>	5
1. Emne, problem, metode og kilder	5
1.1 Emnevalg og -afgrænsning	5
1.2 Problemformulering	6
1.3 Metodevalg og retskilder	7
<i>Del 2. Kreditortyper</i>	9
2. Frivillige kreditorer	9
3. Tvangskreditorer	10
3.1 Offentlige kreditorer	10
3.2 Private tvangskreditorer	11
<i>Del 3. Hæftelsestyper</i>	13
4. Aftale	13
4.1 Kaution	13
4.2 Forveksling	14
4.3 Manglende driftsmæssig adskillelse	15
5. Culpa	18
5.1 Culpa i almindelighed	18
5.2 Solidarisk hæftelse i forbindelse med culpa	21
5.3 Culpa på grundlag af generalklausul	24
5.3.1 Domme på grundlag af generalklausul	25
6. Hæftelsesgennembrud	34
<i>Del 4. Konsekvenser</i>	47
7. Parternes stilling	47
7.1 Eneanpartshavers risici	47
7.2 Kreditorers muligheder	51

<i>Del 5. Retssikkerhed og retsusikkerhed</i>	55
8. Uafklarede områder	55
8.1 Solidarisk hæftelse med selskab	55
8.2 Kapitalkrav, samhandel og hæftelsesgennembrud	56
8.3 Omsorgspligten for tvangskreditorer	62
8.4 Selvstændig selskabsinteresse i et enkeltmandsselskab?	64
<i>Del 6. Afslutning</i>	69
9. Perspektivering	69
9.1 Sammenfald med retsøkonomisk teori	69
9.2 Retsøkonomiske problemstillinger	76
10. Konklusion	83
11. English Summary	85
<i>Del 7. Referencer</i>	87
12. Litteratur, artikler, love og domme	87
12.1 Litteratur	87
12.2 Artikler	87
12.3 Love	88
12.4 Domme og forarbejder	89

Del 1. Indledning

1. Emne, problem, metode og kilder

1.1 Emnevalg og -afgrænsning

Efter implementeringen af EU's 12. selskabsdirektiv er det blevet muligt at stifte og drive selskaber som enkeltperson;¹ herunder åbner loven mulighed for, at ejeren i så fald kan drive selskabet direkte uden bestyrelse og selskabsorganer, blot beslutninger på "generalforsamlingsniveau" er dokumenteret særskilt.

Dette har potentielt konsekvenser for en lang række virksomheder, der drives i selskabsform af eneejere. Anpartsselskabet er en meget udbredt selskabsform; i 2008 fandtes der iflg. Danmarks Statistik, Generel Firmastatistik nr. 362, 73.218 aktive anpartsselskaber, og det samlede antal ansatte, omregnet til fuldtidsansatte var 247.771, hvilket antyder, at en væsentlig del drives af eneejere, hvad enten dette er den mindre håndværksmester eller den enlige konsulent hhv. serviceyder, alternativt eneejeren af en mindre virksomhed med få ansatte.

Emnet er derfor dels valgt ud fra dets aktualitet, dels fordi der til emnet knytter sig særskilte problematikker, hvad angår identitet og potentielt hæftelsesgennembrud.

Emnet er afgrænset til enkeltmandsanpartsselskaber, idet anpartsselskaber, som er ejet af andre selskaber ganske vist har mange af de samme træk, men savner den fulde identifikation mellem ejer og leder, som findes i enkeltmandsanpartsselskabet, idet selskaber iflg. dansk ret ikke direkte kan drive andre selskaber, hvorfor der her må

¹ Iflg. 12. Selskabsdirektiv, art. 4

² U1997.1642H under afsnittet "Højesterets dom"

indsættes et mellemed i form af en direktør, hvor der i kraft af det manglende (med)ejerskab ikke er direkte interessesammenfald.

Desuden er der afgrænset i forhold til eneejede aktieselskaber, idet disse dog iflg. Selskabsloven skal have en bestyrelse eller et tilsynsråd, og den eneejer, som (sandsynligt) er direktør og daglig leder, ikke kan agere fuldstændig uden tilsyn af andre, og idet ansvaret i et vist omfang deles med en bestyrelse. Det betyder dog ikke, at afhandlingens konklusioner ikke i et vist omfang vil kunne finde anvendelse på såvel enkeltmandsaktieselskaber som helejede datterselskaber i koncernforhold.

Emnet er desuden af pladshensyn afgrænset i forhold til EU-retten og internationale selskabskonstruktioner, således at alene danskejede og dansk baserede selskaber behandles.

1.2 Problemformulering

Den nævnte afgrænsninger leder til nedenstående problemformulering:

Hvilke hæftelsesrisici er der for enkeltmandsanpartsselskaber i Danmark?

Af underspørgsmål til problemformuleringen indgår:

Hvilke risici er de hyppigste og mest nærliggende?

Har eneejerskabet særskilt betydning for hæftelse og evt. hæftelsesgennembrud?

Hvilke teorier, om nogen, understøtter retspraksis?

1.3 Metodevalg og retskilder

Projektet er bygget op omkring en analyse af de tilgængelige retskilder. Der er ikke anvendt empiriske undersøgelser eller empiriske data.

De anvendte retskilder er først og fremmest lovgivning og retspraksis, idet selskabsretten i udpræget grad er lovreguleret, udtømmende i sine definitioner og baseret på grundige forarbejder, og idet der tillige på området er en betydelig retspraksis af støtte sig til, hvad angår konkrete vurderinger og grænsedragning. I et vist omfang er der dog tillige trukket på forarbejder og litteratur til forståelse og belysning af retstilstanden.

Troværdigheden af de anvendte retskilder må anses for høj, eftersom retstilstanden enten er klart og direkte beskrevet eller dokumenteret gennem en omfattende domspraksis. I enkelte situationer, her specielt hvad angår hæftelsesgennembrud, er omfanget af retskilderne dog meget begrænset, og et vist skøn baseret på retssædvaner og forholdets natur må derfor inddrages.

Del 2. Kreditorer

2. Frivillige kreditorer

En virksomhed kan skaffe sig kreditorer på forskellig vis, og man kan inddele en virksomheds kreditorer i forskellige grupper, hvoraf de to hovedgrupper er frivillige kreditorer og tvangskreditorer. Såvel litteratur, retlig teori som domspraksis antyder, at man efter omstændighederne bør behandle de forskellige typer af kreditorer forskelligt.

Den største gruppe af kreditorer vil typisk være de frivillige kreditorer. Denne gruppe omfatter alle, som via en frivillig transaktion kommer til at stå som kreditorer i forhold til virksomheden. Den omfatter således den typiske varekreditor, der giver kredit i forbindelse med salg til virksomheden, såvel som banker og finansielle institutioner, der via lån og kassekreditter kommer til at stå som kreditorer.

I forbindelse med selskaber nyder kreditorerne en vis beskyttelse i form af lovens kapitalkrav, herunder kravet om opløsning eller genrejsning af kapital, hvis et selskabs kapital er (delvist) tabt.

Udover denne beskyttelse er det i retspraksis og i særdeleshed i økonomisk og juridisk teori forudsat, at frivillige kreditorer selv må bære den risiko, de påtager sig ved at være kreditorer. Der er ingen, som har tvunget pågældende til at blive kreditor, idet vedkommende kunne have undladt at handle med virksomheden, hvis man vurderede, at der var for stor risiko. I forbindelse med kapitalselskaber vil den potentielle kreditor desuden kunne skaffe sig adgang til regnskabstal og foretage en vurdering af selskabets soliditet, ligesom man efter omstændighederne vil kunne kræve personlig kaution eller bankgaranti.

Under alle omstændigheder vil en virksomhed kunne indkalkulere en vis risiko i sine budgetter og vælte denne risiko over på sine priser i almindelighed, eller via et factoring bureau, hvorfor der heller ikke økonomisk er noget argument for at sikre sådanne kreditorer yderligere.

3. Tvangskreditorer

3.1 Offentlige kreditorer

I forhold til en virksomhed optræder offentlige myndigheder til gengæld oftest som tvangskreditorer. I det omfang en offentlig myndighed indgår i et almindeligt handelsforhold, vil dette naturligvis være et frivilligt kreditor- eller debitorforhold, men som myndighed er det typiske, at man er tvangskreditor i relation til moms, skat og andre afgifter. Staten og andre offentlige myndigheder kan nemlig ikke nægte at kontrahere med momspligtige virksomheder, ligesom skattebetalinger i relation til virksomheder falder efter regnskabsåret med risiko for manglende betaling ved konkurs. De få og begrænsede muligheder, som offentlige myndigheder har for at minimere egne tab, f.eks. krav om sikkerhedsstillelse ved lille selskabskapital, ændrer ikke på, at offentlige myndigheder terminologisk må betragtes som tvangskreditorer og udsat for en ufrivillig risiko.

At tvangskreditorer har en beskyttelsesværdig interesse antydes i domspraksis. Et oplagt eksempel ses i *U1997.1642H Midtfyn*, hvor Højesteret i dommen udtaler, at "Højesteret tiltræder herefter, at Restaurationsselskabet hæfter for Festivalselskabets gæld i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor" ² Såvel som

² U1997.1642H under afsnittet "Højesterets dom"

i *U1997.364H Satair*, hvor pligten til i særlig grad at varetage Told og Skats interesser nævnes i dommen.

Dog modereres dette synspunkt af højesteretsdommerne Børge Dahl og Jørgen Nørgaard, der understreger, at det ikke i forbindelse med *U1997.1642H Midtfyn* har været tanken at "introducere en sondring mellem kreditorer af 1. og 2. grad",³ idet de dog samtidig finder, at i særlige tilfælde vil hensynet til disse spille ind.

Samme hensyn gør sig i øvrigt gældende i relation til konkursloven, hvor offentlige myndigheder som tvangskreditorer har forrang i forhold til andre kreditorer.

3.2 Private tvangskreditorer

I nogle tilfælde vil også private kunne optræde som tvangskreditorer, altså få en rolle som kreditor, uden at de har ønsket det eller frivilligt har tiltrådt det ved aftale.

Dette vil typisk ske i forbindelse med en erstatningssag, hvor den enkelte kreditor optræder som en retsbrudskreditor, der har et tilgodehavende som følge af en misligholdt aftale, eller tilmed som følge af skadevoldende virkninger af et givet produkt eller rådgivning.

Af andre eksempler på tvangskreditorer vil være forsikringsselskaber, der i tilfælde af grov uagtsomhed vil kunne gøre regres gældende overfor et selskab eller dets ledelse på samme måde som den skadelidte og erstatningsberettigede.

Den private tvangskreditor har i sagens natur ikke kalkuleret med dette og har typisk heller ikke gjort sig overvejelser omkring virksomhedens soliditet. Meget taler derfor

³ U2000B.399, Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

for, at sådanne kreditorer skal nyde en større beskyttelse; et princip som i amerikansk ret slog igennem i de såkaldte "two cab" sager, hvor der opstod hæftelsesgennembrud i forhold til et moderselskab, der bevidst havde organiseret datterselskaber i små enheder for at undgå hæftelse.⁴

Carl Martin Roos redegør for problemstillingen i Tidsskrift for Rettsvitenskap, hvor han her argumenterer for en særlig hensyntagen til tvangskreditorer, hvorfor dette også kan begrundes i (rets)økonomiske teorier og efficiensbetragtninger indenfor erhvervsliv og samfund.⁵ Se evt. nærmere i afhandlingens perspektivering.

⁴ Jvnf. Erik Werlauff, Selskabsmasken, GEC Gads Forlag, 1991, s. 38, note 74

⁵ TfR, 3-4/93, Carl Martin Roos, Varför rättsekonomi?, s. 243

Del 3. Hæftelsestyper

4. Aftale

Hæftelse kan opstå på forskellig måde, og dens omfang afhænger i høj grad af dette. Man kan her identificere tre grundlæggende forskellige former for hæftelse, nemlig den hæftelse, der følger af en indgået aftale; den hæftelse, der følger af en culpøs handling; samt endelig den (sjældnere) hæftelse, der følger af identifikation eller hæftelsesgennembrud.

Aftaler omfatter naturligvis ordreafgivelse, men hvis en virksomhed drives i selskabsform, vil dette i udgangspunkt kun forpligte selskabet. Derimod kan ejeren af selskabet komme til at hæfte, såvel frivilligt som utilsigtet.

4.1 Kautio

En virksomhedsejer, som f.eks. en eneansvarshaver, kan hæfte for selskabets underskud, på trods af kapitalansvarshaverens værn imod sådant, hvis han har indgået en aftale om at kautionere. Dette vil typisk ske i forhold til banker og andre finansielle institutioner, hvis disse er betænkelige ved at yde et givent lån; f.eks. på grund af misforhold mellem lånet og egenkapitalen, eller på grund af konkret risikovurdering.

I dette tilfælde er det dog klart, at den enkelte virksomhedsejer naturligvis vil være bevidst om den indgåede aftale og dens omfang, og der er af samme grund næppe anledning til at overveje denne problemstilling yderligere i relation til afhandlingens tema om hæftelsesrisici.

4.2 Forveksling

En anden måde, hvorved ejeren af et selskab kan risikere at komme til at hæfte for selskabets gæld, er hvis der opstår forveksling mellem ham selv og selskabet, således at f.eks. leverandører har haft en berettiget forventning om, at de handlede med en person og ikke med et selskab. I sådanne tilfælde har leverandørerne været afskåret fra at tage de forholdsregler, de i det mindste i princippet kunne have valgt.

Forveksling falder her under aftale, idet hæftelsen udspringer af, at der de facto er indgået en aftale om f.eks. vareleverance mellem selskabsejeren og leverandøren - selv om det var førstnævntes hensigt, at aftalen skulle være med selskabet.

Selskabsloven foreskriver i §2, stk.2, at et selskabs navn ikke må være forveksleligt med andre virksomhedsnavne, registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og i stk. 1 foreskrives både en ret og en pligt for kapital-selskaber til at anvendelse betegnelsen "Aktieselskab" eller "Anpartsselskab" hhv. tilsvarende forkortelser. Det er i de tilfælde, hvor dette ikke finder sted, at forvekslingen kan opstå; således hvis "Tømrer Jens Jensen" anvendes i stedet for det rigtige "Tømrer Jens Jensen ApS".

I disse tilfælde kan personen bag selskabet komme til at hæfte for f.eks. leverandørgæld, idet offentlige myndigheder naturligvis ikke vil kunne komme i samme situation.

Der er en del retspraksis, som statuerer hæftelse i sådanne tilfælde. Her kan *UI1987.784H SPI* nævnes, hvor hæftelsen opstod, fordi betegnelsen "anpartsselskab" ikke var anvendt. Det lånte beløb var tillige optaget med henblik på at dække selskabets gæld til ejeren, men det må formodes, at såfremt långiver havde været villig til at låne selskabet penge med samme formål, ville alene selskabet have hæftet. Således er det fraværet af den korrekte betegnelse, der er udslagsgivende.

Ligeledes kan **U1995.156H Pehrsson Skohus** nævnes, hvor hæftelsen opstår, fordi en personlig virksomhed omdannes til et selskab uden kreditors vidende. I dette tilfælde var der desuden tale om, at kreditor, da denne blev opmærksom på omdannelse, gjorde det tydeligt, at man ikke ville handle med anpartsselskabet, men alene med ejeren personligt, og hvor dennes efterfølgende passivitet ligeledes spillede en rolle.

Dog gælder, at hvis kreditor er vidende om, at der er tale om et selskab, vil hæftelse ikke altid blive gældende. Således **U1983.478Ø** eller **U1985.953V**.

Det vil typisk være et oplagt tilfælde af forveksling, hvor betegnelsen "anpartsselskab" ikke er påført brevpapir eller faktura, og hvor kontrahenter derfor er i vildfarelse angående virksomhedens natur. Men også i tilfælde, hvor en ordre afgives telefonisk, er det let at tænke sig tilfælde, hvor selskabet ikke tilstrækkeligt tydeligt identificerer sig, og hvor leverandøren får den opfattelse, at man i stedet handler enten med en personligt ejet virksomhed eller tilmed direkte med personen selv.

I tilfælde af forveksling indtræder der hæftelse, uanset om der i øvrigt måtte være culpa eller ej. Ejeren af en personligt ejet virksomhed hæfter jo blot, både for begåede fejl og for dispositioner i al almindelighed. Naturligvis gælder hæftelsen kun den eller de parter, overfor hvilke der kan statueres forveksling. Hvis f.eks. en given ordre er givet med uklar afsender, og en anden klart er givet i selskabets regi, så er det selvsagt kun den første, som ejeren hæfter for.

4.3 Manglende driftsmæssig adskillelse

Der kan tillige forekomme situationer, hvor den formelle identifikation er klar, men hvor der alligevel statueres solidarisk hæftelse mellem moder- og datterselskaber, grundet i den manglende driftsmæssige adskillelse, dvs. i moderens detaljerede kontrol over datteren.

Mest tydeligt ses dette i to domme ved EU-domstolen. Den ene, *C-97/08 P, Akzo Nobel*, angik en medicinalkoncern, hvor et datterselskab blev dømt for medvirken til karteldannelse, og hvor moderselskabet blev dømt solidarisk ansvarligt. I dommens præmisser tales der om en "økonomisk enhed", uanset om denne bestod af flere - formelt hæftelsesbegrænsede - selskaber. Det afgørende moment var her moderselskabets kontrol over datterselskabets drift.

Tilsvarende, men lidt mindre klart, ses i dommen *C-358/08, Aventis Pasteur*, hvor igen en medicinalkoncern var involveret. Her angår sagen, hvem produktansvar kunne gøres gældende overfor, og her udtalte domstolen, at såfremt moderselskabet havde truffet beslutningen om import af den givne vaccine, som produktansvaret angik, kunne moderselskabet og ikke datterselskabet anses for importør, grundet i beslutningsproceduren.

Rimeligvis vil også den danske dom, *UI1983.267 Thor Koncernen*, hvor der statueres ret til modregning af krav mod et datterselskab i koncernen, kunne henføres til domme, som er begrundet i manglende driftsmæssig adskillelse. Sagen lægger sig også tæt op ad forveksling, men der består ikke tvivl for sagsøger om, at vedkommende kontraherer med forskellige, formelt opdelte selskaber. Desuden bemærkes i dommen, at:

"sagsøgte, der vel var klar over, at der efterhånden indgik flere selskaber i koncernen, ved samtale med koncernens ledelse måtte få det indtryk, at opdelingen var uden reel betydning, et indtryk, der kun kunne bestyrkes gennem det løbende samarbejde, og at det syntes at

bero på tilfældigheder, at salget til sagsøgte netop blev bogført i I.

Pedersens Fabrikker A/S." ⁶

Desuden taler der om, at koncernen har haft "en så løs og formel karakter", at det berettiger sagsøger til at rejse sag mod koncernen i sin helhed. Alt dette tegner et billede af en koncern, der er opdelt af forskellige økonomiske eller tekniske grunde, men som drives som én virksomhed, hvor her igen den manglende driftsmæssige adskillelse forårsager identifikation og dermed hæftelse i den konkrete sag.

⁶ U1983.267S, Rettens bemærkninger

5. Culpa

Hæftelse kan alternativt og relativt ofte opstå gennem culpa. Der er her tale om en skala fra forsæt og svig, over grov uagtsomhed til simpel uagtsomhed. Selskabslovens § 361 understreger, at selskabets ledelse er erstatningspligtig ifølge almindelige culperegler, herunder simpel uagtsomhed, hvorimod § 362 om kapitalejeres ansvar kræver mindst grov uagtsomhed. Det følger heraf, i det mindste i udgangspunktet, at beslutninger på generalforsamlingsniveau kun kan straffes, hvis der er grov uagtsomhed, hvorimod ledelsesbeslutninger af f.eks. direktører og bestyrelsesmedlemmer bedømmes hårdere og alene kræver simpel uagtsomhed.

5.1 Culpa i almindelighed

I de tilfælde, hvor der af ansatte i et selskab begås culpøse handlinger overfor andre, hæfter selskabet. Dette følger af arbejdsgiveransvaret eller principalansvaret, helt tilbage fra Danske Lov iflg. *DL 3-19-2*, hvor arbejdsgiver erstatningsretligt har et objektivt ansvar for valget af ansatte og for arbejdets organisering, herunder sikkerheds- og kontrolrutiner.

Hæftelsen gælder for såvel almindelige ansatte som ledende medarbejdere, herunder selskabets direktører, jvnf. *U1959.1H*.⁷ Den primære forudsætning er, at den ansvarspådragende handling har fundet sted som en del af ansættelsesforholdet, hvilket iflg. gældende praksis må tolkes ret bredt. Ved såvel overtrædelser af interne regler (*U1974.707H*) som decideret strafbare handlinger (*U2002.1306V*) er arbejdsgiveren blevet pålagt hæftelse.

⁷ Jvnf. Lærebog i Erstatningsret, Bo von Eyben og Helle Isager, 5. Udg., s. 105-120

Endvidere hæfter arbejdsgiveren for såvel anonyme fejl som kumulerede fejl, dvs. det er ikke afgørende at culpa kan identificeres eller henvises til en bestemt ansat, jvnf. **U1942.984/2Ø**.

Arbejdsgiveren har iflg. EAL § 23 stk. 1 kun meget begrænset adgang til at gøre regres gældende overfor arbejdstageren. Det kan således kun ske "i det omfang, det findes rimeligt under hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling omstændighederne i øvrigt".

Summarisk fortolkes dette sådan, at der som udgangspunkt ikke vil være mulighed for regres ved simpel uagtsomhed, og at der er større mulighed for regres overfor ledende medarbejdere, og at der er større mulighed for at gøre regres, hvis der er begået deciderede lovovertrædelser. Hvad angår sidstnævnte, se **U2002.1306V**, hvor en bestyrer for et diskotek blev dømt for vold mod en gæst, og selvom arbejdsgiveransvaret statueredes på trods af dette, så blev bestyreren i det interne forhold pålagt en 2/3 hæftelse.

I det omfang, et selskab hæfter for ansattes handlinger, og der ikke kan gøres regres gældende, er der i sagens natur kun dækning i form af selskabets egenkapital. Der kan derfor i flere tilfælde bestå en interesse i at flytte ansvar eller hæftelse over på et selskabs ledelse, særligt i sager, hvor selskabet er gået konkurs, og der ikke er dækning i boet.

Den førnævnte **U2002.1306V** eksemplificerer ansvaret, dels i forbindelse med lovovertrædelser, dels i forbindelse med ledende medarbejdere. En anden nyere dom, hvor det samme er tilfældet, er **U2005.1019H**, hvor en boksekamp uberettiget vist på tv mod salg af billetter, og hvor enejer og daglig leder af det selskab, som ejede lokalerne, fandtes erstatningsansvarlig.

Desuden kan nævnes såvel **1998.1137H OKStimist** og **1999.591H E. K. Jensen Biler**, hvor der statueredes erstatningsansvar overfor kreditorer, i forbindelse med at ledelsen (i sidstnævnte tilfælde en ene-ejer) havde fortsat driften af selskabet på et tidspunkt, hvor selskabet enten var insolvent eller i så store vanskeligheder, at ledelsen måtte have indset, at driften ikke kunne fortsættes uden at forårsage tab hos kreditorerne.⁸

Endelig er det værd at nævne **FED 1996.1340V**, hvor arbejdsgiver var berettiget til regres overfor en chauffør, altså en ikke ledende medarbejder, fordi denne havde forvoldt en skade i beruset tilstand.

I relation til fuldmagtsforhold er den fuldmægtige, som overskrider sine beføjelser, ansvarlig iflg. Aftalelovens §25, hvilket Anders Ørgaard også understreger i **UI1996B.408**. Også her er der derfor mulighed for regres.

Af tilfælde, hvor der statueres erstatning for ledelsen, kan nævnes **UI1976.241Ø** og **UI1981.473H Herning Kranudlejning**, der begge angår manglende indbetalt kildeskat. I begge tilfælde blev selskabets direktør (der også i begge tilfælde var hovedaktionær) dømt erstatningspligtig for den manglende skat, hvilket må ses som en følge af ledelsesansvaret for selskabet og for de manglende betalinger. Antageligvis spiller et vist hensyn til Skattevæsenet som tvangskreditor også ind her.

Sammenfattende må det derfor siges, at et selskab har en vis mulighed for at vælte erstatningsansvaret for skader på tredjemand over på ansatte, når skaden er forvoldt via eller i tilknytning til lovbrud eller uansvarlig adfærd, eller hvor der er tale om

⁸ Dette kunne rimeligvis også henføres til culpa overfor generalklausulen, men er nævnt her, da erstatningsansvaret dog statueredes direkte overfor tredjepart og ikke overfor selskabet hhv. selskabets bo.

ledende medarbejdere. Dog ikke altid i fuldt omfang, og altid kun som regres i det interne forhold.

5.2 Solidarisk hæftelse i forbindelse med culpa

I nogle tilfælde har domstolene i stedet for at statuere culpa statueret solidarisk hæftelse mellem selskab og ejer/ejerleder, selv om der åbenlyst var culpa i en eller anden form.

En klar sag er **U1999.326Ø**, hvor Microsoft optræder som tvangskreditor i forbindelse med en erstatningssag ang. ulovlig kopiering af software. I dommens præmisser tager landsretten sagsøgers påstand til følge og anfører desuden:

"Sagsøgte D var direktør og eneanpartshaver i A ApS og forestod den daglige drift af virksomheden og forhandlingerne med Zesta Computer vedrørende indkøb af Microsoft edb-programpakker. Under disse omstændigheder findes sagsøgte at måtte hæfte på lige fod med A ApS for eventuelle krænkelse af sagsøgerens enerettigheder i henhold til ophavsretsloven."⁹

Også her statueres, at virksomhedens ledelse i den konkrete situation, i kraft af sammenfaldet mellem ledelse og selskab, hæfter på lige fod med selskabet, når erstatningskravet skal gøres op. Dommen tager således ikke eksplicit stilling til culpa, ej heller om der i givet fald er tale om simpel eller grov uagtsomhed, hhv. fortsæt.

⁹ U1999.326Ø - Landsrettens præmisser

Et andet tilfælde er **U1998.166Ø**, hvor et selskab videresolgte en ejendom med mangler ved funderingen, og hvor direktøren, som tillige var eneaktionær og ledende bestyrelsesmedlem, havde gjort sig skyldig i fortielse af sagens forhold.

Her udtaler Østre Landsret:

"Som eneaktionær i selskabet D Production A/S, som direktør for dette og reelt enerådende bestyrelsesmedlem har indstævnte indtaget en så dominerende position, at der i virkeligheden ikke har været nogen forskel på beslutningsprocessen, når indstævnte disponerede i eget navn eller for selskabet...

På den baggrund bør indstævnte ikke kunne benytte selskabet som skjold, men må hæfte personligt for appellantens krav som følge af hæftelsesgennembrud, eller fordi han i øvrigt, ikke mindst som følge af hans i hvert fald grove uagtsomhed, må tåle at blive identificeret med det af ham totalt dominerende selskab D Production A/S." ¹⁰

Man kan her tale om et "uægte hæftelsesgennembrud",¹¹ idet der ikke statueres identifikation uden culpa, men tværtimod statueres culpa i form af mindst grov uagtsomhed.

Det er værd at bemærke landsrettens konklusion, nemlig at den omstændighed, at der var så entydigt sammenfald mellem direktøren og selskabet, i kraft af ejerskab og lederskab medfører, at han med Landsrettens ord "må tåle" at blive identificeret med selskabet. Således statueres der ikke erstatningsansvar, som normalt i forbindelse med

¹⁰ U1998.166Ø - Landsrettens præmisser

¹¹ Jvnf. Werlauff, Selskabsretligt Ansvarsgennembrud, U1986B.393, afs.8

culpa, men hæftelse i form af identifikation med selskabet og det krav, som kan rettes mod dette.

Endelig kan nævnes en nyere dom i form af *U2009.2269V DK Flyt*, hvor erstatning overfor et flyttefirma kunne gøres gældende overfor enejer og direktør. Det fremgår af dommen, at flyttefirmaet i gentagne tilfælde havde afgivet et lavt tilbud for at få ordren, hvorefter kunden efter flytningen blev præsenteret for et væsentligt højere beløb, og hvor flyttefirmaet derefter, såfremt kunden ikke ville betale, tilbageholdt flyttegodset. Vestre Landsret udtaler her:

"Under disse omstændigheder har Jens Benny Sørensen ved uforsvarligt forhold bevidst handlet til skade for Nowaco A/S. Som følge heraf finder landsretten, at Jens Benny Sørensen personlig er ansvarlig for selskabets tab. Påstanden overfor Jens Benny Sørensen tages derfor til følge, således at DK Flyt A/S og Jens Benny Sørensen hæfter solidarisk for erstatningskravet"¹²

Her udgør forsæt på samme måde basis for et uægte hæftelsesgennembrud i forhold til enejer og -leder.

¹² Karkov, U2009.2269V, Landsrettens dom

5.3 Culpa på grundlag af generalklausul

I mange tilfælde vil erstatning kunne gøres gældende overfor et selskabs ledelse for den måde, man har varetaget virksomhedens drift på.

Selskabsloven fastlægger i den såkaldte generalklausul i §108, at der (end) ikke på generalforsamlingen må "træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapitalselskabets bekostning".

Karnov anfører, at:

"Ordet 'åbenbart' indikerer, at der skal foreligge en klart urimelig udøvelse af indflydelse, og af ordene 'egnet til' følger en objektivering, dvs. der kræves ikke en subjektiv opfattelse af forholdet som utilbørligt. I ordene 'utilbørlig fordel' ligger, at der utvivlsomt skal foreligge urimelighed. Kravet om en 'fordel' medfører også, at der skal foreligge en formueforskydning, der opnås helt eller delvist vederlagsfrit." ¹³

Ikke alene den enkelte kapitalejer nyder hermed beskyttelse, men også selskabet selv, idet end ikke selskabets ejere, selv via en beslutning på generalforsamlingen, kan skaffe sig fordele på selskabets bekostning.

Det samme går igen i §127, hvor det er kapitalselskabets ledelse, der forbydes at disponere på en sådan måde, end ikke efter påbud af generalforsamlingen.

Det kan diskuteres, om ikke ordene "visse kapitalejere" udelukker den situation, hvor der kun er én kapitalejer, og denne skaffer sig fordele på selskabets bekostning. Her ville der jo ikke være andre kapitalejere, hvis kapital blev udvandet i kraft af

¹³ Karnov, kommentar til Selskabsloven §108

uhensigtsmæssige dispositioner på selskabets vegne. Imidlertid nævner både §108 og §127, at ikke kun "visse kapitalejere", men også "andre" er omfattet. Dette må derfor omfatte de tilfælde, hvor en enekapitalejer disponerer til fordel for f.eks. et tredje selskab, som han ejer. Hvorimod det er lidt mere tvivlsomt, om f.eks. høje lønudbetalinger til ejerdirektøren vil være omfattet.

Konklusionen må alligevel være, at i modsætning til ejeren af en personligt ejet virksomhed, har ejeren (eller ejerne) af et kapitalselskab visse forpligtelser overfor selskabet. Det er ejerens ret at likvidere selskabet og hermed realisere aktiverne, men ejeren kan ikke disponere på en sådan måde, at selskabets levedygtighed og soliditet i øvrigt lider skade, f.eks. via ufavorable aftaler i forhold til andre virksomheder, som ejeren måtte kontrollere. Ejeren har - med en analogi - ret til at aflive selskabet, men ikke ret til at udsulte det, idet det sidste vil bringe kreditorer, og ikke mindst tvangskreditorer, i fare.

Det er således disse andre, hvis interesser krænkes, enten ved en forfordeling af selskabets midler, eller ved uforsvarlig drift af selskabet.

5.3.1 Domme på grundlag af generalklausul

Der er en del retspraksis indenfor området, hvor nogle domme dog - som *U2006.1448H Palæ Invest* - alene angår forholdet mellem ejerne og gyldigheden af disses dispositioner, men derimod ikke angår tredjemand, hverken i form af leverandører, offentlige eller private tvangskreditorer.

Der er en række sager, hvor culpa angår den fortsatte drift, hvor denne var uforsvarlig og forårsagede kreditorernes tab.

I **UI1977.246S K.J.Sport** pådrog bestyrelsen sig ansvar for, at selskabet ikke var afviklet i tide, idet man ikke havde levet op til sit bestyrelsesansvar og bl.a. sikret, at der blev udarbejdet årsregnskaber, på basis af hvilke man ville have kunnet bedømme selskabets finansielle situation.

I **UI1998.1137H Okstimist** pådrog bestyrelsen sig ligeledes erstatningsansvar, idet man efter fremlæggelse af budget for året måtte indse, at selskabet ikke kunne videreføres, og at man ved at gøre dette ville påføre kreditorer tab.

Det samme gør sig i store træk gældende i **U2007.497H Calypso**, hvor ikke blot den fortsatte drift, men driften i sig selv var kritisabel. Således udtaler Højesteret:

"I betragtning af at selskabets egenkapital ved etableringen alene var 1,0 mio. kr., og at grundlaget for driftens finansiering var de forudbetalinger, man modtog fra kunderne, finder Højesteret, at selskabet gennem hele perioden blev drevet på en måde som må betegnes som klart uforsvarlig." ¹⁴

Ifølge dommen havde selskabets ledelse udvist en "betydelig uagtsomhed", og ifaldt dermed erstatningsansvar overfor selskabets bo - og dermed naturligvis indirekte kreditorerne.

Endnu et eksempel på retspraksis er **UI1997.283H Dokoff**, hvor selskabets bestyrelse bliver holdt ansvarlig for direktørens dispositioner, fordi man ikke var opmærksom på de af revisor antydede problemer, og den deraf "nærliggende risiko" for, at direktøren ville misbruge sin dispositionsret over selskabet.

¹⁴ U2007.497H - Højesterets bemærkninger

Igen er præmisserne de samme, nemlig at der idømmes ansvar for dispositioner i strid med hensynet til selskabets drift, uanset at man her må overveje, om bestyrelsesansvaret bliver gjort gældende med tanke på eventuel dækning af en tegnet forsikring.

Ikke kun den almindelige drift og dennes karakter kan give anledning til culpa. En række domme inddrager andre aspekter. I **U2006.3050H Taster Wine** havde et moderselskab trukket betydelige summer ud af datterselskabet, hvilket ikke i sig selv var i strid med gældende lov, men som i lyset af, at der var en verserende sag mod datterselskabet, var angribelige.

Således udtaler Højesteret:

"Af de grunde, der er anført af landsretten, finder Højesteret imidlertid, at Taster Wine har handlet i strid med redelig handlemåde ved i tilslutning til kapitalnedsættelsen at have udloddet 7.485.000 kr. ...

Højesteret tiltræder endvidere af de grunde, der er anført af landsretten, at også bestyrelsesmedlemmerne Fritz, Ole og Marianne Egede Paustian er erstatningsansvarlige overfor konkursboet for de nævnte udlodninger." ¹⁵

Af mere kuriøse domme er **U1999.1080V Protech**, hvor en anpartshaver blokerede for en kapitaludvidelse iflg. den daværende netop indtrådte lovændring, hvorefter selskabskapitalen skulle hæves fra kr. 80.000 til kr. 125.000, og dermed bragte selskabet i fare. Landsretten finder i den konkrete sag, hvor der ikke gives en reel

¹⁵ U2006.3050H - Højesterets bemærkninger

begrundelse, og hvor den egentlige årsag sandsynlig må findes i indbyrdes modvilje, at vedkommende har handlet ansvarspådragende.

Dommen kan vel diskuteres, ikke mindst eftersom et anpartsselskab med to deltagere i mangt og meget antages at ligne et I/S, hvad angår de indre forhold og retten til at udtræde og bringe samarbejdet til ophør, også af personlige grunde. Det må derfor formodes, at der bag dommen ligger den vurdering, at et levedygtigt selskab ikke uden grund bør likvideres, og at man i stedet burde have søgt andre løsninger, f.eks. frasalg af anparter. I givet fald indikerer dommen et vist hensyn til "selskabsinteressen" som sådan; hertil et loyalitetskrav til ikke-bestemmende ejere ned til et 50/50 niveau, hvor de nok ikke kan kategoriseres som minoritetsanpartshavere, men hvor de dog heller ikke var i stand til alene af udøve nogen bestemmende indflydelse.

Et andet tilfælde med lignende træk er *U1987.526H Shell*, hvor en leverandør forlangte opgravning og tilbagelevering af de af denne udleverede beholdere til benzin. Man må formode, at der var et chikanøst indhold i påstanden og et tvivlsomt forsøg på at presse forhandleren til ikke at skifte leverandør. Dette antydes også i dommen, hvor det bemærkes, at Monopoltilsynet har begrænset anvendelsen af uopsigelige kontrakter. Imidlertid henviser Højesteret i dommen også til den betydelige "værdispild", der vil finde sted. Dette kan også forstås som en varetagelse af dels selskabsinteressen, dels ønsket om generel værdiskabelse på markedet - og som en underforstået præmis i ethvert erhvervsdrivende selskab.

En ældre dom er *U1931.274H*, hvor flertallet på generalforsamlingen vedtog at frafalde en konkurrenceklausul, som et andet selskab havde overfor selskabet, og i hvilket andet selskab omtalte flertal havde økonomiske interesser. Her statueredes ugyldighed mht. generalforsamlingsbeslutningen.

Af EU-domme bør særligt nævnes *C-373/97, Dionysios Diamantis*, hvor en minoritetsaktionær med en kapitalandel på 1,5% anfægtede en række beslutninger om

hhv. kapitalforhøjelse og kapitalnedsættelse. Formelt var der intet i vejen for indsigelserne, men EU-domstolen lægger her vægt på et proportionalitetshensyn og på, at en ubetinget insisteren på ens rettigheder i nogle tilfælde kan sidestilles med et misbrug heraf. Her er man ikke langt fra den førnævnte Protech sag.

Uagtet at Diamantis sagen ikke er aldeles uproblematisk, så antyder den, at selskabsinteressen i form af fortsat og produktiv drift eller i form af hensyn til "stakeholders" i visse tilfælde kan have forrang for den enkelte selskabsejers formelle rettigheder, og at denne i givet fald må søges kompenseret på anden vis, f.eks. økonomisk.

I forbindelse med sagerne om selskabstømning i slutningen af 90'erne er der en række domme, hvor *U1998.1172H Pirchert Optik* er gængs. Her sælger en eneandehaver sit overskudsselskab, dvs. et selskab, som alene rummede kapital og en anvendelig skattegæld. Men i forbindelse med salget overførtes midler fra selskabet til køber, i strid med forbuddet mod selvfinansiering. I dette tilfælde blev handlingen udført af sælger, som af den grund ifaldt erstatning. Dommen *U2000.365/2H* angår fundamentalt samme problemstilling.

I dommene ligger et hensyn til kreditorerne, her især tvangskreditorerne i form af skattevæsenet, men det er også karakteristisk, at de dømte fraviger almindelig og redelig virksomhedsdrift ved at trække midler ud på det foreliggende grundlag.

Lidt anderledes forholder det sig i *U1997.364H Satair*. Her dømmes ligeledes sælgeren af et overskudsselskab, rummende likvider og skattegæld, men her på de præmisser, at sælger ikke i tilstrækkelig grad havde taget vare på selskabets og tvangskreditorernes, her Skattevæsenets, interesser.

I kommentarerne til dommen udtaler Højesteret, at:

"For Satair Holding havde salget af overskudsselskabet alene til formål at undgå betaling af en skat på 13 mio. kr., som ellers ville forfalde til betaling i vedkommende skatteår. Salget havde således ikke karakter af en normal forretningsmæssig disposition... Under disse omstændigheder havde Satair Holding ved salget særlig anledning til at være opmærksom på risikoen for tilsidesættelse af skattevæsenets interesser." ¹⁶

Desuden:

"Satair Holding måtte indse, at der ved salget af overskudsselskabet under alle omstændigheder bestod en ikke ubetydelig risiko for, at de planlagte investeringer ikke ville blive gennemført... og at risikoen for manglende gennemførelse af investeringerne og for tab for skattevæsenet ville være særlig stor, hvis købesummen for overskudsselskabet blev betalt med dettes egne midler... Satair Holding gjorde ikke noget reelt for at afværge skattevæsenets risiko.

På denne baggrund finder vi, at Satair Holding ved salget af overskudsselskabet på uforsvarlig måde tilsidesatte skattevæsenets interesser og derfor er erstatningsansvarlig for skattevæsenets tab" ¹⁷

¹⁶ U1997.364H - Højesterets dom

¹⁷ U1997.364H - Højesterets dom

I dommens præmisser lægges der både vægt på hensynet til skattevæsenets interesser, hvilket må forklares ved det tidligere nævnte faktum, at skattevæsenet er tvangskreditor. Dernæst lægges der vægt på, at der ikke er tale om normale forretningsmæssige aktiviteter.

I Landsrettens præmisser, som Højesteret ikke korrigerer, uddybes dette:

"Ansvaret for ledelsen er strengt. Ledelsen har pligt til at varetage selskabets interesser, langt fra blot sine egne... Sagsøgte havde en særlig omsorgspligt for skattegælden. Den var opstået i sagsøgtes ejertid, og sagsøgte havde haft fordelene i forbindelse med gældsstiftelsen." ¹⁸

I betragtning af, at handel med virksomheder i sig selv er både relativt almindeligt og helt legalt, at det heller ikke i sig selv er ulovligt at sælge en virksomhed med skattegæld eller leverandørgæld, og tillige at Satair ikke direkte foretog sig noget ulovligt, så kan dommen forekomme hård.

Landsretten betoner dog ledelsesansvaret og en groft uagtsom overtrædelse af lovens §84:

" Det lægges til grund, at sagsøgte som eneanpartshaver og i kraft af fælles ledelse inden for Satair-koncernen udøvede fuld kontrol over Sataircraft A/S under navneændring og omdannelse til ApS af 16.02.92. Hillerød.

Det fremgår af anpartsselskabslovens §36, stk. 2, at direktionen skal sørge for, formueforvaltningen foregår på betryggende måde. Efter samme bestemmelse skal endvidere bestyrelsen påse, at

¹⁸ U1997.364H - Landsrettens dom

formueforvaltningen kontrolleres på en efter selskabets forhold tilfredsstillende måde. Disse regler må antages at gælde også for sagsøgte, der som nævnt udøvede fuld kontrol over selskabet." ¹⁹

Og videre:

" Herefter findes sagsøgte, der udøvede fuld kontrol over Sataircraft A/S under navneændring og omdannelse til ApS af 16.02.92. Hillerød, at være erstatningsansvarlig i henhold til anpartsselskabslovens §110 eller denne bestemmelses analogi. Sagsøgte findes at have optrådt groft uagtsomt i forbindelse med overtrædelsen af lovens §84, stk. 2. I denne udstrækning kan sagsøgte tillige betragtes som ansvarlig i henhold til §112." ²⁰

Man må derfor konkludere, at såvel Landsret som Højesteret her har cementeret pligten til dels at varetage selskabets interesser, dels at varetage de kreditorinteresser, som følger af selskabsinteressen, herunder Told og Skat.

Det er i øvrigt værd at bemærke, at det i dommens præmisser slås fast, at der skal bedømmes efter dansk rets almindelige erstatningsregel, hvorved også simpel uagtsomhed medfører erstatningspligt. Der ligger vel også heri, og i medfør af Landsrettens udtalelser, at den omtalte selskabshandel betragtes som en ledelsesmæssig disposition, der efter generalklausulen ifalder ansvar ved simpel uagtsomhed, frem for som en ejerdisposition, hvor ansvar først ifaldes ved grov uagtsomhed.

¹⁹ U1997.364H, Landsrettens dom

²⁰ U1997.364H, Landsrettens dom

Endelig er **U1985.940/2H** af interesse. Heri idømtes en daglig leder, der tillige var hovedaktionær, for mandatsvig i forhold til selskabets kreditorer, idet denne havde foretaget en række uberettigede hævnninger og ladet selskabet betale private regninger.

I dommen (der blev afgivet under dissens hvad angik paragrafvalget) udtales:

"Det må antages at være lagt til grund af landsretten, at tiltalte ved de under forhold 1 beskrevne dispositioner har påført selskabet - og dermed dettes kreditorer - et formuetab.

Disse dommere tiltræder herefter af de grunde, der er anført af anklagemyndigheden, at forhold 1 er henført under straffelovens § 280."

21

Almindeligvis vil mandatsvig blive anvendt overfor den, som har forårsaget tab af betroede midler, f.eks. i relation til et ansættelsesforhold, hvilket anklagede da også plæderede for. Imidlertid blev kreditorbeskyttelsen i den pågældende situation tillagt en sådan vægt, at der også i relation til kreditorerne blev statueret mandatsvig. Igen bekræfter dette pligten til at varetage kreditorernes interesser, og det antyder, at disse er sammenfaldende med selskabsinteressen i situationer, hvor der er stor fare for tab.

²¹ U1985.940/2H Højesterets dom

6. Hæftelsesgennembrud

En tredje, om end sjældnere, form for hæftelse er via hæftelsesgennembrud.

Terminologien er ikke ubetinget klarlagt, men anvendes her om den situation, hvor tredjepart identificeres med selskabet, og hvor den formelle hæftelsesbegrænsning, som findes i alle kapitalselskaber, her sættes (delvist) ud af kraft udenfor culpa. Man kan derfor betragte hæftelsesgennembrud som en delmængde af tilfældene for identifikation, hvor hæftelsen her ellers statueres på basis af culpa.²²

Et sådant hæftelsesgennembrud kan ske ved, at enten ejer, søsterselskab eller anden part, som på særlig måde har været indblandet i selskabets drift, men som ikke har gjort sig ansvarlig via culpøse handlinger, hæfter for selskabets gæld.

Der er (relativt) tidlige domme, hvor der statueres et sådant hæftelsesgennembrud.

UI1978.880H Inka-Print angår en sag, hvor et selskab A som et led i et forsøg på redning indtrådte i et samarbejde med et andet selskab C, således at A alene udførte lønarbejde for C, der leverede materialer og videresolgte de færdige produkter. I forbindelse med A's konkurs nægtedes C stilling som separatist i A's bo.

Her udtaler Højesteret, at:

"Formålet med den i 1969 trufne ordning har alene været at sikre det engelske selskabs tilgodehavende, og International har ikke udøvet nogen virksomhed hverken med hensyn til køb af råvarer eller salg af færdigvarerne, der solgtes for Inka-Prints regning og risiko. Under de

²² Jvnf. Anne Sofie Møller Nielsens redegørelse i Selskabsretligt hæftelsesgennembrud, kandidatafhandling, cand.merc.aud., s. 7-8

omstændigheder tiltrædes det, at der ikke ved samarbejdsaftalen er skabt en ret for appellant, der kan medføre separatiststilling..."²³

Her er der ikke tale om fuld identifikation, og heller ikke om hæftelse for selskabets gæld, men dog en form for identifikation så langt, at selskabet C ikke anses for at være tilstrækkeligt adskilt fra A til at kunne nyde fordelene af at være separatist i boet.

Tydeligere er tilfældet i *U1980.806V Frigor*, hvor et datterselskab D de facto blot optrådte som mellemed ved lønudbetalinger, trods den formelle adskillelse og den gyldige stiftelse. Moderselskabet A ejede alle aktier i D og aftog D's produktion for et beløb svarende til D's lønudgifter.

Under disse omstændigheder fandtes D's medarbejdere i forbindelse med dettes konkurs at kunne rette deres lønkrav også mod A. Som Landsretten udtaler:

"...findes der 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."²⁴

Her statueres formodentlig for første gang på dansk grund et hæftelsesgennembrud i forhold til et moderselskab, grundet i koncernens interne struktur, uagtet at selskaberne var adskilte, og regnskaber, økonomi, pengestrømme mv. ikke sammenblandedes.

Tilsvarende i *U1968.766H Flying Enterprise*, hvor Højesteret statuerede identifikation, også her begrundet i datterselskabets uselvstændighed og samdrift med moderselskabet, idet begge havde fælles direktion, manglende egne lokaler og

²³ U1978.880H Rettens kommentarer

²⁴ U1980.806V Rettens kommentarer

ansatte, såvel som manglende kapital til driften. Datterselskabet havde dybest set kun til opgave at administrere moderselskabets indtægter, hvorfor Højesteret statuerede identifikation til fordel for kreditorerne.

Såvel førnævnte *U1968.766H Flying Enterprise* som tidligere nævnte *U1978.880H Inka-Print* og *U1980.806V Frigor* angår konstruktioner, hvor datterselskaberne i bedste fald kan betragtes som filialer, og hvor de ikke rummer nogen funktion, der naturligt kunne skilles ud i et selvstændigt selskab. Bedømmelsen er således helt i tråd med H. V. Godsk Pedersens vurdering:

"Anderledes forholder det sig, hvis den funktion, der placeres i et særligt selskab, er af en sådan art, at det vil være praktisk talt utænkeligt at placere den hos en helt uafhængig tredjemand." ²⁵

En væsentlig målestok bliver derfor i mange tilfælde, om den i et særskilt selskab udskilte funktion kunne udbydes på markedet af et helt andet selskab. Dette ville i sagens natur kunne ske ved forskellige former for produktion, men ikke for dybt integrerede funktioner som f.eks. lønafregning, ejendomsbesiddelse mv. Selvom der her kan være en for så vidt legal selskabsretlig konstruktion, der måtte opfylde visse praktiske eller skattemæssige formål, vil den ikke kunne indkapsle risikoen, hvad angår kreditorer.

Hvad angår hæftelsesgennembrud og identifikation anses den vigtigste og mest banebrydende dom dog at være *U1997.1642H Midtfyn*,²⁶ der angår selskaber i relation til Midtjyskefestivalen, og hvor der statueres hæftelsesgennembrud til et søsterselskab.

²⁵ U1985B352H H. V. Godsk Pedersen, Civilretlig identifikation i forhold til kreditorer, afsn. 2.3

Højesteret gør ingen anmærkning til bogføringen eller forretningsførelsen i forbindelse med selve festivalen, de nærmere omstændigheder taget i betragtning. De måske til dels uoverskuelige pengestrømme anses grundlæggende for acceptable i betragtning af travlheden i forbindelse med festivalen, om end sammenblandingen bemærkes i præmisserne. Men i dommen betones først og fremmest forholdet mellem de to selskaber, Festivalselskabet og Restaurationsselskabet:

"Forpagtningsafgiften, der var uafhængig af omsætning og indtjening, var særdeles favorabel for Restaurationsselskabet i forhold til sædvanlige markedsvilkår, og yderligere afholdt Restaurationsselskabet over årene ikke alle de udgifter, som efter forpagtningsaftalen påhvilede dette selskab."

Og videre:

"...lægger Højesteret til grund, at der i betydeligt omfang skete en sammenblanding af selskabernes økonomi, og at den foretagne opdeling af virksomheden mellem de to selskaber indebar, at det ene - Restaurationsselskabet - fik mulighed for at opsamle langt den største del af overskuddet ved den samlede aktivitet, mens det andet - Festivalselskabet - år for år stod over for økonomiske risici, som var meget betydelige i forhold til selskabets aktuelle egenkapital".

Højesteret tiltræder herefter, at Restaurationsselskabet hæfter for Festivalselskabets gæld i hvert fald overfor Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor.

²⁶ ...der i parentes bemærket er første Højesteretsdom indenfor problemstillingen

Da festivalaktiviteten lovligt kunne udøves i selskabsform med den heraf følgende hæftelsesbegrænsning for selskabsejer - også i ét selskab, som blev kontrolleret og ledet af en enkelt person - og da det heller ikke efter bevisførelsen for Højesteret er godtgjort, at Peter Færgemanns personlige økonomi har været sammenblandet med selskabernes, tiltræder Højesteret, at der ikke er grundlag for at pålægge Peter Færgemann personligt at hæfte for Festivalselskabets gæld..."²⁷

I dommen nævnes der direkte, at Told og Skat er tvangskreditor, og at denne gæld i særlig grad nyder beskyttelse, idet Restaurations-selskabet "i hvert fald" hæfter for denne. Denne bemærkning modereres dog som tidligere nævnt i nogen grad af højesteretsdommerne Børge Dahl og Jørgen Nørgaard, der deltog i Højesterets votering:

"Det har ikke været tanken med denne del af Højesterets dom at introducere en sondring mellem kreditorer af 1. og 2. grad, endmindre at opbygge et særligt værn for offentlige kreditorer. Det forekommer imidlertid mere nærliggende at statuere gennembrudshæftelse - og for den sags skyld pålægge erstatningsansvar - over for kreditorer, som ikke kan gardere sig mod at få penge til gode, end over for kreditorer, som har anledning til og mulighed for at se situationen an, inden et tilgodehavende etableres..."

...[Højesterets formuleringer] er altså ikke udtryk for en almindelig bevægelse væk fra princippet om, at ingen hæfter personligt for et aktie- eller anpartsselskabs forpligtelser - men et udsagn om, at den

²⁷ U1997.1642H - Højesterets præmisser

undtagelsesløsning, som gennembrudshæftelse under alle omstændigheder må være, er lettest at nå frem til for tvangskreditorer"²⁸

Børge Dahls og Jørgen Nørgaards efterfølgende kommentar kaster et vist lys over de overvejelser, som ligger bag dommen.

Det slås bl.a. fast, at "i Højesterets dom er det ikke sammenblandingen af selskabernes økonomi, der i sig selv bærer afgørelsen".²⁹ Heri ligger en afvisning af, at det er sammenblandingen, der er udslagsgivende, eller at der statueres identifikation på basis af sammenblandet økonomi. Dette er derfor i modsætning til Jan Schans Christensens tanker om, at det var sammenblandingen af selskabernes økonomi, som berettigede hæftelsesgennembruddet.³⁰

I stedet fremhæves tre momenter, der tilsammen udgør de omstændigheder, under hvilke der statueres gennembrud; nemlig momenterne Festivalsselskabets manglende "polstring", Restaurationsselskabets rigelige ditto, samt forpagtningsaftalen dem imellem.

Dahl og Nørgaard skriver videre:

"Dommen statuerer gennembrudshæftelse i en situation, der kan betegnes som klassisk efter den juridiske litteratur om gennembrudshæftelse. 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,

²⁸ U2000B.399, af Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

²⁹ Samme

³⁰ Jvnf. Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 3. udg., Thomson Reuters, 2009, s. 185

der er genereret af den risikoprægede aktivitet, placeres i et andet selskab." ³¹

Endvidere gør Dahl og Nørgaard gældende, at der allerede ud fra forarbejderne til Aktieselskabsloven fra 1973 kan findes støtte til i nogle tilfælde at statuere gennembrudshæftelse. Her står der nemlig:

"I overensstemmelse med den foreliggende enstemmige indstilling har man anset det for naturligt og rimeligt at tillade énmandsaktieselskaber. Den særlige fare for misbrug til skade for kreditorerne må beskyttes gennem lovens regler om aktieselskabers regnskab og revision... i forbindelse med visse skærpedelser af konkurslovens regler og eventuelt af retspraksis om hovedaktionærens erstatningsansvar eller hæftelse for selskabets gæld" ³²

Det faktum, at der statueres hæftelsesgennembrud overfor et søsterselskab, er ofte blevet udlagt som en nyskabelse, mens Dahl og Nørgaard omvendt synes at betragte dommen som klassisk og traditionel indenfor sit felt.

Det kan her ikke udelukkes, at dette har en sammenhæng med Restaurations- selskabets delejerskab af Festivalselskabet, som Dahl og Nørgaard også nævner i artiklen. Restaurations- selskabet ejede 20% af Festivalselskabet, og selvom det ikke var nok til selskabsretligt at etablere en koncern, eftersom Peter Færgeman ejede 35%, var der dog skatteretligt en koncern, ligesom strukturen i øvrigt er meget lig de tidligere omtalte "two cab" sager, hvor risikoen indkapsles i et uselvstændigt datterselskab (her

³¹ U2000B.399, af Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

³² FT 1972-73, tillæg A, sp. 4435

dog i Festivalselskabet), og hvor tillige de indbyrdes samhandelsaftaler er det fordel for moderselskabet.

Hvis de forskellige momenter tilsammen motiverer Højesteret til at behandle de to selskaber i Midtfyn sagen som en koncern, er dommen helt analog til andre gennembruds- eller identifikationsdomme, som f.eks. den tidligere nævnte **U1980.806V Frigor**.

Alene vurderingen ud fra en helhed af momenter skiller dommen ud, og man kan argumentere for, at der reelt er fældet dom iflg. "forholdets natur". I princippet har der alle dage været en ulovhjemlet adgang til at statuere hæftelsesgennembrud, idet Højesteret blot har skullet fælde dom efter forholdets natur,³³ (hvorefter præjudikatet, jvnf. Sv. Gram Jensen,³⁴ vil kunne findes i form af den netop opståede retspraksis).

I Midtfyn dommen er der netop ikke tale om hæftelsesgennembrud overfor en majoritetsaktionær, som de omtalte forarbejder tillader, at der rettes hæftelse imod. Det virker derimod til, at man har fundet en modsatrettet afgørelse så urimelig, at man under stiltiende henvisning til forholdets natur har strakt grænserne for hæftelsesgennembrud og dermed skabt præcedens for noget tilsvarende fremover. Dog må det bemærkes, at domme på basis af forholdets natur pr. definition er snævre og deres præjudikatværdi tilsvarende svagere.

³³ Om end muligheden af hensyn til såvel retsfølelse som retssikkerhed må anvendes med forsigtighed.

³⁴ U2009B.95, Docent emeritus, ph.d., Sc. Gram Jensen, Om forholdets natur og denne retskildes relation til selve retskildebegrebet

Der kan nævnes et par mere eller mindre omdiskuterede sager, hvor der omvendt ikke blev statueret hæftelsesgennembrud. Først og fremmest **U1997.179H**, der angår en erstatningssag for nogle staldbygninger. Søren Friis Hansen redegør for dommen,³⁵ og kort fortalt er situationen, at ejeren K af selskabet K Aps., som bl.a. arbejdede med opførelsen af staldbygninger, over tid havde trukket disse aktiviteter over i et andet af ham ejet selskab, formodningsvist af hensyn til en potentiel/verserende sag mod selskabet K Aps. for konstruktionsfejl. Fejlene konstateredes i 1985, en sagkyndig besigtigede bygningerne i 1987, og søsterselskabet blev stiftet i 1988, mens selskabet K Aps. blev taget under konkursbehandling i 1989, hvor der blev søgt dækning hos ejeren K.

Højesteret udtalte, at:

"Som sagen forelå oplyst, fandtes der ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at B havde benyttet sin bestemmende indflydelse i de 2 selskaber til at tilrettelægge forbindelserne på en sådan måde, at han efter almindelige erstatningsregler kunne gøres personligt ansvarlig for G's tab. Højesteret fandt det under de foreliggende omstændigheder rettest at hæve sagens omkostninger for landsret og Højesteret." ³⁶

Formuleringen lader forstå, at sagen ikke på vippen, og Werlauff påpeger, at den foretagne omkostningsophævelse viser, at identifikation var yderst nærliggende.³⁷ Søren Friis Hansen plæderer for en kodificering i tråd med tysk koncernret, men

³⁵ Søren Friis Hansen, *Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold*, Julebog 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 127-

³⁶ U1997.179H, Højesterets dom

³⁷ Erik Werlauff, *Selskabsret*, 8. Udg., Thomson-Reuters, s. 582

mener tillige, at der i den konkrete sag kunne være statueret et erstatningsansvar for K med støtte i generalklausulen og selskabsinteressen:

"Det kriterium, der efter min mening kunne have båret en afgørelse, som pålagde K et erstatningsansvar i den foreliggende situation, er det faktum, at K, der besad samtlige ledelsesposter i koncernen, efter at være bekendt med, at der bestod erstatningskrav mod K ApS, traf beslutning om, at al aktivitet i K ApS skulle overføres til KKT ApS. Denne beslutning ... må konkluderes at have været til skade for K ApS's interesser, og dermed tillige til skade for selskabets kreditorer, herunder B, men den var til gavn for koncernen som helhed." ³⁸

Som sagen er beskrevet, forekommer det nærliggende at statuere hæftelsesgennembrud som i *U1997.1642H Midtfyn* eller erstatningsansvar som i *U2006.3050H Taster Wine*, idet sagen har lighedspunkter med begge, men man må selvsagt tage forbehold for, om den konkrete bevisbyrde er løftet, hvilket Højesteret altså ikke fandt. Man må også erindre, at der altid vil være domme, som falder på den tilsyneladende "forkerte" side af en ikke altid klart defineret skillelinje, og at forekomsten af sådanne ikke er væsensforskellig fra, hvis en dom f.eks. ikke fastlægger håbløshedstidspunktet helt korrekt. Man må blot konstatere, at den pågældende sag under de foreliggende omstændigheder lå på vippen, og med en vis sandsynlighed markerer en grænsedragning i forhold til hæftelsesgennembrud.

Et andet tilfælde, som i princippet kunne have kaldt på spørgsmål om hæftelsesgennembrud er sagen omkring Dansk Eternitfabrik, der med tanke på verserende erstatningssager lagde den fremtidige drift over i et nyt selskab (Newco) i

³⁸ Søren Friis Hansen, *Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold*, Julebog 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 139

samme koncern, mens kreditorerne blev henvist til at rette deres krav mod de dermed fastfrosne værdier i det gamle selskab.

Betingelserne for en sådan overførsel af aktiviteter er, at der handles på armslængdevilkår og til uangribelige handelsværdier.³⁹

Når bortses fra dette, er motiverne de samme, som i den tidligere nævnte sag *UI1997.179H*, nemlig at flytte fremtidige aktiviteter til et nyt selskab og dermed begrænse kreditorernes adgang til fyldestgørelse i den fremtidige drift.

Man kan godt i nogen grad sympatisere med Anne Sofie Møller Nielsen, der mener, at begge sager, således også sagen omkring Dansk Eternitfabrik, "støder ens retsfølelse".⁴⁰ Et selskab, der har et forventeligt årligt overskud på f.eks. 10 mio., kan jo dog i løbet af f.eks. 30 år betale 300 mio. til kreditorer, hvilket rimeligvis kan overstige den daværende egenkapital og dermed de værdier, der er tilgængelige for kreditorerne, efter at driften er overført til et nyt selskab. Man kan her betvivle, om "uangribelige handelsværdier" alene er de bogførte værdier, eller om de også bør omfatte tilbagediskonteret fremtidig indtjening. En problemstilling, der bliver så meget desto større, hvis der er forventning om stigende indtjening. Retspraksis synes dog at anerkende en sådan konstruktion.

Skal man sammenligne de nævnte sager, så er forskellen den åbenbare, at i tilfældet Dansk Eternitfabrik fastfryses aktiverne, mens de i tilfældet Taster Wine trækkes ud.

³⁹ Se Erik Werlauff, *Selskabsret*, 7. udg., Thomson, s. 717

⁴⁰ Anne Sofie Møller Nielsen, *Selskabsretligt hæftelsesgennembrud*, Kandidatafhandling, Cand.merc.aud., s. 47

I sagen om staldbygningerne kan man med en vis ret argumentere for, at aktiverne fastfryses bortset fra lønudbetalinger, idet sagsøgte forklarede at:

"det tog for lang tid at komme af med de faste omkostninger i selskabet, herunder løn til en ingeniør, en teknisk tegner, ham selv og hans hustru, der førte bogholderiet".⁴¹

Der er jo dog her tale om til en vis grad lovbestemte udgifter, idet opsigelsesvarsler mv. er fastlagt i bl.a. Funktionærloven, hvorfor der måske kan argumenteres for, at kreditor må godtage sådanne tab.

Retspraksis synes her at indikere, at en øjeblikkelig fastfrysning af aktiver er uangribelig, et målrettet udtræk fremkalder hæftelse, mens en (vis) fortsat lønudgift netop falder indenfor det tilladte.

Tilsvarende kan man gøre gældende, at der i **UI1997.1642H Midtfyn** statueredes hæftelse overfor et søsterselskab, alternativt et pseudo-moderselskab, hvorved der alene statueres hæftelse indenfor en "koncern" af en form, og ikke overfor fysiske ejere, hvilket kunne gøres uden culpa. Derimod ville **UI1997.179H** nødvendiggøre hæftelse overfor en fysisk person,⁴² hvilket Højesteret (i tråd med Midtfyn dommen) synes uvillig til at statuere uden udtrykkelig culpa, hvorfor sagen måtte falde, da bevisbyrden for dette ikke fandtes løftet. Her synes retspraksis at indikere, at hæftelsesgennembrud langt lettere vil kunne statueres i et koncernforhold, end

⁴¹ Søren Friis Hansen, *Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold*, Julebog 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 129

⁴² Ganske vist indgik K Aps. i en koncern under moderselskabet GS, men i sagen blev der rejst krav mod ejeren K på basis af Generalklausulen, hvorfor retten var bundet til dette.

overfor en fysisk person. Dette i øvrigt med tråd med Lynges, Werlauffs og Ørgaards synspunkter.⁴³

⁴³ Lennert Lynges, Erik Werlauff og Niels Ørgaard, *Holdingselskaber*, 1. Udg. 1998, Forlaget Thomson, s. 58

Del 4. Konsekvenser

7. Parternes stilling

7.1 Eneanpartshavers risici

De situationer, som i det foregående er udledt af lovgivning og ikke mindst retspraksis, har tosidige konsekvenser, dels for selskabsejeren, i denne afhandling en eneanpartshaver, dels for potentielle kreditorer.

Hvad angår konsekvenserne for selskabsejeren, så er specialets fokus hæftelsesrisikoen i enkeltmandsanpartsselskaber. I relation til disse gør det særlige forhold sig gældende, at den daglige ledelse er sammenfaldende med ejerne og dermed generalforsamlingen. En direkte sammenligning med domspraksis må derfor tage højde for dette forhold. Tillige vil enkeltmandsanpartsselskabet typisk blive anvendt af f.eks. håndværksmestre, konsulenter, freelancere eller tilsvarende situationer, hvor "manden er selskabet", evt. med en enkelt eller nogle få ansatte, men hvor ingen af disse har ledelsesmæssige beføjelser.

Den eneanpartshaver, som har valgt at drive virksomhed i selskabsform, skal her i første omgang være særligt opmærksom på at identificere sig som selskab, når han afgiver ordrer på selskabets vegne. Den frihed fra personlig hæftelse, som ligger i kapitalselskaberne, herunder anpartsselskabet, kan meget hurtigt annulleres ved uklare og tvetydige tilkendegivelser udadtil.

I et enkeltmandsanpartsselskab vil der i sagens natur ikke kunne opstå hæftelse som følge af manglende driftmæssig adskillelse, om end det kunne finde sted i en eneejet koncern, hvis man valgte denne konstruktion.

Imidlertid spiller culpa en væsentlig rolle for hæftelsen i eneanpartsselskaber, både som direkte følge af domspraksis og analogt til tilsvarende hæftelse overfor dominerende hovedaktionærer.

Det giver sig selv, at hæftelsesbegrænsningen i kapitalselskaber ikke er til for at gardere ejeren/ejerne imod hæftelse som følge af svig, ond tro og forsæt. Her vil enten blive statueret direkte og solidarisk hæftelse, eller alternativt vil regres fra arbejdsgiver overfor den ansatte (direktør) placere ansvaret, hvor det bør placeres.

Ved simpel uagtsomhed og i forbindelse med almindelige fejlskøn og fejl i forretningsførelsen måtte man som udgangspunkt antage, at alene selskabet hæfter, idet sådanne fejl almindeligvis ville falde under arbejdsgiveransvaret, hvor alene selskabet hæfter for den ansattes skadevolden i forbindelse med ansættelsen.

Tilsvarende kan siges angående simpel uagtsomhed, hvor arbejdsgiver som hovedregel er afskåret fra at gøre regres gældende over medarbejdere. Endelig kunne man formode, at også beslutninger af eneanpartshaver, men truffet på generalforsamlingsniveau, ville kræve grov uagtsomhed for at forårsage hæftelse overfor ejeren, eftersom der principielt intet til hinder for, at man bedømmer den samme person i forskellige roller, således ud fra generalklausulen i Selskabslovens §108 og dens pendant i §127, afhængig af om beslutningen er truffet som led i den daglige drift eller på generalforsamlingsniveau.⁴⁴

Man kan i parentes rejse spørgsmålet, om en eneanpartshaver på generalforsamlingsniveau kan meddele sig selv decharge som daglig leder og derved omgå eller undgå ledelsesansvaret og derved (yderligere) begrænse en evt. hæftelse til

⁴⁴ At dette i praksis er en hårfin forskel, der uden vanskeligheder ville kunne misbruges til at føre alle større beslutningen op under generalforsamlingsniveauet, synes ikke at have generet lovgiver i forbindelse med forarbejderne.

selskabskapitalen. Det må dog besvares afkræftende, for Selskabsloven slår i §86 fast, at:

"En kapitalejer må ikke ... deltage i afstemning på generalforsamlingen om søgsmål mod kapitalejeren selv eller om kapitalejerens eget ansvar over for kapitalselskabet..."

Det fremgår af noterne til loven, at:

"Et medlem af kapitalselskabets øverste eller centrale ledelsesorgan må således ikke afgive stemme, f.eks. ved en afstemning om decharge"⁴⁵

Det er således klart, at mens der i kapitalselskaber med flere deltagere er en vis mulighed for at friholde ledelsen for personligt ansvar via decharge, er en sådan ikke til stede ved enkeltmandsanpartsselskaber.

Der er imidlertid en række tilfælde, som indikerer en strengere bedømmelse af eneanpartshavere. En klar dom, hvor der statueres hæftelse er således **U1999.326Ø**, hvor sagsøgte ganske vist plæderer for, at:

"...der ikke er grundlag for at gøre sagsøgte som direktør og indehaver af anpartskapitalen personlig ansvarlig, idet sagsøgte højst har udvist simpel uagtsomhed..."⁴⁶

⁴⁵ Karnov: Kommentar til Selskabslovens §86

⁴⁶ U1999.326Ø Sagsøgtes procedure

Men hvor Landsretten derimod konkluderer, at:

"Under disse omstændigheder [at sagsøgte var direktør og eneandelsudøver] findes sagsøgte at måtte hæfte på lige fod..."⁴⁷

Landsretten tager ikke i dommen klar stilling til, om der er begået grov uagtsomhed eller simpel uagtsomhed,⁴⁸ men dommen kan lettest forstås sådan, at uanset hvilken form for uagtsomhed, der er begået, så vil en eneandelsudøver hæfte solidarisk med selskabet, hvis han har begået culpøse handlinger som direktør for selskabet. Det kan have spillet ind, at Microsoft som sagsøger var tvangskreditor, og det er sandsynligt, at anden form for simpel uagtsomhed, som ganske vist indirekte forårsager selskabet tab og måske konkurs, og som derved indirekte påfører andre kreditorer tab, her er undtaget. Det samme gælder **U1998.166Ø**, hvor selskabets ledelse og eneandelsudøver idømmes hæftelse på lige fod med selskabet.

Der kan derfor næppe være tvivl om, at domstolene bedømmer eneandelsudøvere strengere, og at der i disse tilfælde er væsentligt mindre margin, førend personlig hæftelse for selskabets gæld indtræder. I de konkrete situationer er culpa dog langt udover simpel uagtsomhed, og dette faktum har antageligt spillet ind ved domsafsigelsen.

Fraset risikoen for personlig hæftelse, så antages det dels, at et selskabs ledelse, og til dels tilmed dets kapitalejere, iflg. Selskabslovens §361 og §362 er erstatningspligtige for skader forvoldt ved overtrædelse af Generalklausulen i SL §108 og den tilsvarende bestemmelse i §127, alternativt at der iflg. EAL §23, at der i nogle tilfælde kan gøres

⁴⁷ U1999.326Ø Landsrettens dom

⁴⁸ Man må reelt formode mindst grov uagtsomhed eller forsæt.

regres gældende overfor medarbejdere, i særdeleshed ved grov uagtsomhed eller hos ledende medarbejdere.

Således må eneanpartshaverens stilling være den, at der ved culpa - også i form af simpel uagtsomhed - enten vil kunne gøres regres gældende, f.eks. fra selskabets bo i forbindelse med en konkursbehandling eller fra tredjepart, ikke mindst offentlige tvangskreditorer, alternativt at der vil kunne idømmes hæftelse. Eneanpartshaverens stilling er her ikke væsentligt forskellig fra ejeren af den personligt drevne virksomhed, når bortses fra tab forårsaget af uforudsete markedsmæssige omstændigheder.

Endelig er der den sjældnere, men dog reelle, risiko for at hæfte i kraft af et hæftelsesgennembrud. Dette vil kunne ske, hvis en eneanpartshaver har udsultet selskabet, udtrukket for meget kapital eller som led i driften har tiltrådt ufordelagtige aftaler af hensyn til andre, f.eks. andre selskaber ejet af vedkommende selv eller af nærtstående. Alternativt måske tillige, hvis eneanpartshaveren har lavet en selskabsretlig konstruktion, f.eks. i form af en koncern af eneejede selskaber, alene med henblik på risikoafdækningen.

7.2 Kreditorers muligheder

Et selskabs kreditorer kan, hvis de ikke kan få dækning i selve selskabet eller i form af åbenlyse aftaler om f.eks. kaution, i nogle tilfælde søge dækning andetsteds.

I første omgang kan der være tale om forveksling. Hvis selskabets ejer ikke tydeligt har udpeget selskabet som ordregiver eller som modtager af lån eller andre ydelser, er der stor sandsynlighed for, at der i stedet kan rettes krav mod ejeren. I særdeleshed

ved et enkeltmandsaktieselskab er risikoen for forveksling stor, hvis f.eks. selskabet lyder samme navn som ejeren, eller ejeren tager kontakt i eget navn uden tilstrækkeligt klart at præsentere sig som direktør for selskabet.

Det gælder i sagens natur, at såfremt der er opstået en sådan forveksling, er spørgsmål om culpa overfor selskabet irrelevante. Selv hvor sådant måtte være tilfældet, hæfter ejeren alligevel i kraft af forvekslingen.

I de tilfælde, hvor der imidlertid klart er indgået aftale med et selskab, kan der være culpa. Hvis ejeren har overtrådt generalklausulen og ikke varetaget selskabets interesser, f.eks. i begunstigende kontraktforhold, kan der i stedet rettes et erstatningskrav mod ejeren, ligesom ejeren kan risikere at hæfte for culpøse handlinger, f.eks. i forbindelse med erstatningskrav, produktansvar eller drift udover håbløshedstidspunktet.

I *U1997.364H Satair* slår dommen fast, at der kan dømmes efter simpel uagtsomhed, efter almindelige erstatningsregler, men i øvrigt statueres der ledelsesmæssigt ansvar, hvor ansvar indtræder allerede ved simpel uagtsomhed.

I *U1999.326Ø* idømmes solidarisk hæftelse i det tilfælde, hvor netop en eneejer begår retsbrud overfor tredjemand i selskabets regi, og dermed skaber en tvangskreditor. Dommene indikerer også, at kreditorbeskyttelsen vil slå igennem med større styrke, når der er tale om en tvangskreditor.

Endelig er det i nogle tilfælde muligt at rette kravet mod enten ejeren eller tilknyttede selskaber i f.eks. en koncern, hvis der kan statueres hæftelsesgennembrud grundet

den måde, selskaber sammen er drevet på, og f.eks. den deraf følgende udsultning af det konkrete selskab, eller alternativt underkapitalisering af datterselskab.

Da hæftelsesgennembrud ikke er almindeligt forekommende, vil det dog kun være en eventuelt sidste udvej, hvis der f.eks. ikke kan rejses sag på basis af culpa eller forveksling.

Del 5. Retssikkerhed og retsusikkerhed

8. Uafklarede områder

8.1 Solidarisk hæftelse med selskab

I nogle tilfælde er der i domspraksis statueret hæftelse for en eneselskabsejer, uanset at man i de konkrete tilfælde, *U1999.326Ø*, *U1998.166Ø* og *U2009.2269V DK Flyt* vel lige så godt kunne have statueret hæftelse på basis af culpa i form af enten svig eller dog grov uagtsomhed.

Man kan forudsætningsvist antage, at domstolen valgte hæftelse på grund af det culpøse forhold, men det fremgår ikke af domspræmisserne, ifølge hvilke det afgørende var den stærke identifikation mellem selskabsejeren og selskabet, som gjorde, at han måtte bære hæftelse på lige fod med selskabet. Det er til dels uheldigt, at man ikke statuerer culpa, hvis det er dette, man dømmes ud fra, for det kan være af stor betydning, hvorvidt der anvendes culpa eller hæftelse.

Således kan man tænke sig et enkeltmands- og Partnerselskab, som går konkurs, og hvor retten efterfølgende finder, at driften er fortsat f.eks. 3 måneder ud over håbløshedstidspunktet, altså det tidspunkt, hvor ejeren burde have indset, at selskabet ikke kunne reddes. Under erstatning i kraft af culpa vil selskabsejeren, her også direktøren, blive pålagt erstatning alene for det ekstra beløb, som den fortsatte drift kostede kreditorerne, idet det jo dog er fuldt muligt, tilmed plausibelt, at man ved likvidation af selskabet 3 mdr. før ikke kunne have dækket alle kreditorernes krav.

Hvis der derimod statueres hæftelse, vil kreditorernes krav angå hele gælden, og ikke kun den unødvendige forøgelse heraf.

Der er således en latent risiko for, at en eneaktieholder vil blive idømt hæftelse i kraft af sammenfaldet mellem personen og selskabet og dennes daglige og enerådende drift af selskabet. En risiko, hvor grænsedragningen imidlertid er uklar og præmisserne ikke er entydigt afhængige af culpøse handlinger, endelige svig og forsæt.

8.2 Kapitalkrav, samhandel og hæftelsesgennembrud

I den juridiske litteratur er grænsen for hæftelsesgennembrud blevet formuleret sådan, at det indtræder, når et selskab er underkapitaliseret, hvis det ikke har kunnet rejse fremmedkapital på markedet, men har været henvist til at lade ejerne indskyde fremmedkapital, hvor de burde have indskudt egenkapital. Jvnf. Werlauff:

"Den afgørende form for underkapitalisering som begrundelse for hæftelsesgennembrud er således markedsrelateret underkapitalisering, der kan defineres som en økonomisk situation, hvor selskabet ikke, eller kun med betydelig vanskelighed, kan opnå tilførsel af fremmedkapital fra pengeinstitut på normale markedsrættelige vilkår, og hvor selskabsdeltagerne derfor ud fra en fornuftig erhvervsrættelig vurdering rimeligvis burde have tilført egenkapital med henblik på opretholdelse af selskabets eksistens og uafhængige handleevne." ⁴⁹

Et sådant synspunkt har meget for sig. Det harmonerer med udenlandsk lovgivning, hvor fremmedkapital indskudt af ejerne på et tidspunkt, hvor der burde være

⁴⁹ Erik Werlauff, Selskabsmasken, GEC Gads Forlag, 1991, s. 76

indskudt egenkapital, efterstilles i boet.⁵⁰ Desuden er det relativt målbart, idet man ved en analyse af et selskabs kapitalforhold og lånevilkår forholdsvist let vil kunne bedømme, om det har været underkapitaliseret ud fra disse kriterier.

Andre kriterier synes imidlertid at være anvendt i retspraksis. I *UI1997.1642H Midtfyn* var selskabets kredit i Bikuben tilsyneladende opnået på markedsvilkår, om end Restaurationsselskabet internt fungerede som "bank" for Festivalselskabet, og herunder formodentligt ikke til markedsvilkår, hvorfor argumentet kan fremføres her og genfindes som et af flere momenter i dommen, herunder vilkårene for den interne samhandel. I *UI1980.806V Frigor* er det dog ikke kapitaliseringsgraden, men strukturen, som lagdes til grund for hæftelsesgennembruddet.

Den begrænsede retspraksis gør det desuden vanskeligt at tegne et præcist billede af retstilstanden, hvorfor der er en vis retsusikkerhed på området.

Hæftelsesgennembrud ses i retspraksis i to tilfælde, dels mellem moder og datter, M og D, dels mellem to søsterselskaber, S1 og S2, omend der i det sidste tilfælde kan argumenteres for, at S1, som delvist ejede S2, blev behandlet analogt til et moderselskab i lyset af sagens andre momenter.

Det må anses for statueret, at der kan ske gennembrud internt i en koncern, jvnf. *UI1980.806V Frigor* og analogt til de amerikanske domme i "two cab" sagerne i *Robinson v. Chase Maintenance Corp.*,⁵¹ hvor der statueres hæftelse begrundet i den

⁵⁰ Se tysk rets GmbHG §32a

⁵¹ Jvnf. Erik Werlauff, *Selskabsmasken*, GEC Gads Forlag, 1991, s. 38, note 74

særlige ejerstruktur, hvis primære formål var at afgrænse hæftelsen til en række (lavt kapitaliserede) datterselskaber. Altså mellem M og D.

Dette harmonerer med det synspunkt, som fremsættes af Werlauff, hvor det antages, at man ved kontrahering med et kapitalselskab som juridisk person accepterer en vis hæftelsesbegrænsning, men ikke nødvendigvis, at man dertil accepterer denne yderligere reduceret indenfor samme koncern.⁵²

Midtfyn dommen repræsenterer også et hæftelsesgennembrud - her overfor et søsterselskab. Kritisk overfor dette er dog Jan Schans Christensen, der anfører, at der i stedet er sammenblanding af selskabernes økonomi, og at der på det grundlag kan statueres identitet, og at dommen derfor bør betragtes som hørende til de domme, der angår sammenblanding af selskabers formue.⁵³ Jvnf. Børge Dahls og Jørgen Nørgaard, der voterede i Midtfyn dommen, kan dette dog ikke anses for gældende.⁵⁴

Man må tillige ud fra dommens præmisser formode, at den til dels sammenblandede økonomi ikke var det bærende moment.

I dommen anfører Højesteret, at:

"...den foretagne opdeling af virksomheden mellem de to selskaber indebar, at det ene - Restaurationsselskabet - fik mulighed for at opsamle langt den største del af overskuddet ved den samlede aktivitet"

55

⁵² Erik Werlauff, *Selskabsmasken*, GEC Gads Forlag, 1991, s. 103, note 247

⁵³ Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 3. udg., Thomson Reuters, 2009, s. 185

⁵⁴ U2000B.399, Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

⁵⁵ U1997.1642H, Højesterets dom

Det samme går som tidligere nævnt igen i Børge Dahls og Jørgen Nørgaards kommentar, hvor det ovennævnte indgår som et af flere momenter.

Imidlertid kan man i begge tilfælde spørge, hvordan retsstilling ville være, hvis moderselskabet hhv. det ene søsterselskab erstattedes af en fysisk person. Altså sådan, at en eneandehaver trak kapital ud af D, eller sådan at en eneandehaver af S lod dette indgå i åbenlyst ufordelagtige aftaler med en af eneandehaveren personligt drevet virksomhed.

Det er vanskeligt at se, at der er nogen reel forskel på de to situationer, og det umiddelbart nærliggende ville ud fra det foregående være, at eneandehaveren i givet fald hæftede.

Det er imidlertid værd at bemærke Højesterets bemærkning i Midtfyn:

"Da festivalaktiviteten lovligt kunne udøves i selskabsform med den deraf følgende hæftelsesbegrænsning for selskabsejer - også i ét selskab, som blev kontrolleret og ledet af en enkelt person - og da det heller ikke efter bevisførelsen for Højesteret er godtgjort, at Peter Færgemanns personlige økonomi har været sammenblandet med selskabernes, tiltræder Højesteret, at der ikke er grundlag for at pålægge Peter Færgemann personligt at hæfte for Festivalselskabets gæld eller for at pålægge ham erstatningsansvar i anledning af selskabskonstruktionen"

56

⁵⁶ U1997.1642H, Højesterets dom

Dette uddybes af Dahl og Nørgaard:

"Det kunne ikke kritiseres, at A drev festivalvirksomheden i anparts- eller aktieselskabsform - de fleste andre i hans sted ville nok have gjort det samme - og der er ikke holdepunkter for, at A's personlige økonomi havde været sammenblandet med selskabernes. Det kritisable var skævvridningen mellem Festivalselskabet og Restaurationsselskabet, og i alt fald når den var elimineret ved at pålægge Restaurationsselskabet hæftelse, var der ikke grundlag for at pålægge A personligt at hæfte ... eller for at pålægge ham erstatningsansvar efter en culpanorm i anledning af selskabskonstruktionen..."⁵⁷

Højesteret synes hermed at udvise en stor uvillighed til at statuere hæftelsesgennembrud overfor fysiske personer. Man kunne jo dog have statueret hæftelsesgennembruddet og derefter ladet det være op til domfældte, hhv. boet, at udrede beløbet via udtræk fra det overskudsgivende selskab. I stedet falder man tilbage på, hvad man kunne kalde en hypotetisk eller fiktiv konstruktion, hvor man handler, som om der var tale om ét selskab eller én koncern.⁵⁸

I givet fald er det helt analogt til de tidligere nævnte, amerikanske "two cab" sager, hvor der også kun statueredes hæftelsesgennembrud i relation til moderselskabet, men ikke til dettes ejer.

⁵⁷ U2000B.399 Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

⁵⁸ Her kan man enten betragte det som en koncern, M og D, med hhv. Restaurationsselskabet og Festivalselskabet i de respektive roller. Eller man kan betragte det, som om de to selskaber var eneejede datterselskaber, R og F, af et tomt, men fiktivt holdingselskab H, og hvor der vel indtræder hæftelsesgennembrud i forhold til H, som må dækkes ind via overskuddet i R, men hvor der ikke indtræder hæftelsesgennembrud i forhold til ejeren E.

Helt samme problemstilling synes som nævnt at afspejle sig i **UI1997.179H**, også her uden at det dog specifikt nævnes i præmisserne.

Der er således begrænset og til dels tavs retspraksis at vurdere ud fra, men man kan vel antage, at såfremt en person P havde været direktør i begge selskaber i Midtjylland sagen, og de hver især havde en ikke sammenfaldende ejerkreds, ville der i stedet været statueret culpa (eller hæftelse) ud fra Generalklausulen på basis af manglende varetagelse af selskabsinteressen hos Festivalselskabet i form af en for denne ufordelagtig forpagtningsaftale.⁵⁹ Tilsvarende hvis der kontraheres med en personlig virksomhed, eller hvis en fysisk person agerer som "moderselskab" og underkapitaliserer et enejet selskab, hvorigennem en indtægtsgivende, men risikofyldt drift finder sted.

I dette tilfælde vil det nok også være fejlagtigt at antage muligheden for hæftelsesgennembrud i forhold til en tredjepart, medmindre driften har været koordineret i en sådan grad, at konstruktionen de facto har været ét selskab eller en koncern.

Den retlige stilling for eneanpartshaveren i relation til kapitalkrav, samhandel og underkapitalisering er derfor til dels uafklarede i retspraksis. Det må klart antages, at en enekoncernejer med et moderselskab og et af dette enejet datterselskab ikke vil kunne underkapitalisere driftsselskabet, typisk datterselskabet, uden at risikere hæftelsesgennembrud til moderselskabet. Den eneanpartshaver, der har et underkapitaliseret eller svagt kapitaliseret selskab vil derimod kun tvivlsomt blive

⁵⁹ Hvilket der ret beset nok også kunne i Midtjylland sagen, hvorfor man må formode, at det ville have været et realistisk alternativt, såfremt der ikke havde været dækning i søsterselskabet.

udsat for hæftelsesgennembrud, men i stedet løbe en risiko for erstatning i kraft af culpa, som f.eks. i *U2006.3050H Taster Wine*.

8.3 Omsorgspligten for tvangskreditorer

Tæt knyttet til kapitalkravet er hensynet til kreditorer, her ikke mindst tvangskreditorer og i særlig grad Told og Skat. I flere af de nævnte domme anføres hensynet til skatte- og momsgæld som tungtvejende, enten i relation til et hæftelsesgennembrud, som ved Midtfyn, eller i relation til betalingsevne, som i Satair.

Imidlertid er grænsedragningen usikker, og hvor langt en selskabsejer skal gå for at sikre Told og Skat mod tab er til dels uafklaret i retspraksis.

Det er vanskeligt at hævde det synspunkt, at selskabsejer(e) skal sikre det kapitalniveau, som vil sikre Told og Skats krav i enhver situation. Under sådanne præmisser kunne det være culpøst at fortsætte driften af et overskudsgivende selskab, hvis dette opererede på et stærkt volatilt marked, hvor et pludseligt og uventet, men dog tænkeligt, drastisk fald i omsætningen ville indebære risiko for selskabets overlevelse.⁶⁰

Desuden tillader dansk lovgivning etablering af kapitalselskaber med hhv. 125.000 og 500.000 i kapital, sideløbende med at man stiller særlige kapitalkrav, hvor lovgiver specifikt har ønsket dette, f.eks. til bank- og forsikringsvirksomhed.

⁶⁰ Følger man argumentationen til dørs kunne man endda betvivle, at f.eks. Danske Bank ville have kunnet overleve finanskrisen uden statsindgreb, hvorfor man kunne postulere culpa for utilstrækkelig kapitalisering i forhold til det marked, banken opererer på. Dette er selvfølgelig en absurd konklusion, som blot understreger præmissens mangler.

Werlauff argumenterer for, at et tilstrækkeligt stort misforhold mellem aktiviteter og kapital kan udløse hæftelsesgennembrud:

"Det afgørende bliver imidlertid ikke de absolutte beløb, men værdispringet mellem på den ene side omfang og risiko af selskabets virksomhed og på den anden side dets kapitalgrundlag. Er værdispringet eksorbitant, kan gennembrud være nærliggende." ⁶¹

Omvendt kan man argumentere ud fra synspunkter omkring retssikkerhed og forudsigelighed, at når lovgiver har formuleret absolutte krav, og tillige specifikke krav på særlige områder, så må det have formodningen imod sig, at der i tillæg hertil kan statueres ulovregulerede kapitalkrav, f.eks. baseret på en virksomheds kapital i forhold til dens omsætning.

I de tilfælde, hvor der har været et stort kapitaludtræk med det klare formål at undgå hæftelse overfor kreditorer, er der statueret culpa, og i de tilfælde, hvor driften af et selskab er fortsat på et tidspunkt, hvor ledelsen burde have indset, at selskabet ikke kunne reddes, er der også statueret culpa. Tvangskreditorer, herunder Told og Skat, synes derfor (i nogen grad) beskyttet gennem lovens almindelige regler og den udviklede retspraksis.

Hensynet til tvangskreditorer synes at slå stærkest igennem i relation til hæftelsesgennembrud, hvorfor en markedsmæssig underkapitalisering især her vil være det afgørende moment. Imidlertid kan såvel volatile markeder, kriser som erstatningssager være af en sådan størrelsesorden, at egenkapitalen er utilstrækkelig til at dække tvangskreditorers gæld. Man må derfor tillige antage et niveau af uansvarlighed, som dog ikke er tilstrækkeligt til at statuere culpa.

⁶¹ U1986B.393 Erik Werlauff, Selskabsretligt ansvarsgennembrud, afsn. 13

Retsstillingen for eneselskabsejer synes derfor at være et krav til en skærpet opmærksomhed overfor moms- og skattegæld, uden at det dog er muligt at identificere dette præcist i forhold til anden gæld, og uden at det præcist er muligt at definere kravet til selskabets soliditet. Den manglende klarhed skaber også her en vis retsusikkerhed.

8.4 Selvstændig selskabsinteresse i et enkeltmandsselskab?

Det er til dels omstridt, i hvilken grad der består en selvstændig selskabsinteresse, og i særdeleshed hvori denne består. Generalklausulens forbud mod at gøre noget "på kapitalselskabets bekostning" antyder en vis egen selskabsinteresse, og Werlauff er på linje hermed:

"Selskabsinteressen som selvstændig bærer af ret fremgår forudsætningsvis af inhabilitetsbestemmelserne på ledelsesplan i AL §58, en begrænset inhabilitetsbestemmelse på generalforsamlingsplan i AL §67 stk. 4 kapitalsikrings- og bevarelsesreglerne i AL §6ff, §69a og §115 samt af nyere retspraksis om mandatsvig i selskabsforhold. Generalklausulerne i AL §§63 og 80 er meget centrale udtryk for selskabsinteressen som selvstændig rettighedsbærer"⁶²

Kritisk hertil er Jan Schans Christensen:

"Selskabet er som juridisk konstruktion ikke 'født' med en egen interesse, selvom der f.eks. i SL §§108 og 127, stk. 1, tales om utilbørlige beslutninger på 'kapitalselskabets bekostning'. Retsordenen kan

⁶² Erik Werlauff, Selskabsmasken, s. 22-23

imidlertid vælge at definere, hvilke interesser selskabet skal forfølge..."⁶³

Og videre:

"På denne baggrund forekommer det mest hensigtsmæssigt at lade kapitalejernes kollektive, langsigtede interesse i selskabet være afgørende for udøvelsen af skøn på områder, hvor lovgivningen ikke indeholder særlige forskrifter." ⁶⁴

Jan Schans Christensen drager hertil en sammenligning i forhold til et interessentskab. Ingen betvivler, at et I/S har til formål at skaffe indtjening til deltagerne, kun underlagt lovgivningsmæssige krav til driften. At der skulle ske et fundamentalt skifte, og en ny interesse komme på banen, hvis interessentskabet blev omdannet til et kapitalselskab, er iflg. JSC derfor tvivlsomt.

Man overser imidlertid her den klare forskel, der består mellem et interessentskab og et kapitalselskab, idet interessenterne i det første hæfter overfor kreditorerne, hvorimod disse er henvist til alene at rette krav mod selskabet i det sidstnævnte tilfælde. Det er antageligvis rigtigt, at motiverne for at drive virksomhed er de samme, enten denne drives i interessentskabsform eller i selskabsform, nemlig sikringen af overskud til ejerne. Det må også forudsættes, at et kapitalselskab ikke har pligt til at varetage kreditorers interesser og velbefindende i øvrigt, ej heller særlige samfundsmæssige hensyn. Selskabsinteressen vil til gengæld - og alene - udspringe af hæftelsesbegrænsningen og af det deraf afledte hensyn til selskabets aktuelle og potentielle kreditorer af forskellig slags.

⁶³ Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber, s. 246

⁶⁴ Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber, s. 249

Man må derfor konkludere, at begrebet selskabsinteressen er et udtryk for den kumulerede interesse hos selskabets stakeholder's, altså kreditorer, medarbejdere, andre kontrahenter, foruden deltagere og kapitalejere, for så vidt som f.eks. medarbejdere også vil kunne stå med et udækket lønkrav i tilfælde af konkurs.⁶⁵ Men samtidig har den karakter af en slags eventualret, som kun træder i kraft, når disses interesser er på spil. Et selskab, der betaler sine kreditorer og overholder lovene, er jo frit til at efterstræbe gevinstmaksimering og frit til at trække nok så store summer ud, så længe førnævnte overholdes.

Med andre ord er et overskudsgivende og solidt selskab kun underlagt meget begrænsede hensyn til stakeholder's, f.eks. i form af krav om visse, begrænsede henlæggelser, i form af krav om revision af regnskaber, samt i form af medarbejderrepræsentation i bestyrelse/tilsynsråd i selskaber af en vis størrelse. I det øjeblik et selskabs solvens derimod er tvivlsom, tiltager ikke mindst kreditorernes interesser i styrke, i første omgang i form af krav om evt. genetablering af kapital eller ophør af virksomhedsdrift før håbløshedstidspunkt, men også efterfølgende ved muligheden for at statuere erstatning eller hæftelse. Hvis selskabets kreditorer ikke kan betales, er det her op til rettens delvist frie skøn at vurdere, hvorvidt driften indtil da var ansvarlig.

Vanskeligheden i forbindelse med et enkeltmands-anpartsselskab er at skelne mellem ejerens pligter som daglig leder og ejerens ret som ejer. Der er (selvsagt) her ingen konflikt mellem den daglige ledelse og kapital-selskabets ejere, men der vil kunne tænkes tilfælde, hvor ejerens langsigtede interesser er i konflikt med selskabsdriften.

⁶⁵ I det omfang et sådant dækkes af Lønmodtagernes Garantifond, erstattes den individuelle interesse vel af en bredere kollektiv hhv. samfundsmæssig interesse, uden at interessen dog derved ophører.

Det kan imidlertid betvivles, om samme beskyttelse gør sig gældende her. En direktør i et flerejet kapital selskab, som vælger at starte en konkurrerende virksomhed op, bryder både sin ansættelseskontrakt og sine forpligtelser overfor selskabets ejere og selskabet. En direktør i et selskab kan ej heller tage nye og anderledes forretningsområder op, som burde være udført i selskabets regi,⁶⁶ idet selskabet her anses for at have en interesse i sådanne.

En eneanpartshaver kan derimod næppe forpligtes til at starte nye forretningsområder op i regi af det allerede eksisterende selskab, uanset om dette ville forbedre overskud og soliditet og forbedre kreditorernes stilling. Der er ingen misligholdelse af ansættelsen i forhold til ejerne, og heller nogen krænkelse eller udsultning af mindretalskapitalhavere, og hans ret til at disponere over egen formue og egen virksomhed må antages at veje tungere end selskabets isolerede interesse. Faktisk kan man betvivle, at der i sådanne tilfælde overhovedet er en selskabsinteresse adskilt fra ejerens udover den ansvarlige drift med tanke på kreditorer.

Uanset om selskabsinteressen her anvendes i en meget indirekte betydning, så ligger det dog fast, at der er en smule retsusikkerhed, idet den nødvendige soliditet i nogle tilfælde kan være svær at forudsige, og idet lovpligtige kapitalkrav og lovpligtige hensættelser ikke altid er tilstrækkelige.

⁶⁶ Se Erik Werlauff, *Selskabsmasken*, s. 33, note 56

Del 6. Afslutning

9. Perspektivering

9.1 Sammenfald med retsøkonomisk teori

Retsøkonomien er en varieret og til dels omdiskuteret retning indenfor juraen. Simpelt skitseret søger retsøkonomien at belyse eller betone de økonomiske konsekvenser af love og regler, typisk tillige ud fra den præmis, at retsregler bør understøtte økonomisk efficiens som defineret af økonomisk teori.

Iflg. Thomas Riis er formålet med retsøkonomien desuden at:

"...systematisere eller raffinere det som jurister kalder for godtkøbsbetragtninger eller billighedsbetragtninger, for herigennem at generere juridiske argumenter." ⁶⁷

For Thomas Riis kan retsøkonomien også bruges lovgivningsmæssigt ved at lade det være økonomisk bebyrdende at handle ulovligt, ud fra den præmis, at aktørerne på markedet handler rationelt, og at love og regler på givne områder fungerer analogt til priser:

"...Hvis en stor del af befolkningen ikke overholder en bestemt regel, er det fordi prisen for ikke-overholdelse er for lav, som illustreret af Ford Pinto-sagen. Set fra lovgivers side kan dette reduceres til et spørgsmål om sanktioner i bred forstand. Fokus i retsøkonomi er på at ændre incitamenter, som så igen påvirker de økonomiske agents adfærd. De

⁶⁷ Thomas Riis, De Nordiske Juristmøder, 35, Retsøkonomi, s. 1147

her nævnte forhold følger af den umiddelbare anvendelse af neoklassisk mikroøkonomi".⁶⁸

Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen understreger retsøkonomiens rolle som moment ved lovfortolkning og retskildeanvendelse:

"En forholdsvis oplagt opgave for retsøkonomiske analyser i en juridisk sammenhæng er at bidrage til præcisering af forholdets natur.

Forholdets natur er en samlebetegnelse for forskellige hensyn og principper af ret ubestemt karakter, der uden større vanskelighed også kan omfatte økonomiske analyser."⁶⁹

Retsøkonomien betragtes almindeligvis ikke i sig selv som en retskilde, men det er interessant at belyse, i hvilket omfang konkrete retsregler og domme harmonerer med det, som udfra retsøkonomiske præmisser ville være det ideelle, og hermed tillige få et fingerpeg om, hvorvidt lovgiver hhv. domstole skeler til retsøkonomien eller intuitivt anvender retsøkonomiske afvejninger.

Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen mener da også, at retsøkonomien allerede spiller en rolle på nogle områder:

"Retsøkonomiske overvejelser har tidligt vundet almindelig accept inden for konkurrence/monopolretten. Til illustration af den tætte forbindelse behøver blot citeres den nye danske konkurrencelovs §1, ifølge hvilken "Loven har til formål at fremme en effektiv

⁶⁸ Thomas Riis, De Nordiske Juristmøder, 35, Retsøkonomi, s. 1153

⁶⁹ U1998B.476 Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen, Retsøkonomi og retskildelære, afsn. 4.4

samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence."

En snævrere sproglig sammenknytning mellem økonomi og jura kan næppe tænkes. Formuleringen er kun en lettere omskrivning af, hvad økonomer kalder "efficient allokering af ressourcerne"..."⁷⁰

De får her støtte af Eva Aaen Skovbo, som mener, at den tidligere diskuterede *U1997.1642H Midtfyn* baserer sig på retsøkonomiske overvejelser.⁷¹

Trine-Lise Wilhelmsen har på norsk foretaget en større analyse af en række domme - flest norske men også enkelte danske - ud fra et retsøkonomisk perspektiv, offentliggjort i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1/95, hvor hun i udgangspunktet skriver:

"Med et økonomisk udgangspunkt blir formålet med avtaleretten å sikre at individer oppnår sine mål ved å utveksle ytelser ved hjelp av løfter"⁷²

Hertil formulerer hun det lidt dristige spørgsmål: "I hvilken utstrekning bør løfter holdes for å vareta økonomiske effektivitetshensyn?"⁷³

Til dels er hendes svar i tråd med såvel almindelige aftaleretlige principper og almindelig rimelighed. Det er således hverken efficient eller rimeligt, at aftaler kan opnås via svig, eller at inkompetente aftaledeltagere kan fastholde på en for dem u hensigtsmæssig aftale.⁷⁴

⁷⁰ U1998B.476 Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen, Retsøkonomi og retskildelære, afsn. 4.2

⁷¹ Eva Aaen Skovbo, Advokaten 2004, nr. 1, s. 6, note 8

⁷² TfR, 1/95, Trine-Lise Wilhelmsen, § 36 og økonomisk effektivitet, s. 40

⁷³ Samme

⁷⁴ Således umyndige, evnesvage eller til dels den "svagere part" i et ulige forhold

Grundlæggende konkluderer TLW om aftaler:

"Overført til avtaleretten leder denne konklusionen til at avtaler inngået i et marked med perfekt konkurrence er økonomisk effektive, og derfor bør være bindende.

...

Hvis samtlige avtalevilkår aksepteres av rettsapparatet, vil perfekt konkurrence derfor gjøre parterne i stand til å lage den avtalen de verdsetter høyest.

Setter retten derimot avtalen helt eller delvis til side, vil retten blokkere partenes mulighet for nyttemaksimering." ⁷⁵

I sin analyse redegør Trine-Lise Wilhelmsen desuden for, at hverken bebyrdende klausuler eller tyngende avtalevilkår i sig selv gør en aftale ugyldig ud fra efficienshensyn, idet sådanne foranstaltninger ofte er rationelt begrundet og f.eks. kan sikre en lavere pris, idet aftaleparterne uden klausuler ville være nødt til at gøre yderligere og omkostningskrævende undersøgelser af modparten.

Overført til de førnævnte problemstillinger synes retsøkonomisk teori derfor at understøtte almindelige kreditorers hæftelse, idet denne er indtrådt på et frit (og tilnærmet fuldkomment) marked, hvor pris, hæftelse og indbyrdes rettigheder indgår i en helhed, som må forudsættes at være efficient for aftaleparterne, idet de ellers kunne have undladt at tiltræde aftale og hæftelse, eller alternativt kunne have sikret sig imod denne som en del af den konkrete aftale.

⁷⁵ TfR, 1/95, s.41-42

I tilfældet af culpa vil det retsøkonomisk måske bedst kunne bedømmes således, at aftalen ikke ville være indgået, medmindre den kunne forventes overholdt, og idet culpa i en eller anden form altid indebærer, at en indgået eksplicit eller implicit aftale misligholdes.

Iflg. Trine-Lise Wilhelmsen kan det ske, at en aftale bevæger sig væk fra de betingelser, som ville gælde for en ideel aftale, og her er løsningen "...at omformulere avtalen overensstemmende med hva partene selv havde ønsket om avtalen havde vært perfekt." ⁷⁶

Selvom det kan være vanskeligt at konstruere en sådan tænkt aftale, er det i det mindste nærliggende at antage, at den enkelte part ikke ville godtage øgede omkostninger i forhold til den aftalte pris under de givne forudsætninger, hvorfor sådanne omkostninger må bæres af den, som forårsager dem, her typisk den culpøst ansvarlige i form af en erstatning.

Noget tilsvarende må antages at gælde tvangskreditorer, som selvsagt ikke har ønsket at indtræde i kreditors rolle, men som formodningsvist og næsten pr. definition ville være villige til det mod sikkerhedsstillelse, hvorfor en særlig beskyttelse af tvangskreditorer kan anses for økonomisk efficient.

Dette kan også understøttes ud fra den retsøkonomiske betragtning, at risiko bør bæres af den, som har lettest ved at bære den, og hvor f.eks. risikoen for tvangskreditorer i tilfælde af produktansvar ville kunne pulveriseres på andre produkter, og idet det almindeligvis må antages at være mere efficient at lægge

⁷⁶ TfR, 1/95, s. 43

produktansvaret på producenten, eftersom denne har bedre adgang til at bedømme risikoen såvel som til at tage forholdsregler.⁷⁷

Samme tankegange går igen hos Carl Martin Roos, der i artiklen "Varför rättsekonomi?" gennemgår samme problemstilling:

"Särskilt stor betydelse har ekonomiska och rättsekonomiska argumenter på bolagsrättens och börsrättens områden. Man kan nästan tala om en ekonomisering av dessa områden."⁷⁸

Hvorefter han beskriver resultaterne af et arbejde af Henry Hansmann og Reinier Kaakman fra Yale Universitetet:

"Uppsatsen behandlar aktieägarnas ansvar för aktiebolagets skulde, dvs egentligen problemet om ansvarsgenombrott. Resultatet är ganska överraskande, nämligen att aktieägarne skall kunna krävas på utomobligatorisk skadestånd på linje med bolaget medan deras frihet från ansvar för rörelsens skulder skall kvarstå. Frågan är om dette inte är en mycket motiverad och kostnadsbesparende lösning, jfr senast Werlauffs behandling av ämnet.

Det intressantaste i uppsatsen ur rättsekonomisk synspunkt är författarnas analys av det begränsade ägeransvaret i aktiebolagsrätten ... Regeln om begränsat ansvar ger denne företagare incitament till okloka investeringar. Hans beslut behöver inte längre vara rationella eftersom han inte behöver risikera några kostnader. Regeln om

⁷⁷ Se evt. TfR, 1/95, s. 147

⁷⁸ TfR, 3-4/93, Carl Martin Roos, Varför rättsekonomi?, s. 243

begrænset ansvar gør at han kan externalisere risici og kostnader gennem at låne bolaget investera.

...

Däremot visar författarna att skadesståndsretten i USA tvingar fram bildandet av småbolag som har till enda syfte att ta emot skadeståndkrav. För att bemöta dette missbruk är författarnas förslag att tillåta generellt ansvarsombrott i fall av utomobligatoriske skadeståndkrav en god idé." ⁷⁹

Her er således både en retsøkonomisk forklaring på de tidligere nævnte "two cab" konstruktioner, såvel som et (rets)økonomisk argument for at tillade hæftelsesgennembrud ved tvangskreditorer, her skadelidte kreditorer.

Trine-Lise Wilhelmsen finder i sin førnævnte analyse, at et stort flertal på 181 domme ud af 228 er i overensstemmelse med (rets)økonomiske kriterier for efficiens.⁸⁰

Dette kan dels skyldes, at lovgivningen har fastlagt love, som er tråd med dette, måske også ud fra intuitive rimelighedsbetragtninger, men det kan også skyldes, at domstolene i tvivls- eller skønstilfælde hælder til retsøkonomiske rimelighedskriterier.

Hvis man betragter de domme, som er omtalt i tidligere afsnit, så må det også generelt konstateres, at de harmonerer med retsøkonomiske krav. Dette gælder hæftelsen for hhv. frivillige kreditorer og tvangskreditorer, og i særdeleshed gælder

⁷⁹ TfR, 3-4/93, Carl Martin Roos, Varfor rättsekonomi?, s. 243-244

⁸⁰ TfR, 1/95, s 217

det i tilfælde af culpa og hæftelsesgennembrud. Her synes der at blive taget et skyldigt hensyn til den uforvarende skadelidte, selvom man ud fra dommenes præmisser ikke direkte kan se, at der er taget retsøkonomiske hensyn.

Det er således ikke muligt at bekræfte retsøkonomi som en egentlig retskilde, men det er svært at afvise, at den vil udgøre en latent retskilde i de sager, som måtte ligge i en gråzone, og som reelt dømmes efter forholdets natur.

9.2 Retsøkonomiske problemstillinger

Det er vanskeligt at være uenig i retsøkonomiens grundlæggende tanke om, at love, regler og straf fungerer analogt til priser, og at man kan anvende dem på tilsvarende måde til adfærdsregulering. Det er heller ikke svært at være enig i tanken om, at retsregler som hovedregel skal være efficiente og opfylde parternes nyttemaksimering.

Imidlertid kan der rejses berettiget kritik af konkrete tanker og konklusioner indenfor retsøkonomien, og dermed også af, hvorvidt den er berettiget som potentielt retsskabende eller i det mindste retsudfyldende tanke.

Thomas Riis skitserer et anvendeligt eksempel på den retsøkonomiske tese om "efficient breach of contract" eller "efficient kontraktsbrud".⁸¹

Eksemplet går som følger: A skriver kontrakt om salg af sit hus til B for 1 mio. kr., mens A mener, det er 900.000 værd, og B mener, det er 1,1 mio. værd. Kort efter viser det sig, at C er villig til at betale 1,2 mio. for huset. Efter retsøkonomiens "efficiente

⁸¹ Thomas Riis, De Nordiske Juristmøder, 35, Retsøkonomi, s. 1161

kontraktbrud" forudsættes det, at A kan bryde salgsaftalen med B og i stedet sælge til C, blot B kompenseres fuldt ud.

Problemet er definitionen af "fuldt ud". I retsøkonomisk målestok er det B's relative tab, lig 100.000, idet dette var den gevinst, B ville have opnået ved at købe et hus til 1 mio., som han mente var 1,1 mio. værd. Hvis A derfor sælger til C for 1,2 mio, og giver 100.000 til B i kompensation, ville huset være allokeret efficient og alle parter være tilfredse.

Imidlertid kan man for det første argumentere for, at B burde have gevinsten, fordi han om ikke andet har en option på salget, og markedsprisen siden optionens indgåelse er steget fra 1 mio. til 1,2 mio. kr.⁸² I anden omgang kunne man argumentere for, at B måske havde en særlig følelsesmæssig præference for det pågældende hus, selvom han ikke mener, dets handelsværdi er højere. Kan B siges at være kompenseret "fuldt ud", hvis han ikke også følelsesmæssigt stilles, som før handlen blev aflyst?

Her kan man naturligvis indvende, at dette ikke er en økonomisk rationel præference. Men i mange tilfælde kontraheres der med private, som ikke agerer ud fra rent økonomiske præferencer.

Selv hvis man holdt sig til økonomiske præferencer og alene betragtede professionelle forhold, kan man uden problemer tænke sig andre eksempler. A indgår en aftale med B om, at B i 20 år skal være eneforhandler af A's produkter. Kan A bryde kontrakten? Måske. Men hvilken kompensation skal B have? B har måske haft en tryghedspræference (hvilket vel må betragtes som legitimt, eftersom forskellig

⁸² Hvis man tillader optioner at blive indløst til købskurs, blot de er gevinstbærende, underminerer retsøkonomien reelt options- og future markedet.

risikoprofil er et af de mange, rationelle forskelle på markedet) og ønsket at have en sikker indtægt i de næste 20 år. Vil der være "fuld kompensation", uden at B gives dette?

Eller pladeselskabet A skriver kontrakt med 100 bands, B_1 til B_{100} , om hver især at lave 3 albums, vel vidende at statistisk set vil ét band blive topsælger, 9 bands vil være overskudsgivende, og 90 bands vil vise sig at være en dårlig investering, selvom ingen ved aftaleindgåelsen kan sige noget sikkert om hvilke. Kan B_1 bryde kontrakten efter 1. eller 2. album, fordi man fornemmer, at man har potentialet til at blive topsælger? Og kan erstatningen blive mindre end overskuddet fra deres kommende og bestsælgende 3. album?

De skitserede eksempler antyder retsøkonomiens svagheder. For det første at man antager, at enhver fordel og ethvert aktiv kan konverteres til en økonomisk værdi og indplaceres på en 1-dimensionel akse. I virkeligheden har også virksomheder andre legitime præferencer end gevinstmaksimering, f.eks. en given risikoprofil, og private har i særdeleshed andre og legitime præferencer, f.eks. tryghed, prestige, affektionsværdi osv.

For det andet antages det, at ændrede vilkår kan retfærdiggøre ændrede aftaler, mens man omvendt kunne hævde, at enhver risiko hhv. chance på forhånd er eller dog bør være indkalkuleret i priserne. Enhver ved, at huspriser kan stige, og den, som sælger, må også indkalkulere sin præference for her og nu at få en potentielt mindre sum i forhold til en senere, måske større, men mere usikker sum. Tilsvarende den, som indgår en til og med tyngende og langvarig aftale. Man kan jo heller ikke få pengene tilbage for sin gevinstløse lottokupon, blot fordi købet viste sig at være inefficent. Det var en kalkuleret risiko som i enhver anden handel.

Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen berører dette:

"Hvis man forestillede sig, at de legale regler virkelig tilsikrede alle kreditorer fuld og lige information, ville en fuldstændig håndhævelse af princippet om begrænset hæftelse ud fra finansieringsmæssige synspunkter være den naturlige konsekvens.

... det forudsætter, at der er betalt risikopræmier på grundlag af en fyldestgørende og korrekt information. Argumentet kan også vendes således, at man kan sige, at der ikke bør væltes risiko over på kreditorgrupper, som ikke har rimelig mulighed for at få en passende risikopræmie." ⁸³

Dette gælder oplagt tvangskreditorer, og her kan man vel kun være enig med de retsøkonomiske tanker. Hvorimod kravet om "fyldestgørende og korrekt information" vel er at strække det for langt, hvad angår frivillige kreditorer. Disse har jo, også uden en præcis risikoberegning, mulighed for at skønne, hvad risikoen er, og herefter vurdere, om de er sikre nok på størrelsen af risikoen, og om de er villige til at acceptere den pågældende risiko i lyset af deres egne konkrete situation (f.eks behovet for ordrer) og deres egen risikoprofil. Man kan let argumentere for, at enhver risiko altid og allerede er indkalkuleret i priserne, og at alene svig og bevidst misinformation skal medføre en ansvars- eller økonomisk justering.

Endelig kan man sige, at intet afholder A i det første eksempel fra at kontakte B og spørge, hvad B skal have for at frafalde sin ret til at købe A's hus. Når man således kan få en markedspris via forhandling mellem A og B, en markedspris hvori pr. definition er indkalkuleret alle præferencer, er det ikke indlysende, hvorfor A i stedet

⁸³ U1998B.476 Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen, Retsøkonomi og retskildelære, afsn. 5.2

skulle have ret til at få fastsat denne pris via domstolene ovenpå et kontraktbrud - med den heri indbyggede usikkerhed - når den i stedet kunne findes ved forhandling uden et kontraktbrud.

Af størst interesse for specialets emne er spørgsmålet om kalkuleret risiko og eget ansvar for valgt risiko.

Det er allerede stipuleret, at den frivillige kreditor påtager sig en kalkuleret og selvvalgt risiko, lige som i øvrigt et selskabs investorer gør, og af samme grund må hæfte for den. Han kunne jo dog enten have sikret sig via f.eks. krav om kaution, forsikret sig mod tab, eller indkalkuleret tabet i øvrige indtægter og udgifter.

Det er klart, at retsøkonomiske overvejelser ikke er relevante for de simple og klare aftaler, hvor lovgivningen er klar. Ej heller for de klart culpøse tilfælde, hvor erstatning naturligt kompenserer for brud på aftaler. Hvis retsøkonomiske overvejelser indenfor juraen er relevante, så er det på særlige og specifikke områder, typisk ved generel hæftelse og/eller hæftelsesgennembrud.

I de få sager, hvor der er statueret hæftelsesgennembrud eller skærpet culpa bedømmelse, har domstolene som tidligere vist typisk henvist til hensynet til Told og Skat som tvangskreditor. Her kan man indvende, at nok er Told og Skat som sådan tvangskreditor, men staten, der vel i en vis forstand "ejer" Told og Skat, har gennem lovgivningen udsat T&S for en risiko i kraft af de lovgivningsmæssige kapitalkrav til selskaber og i kraft af momslovgivningens tilladelse til virksomhedsdrift uden særlig sikkerhedsstillelse udover det mindste selskabskapitalniveau. Hvis man ønskede en anden risiko, kunne man jo ændre lovgivningen.

Enhver anden tvangskreditor, som bliver dette på grund af f.eks. skade forvoldt af virksomhedens produkter eller virksomhedens krænkelse af ophavsret, har ingen indflydelse haft på sin risiko og virksomhedens hæftelse. Her er en større grad af beskyttelse rimelig.

Staten, og hermed Told og Skat, har omvendt haft fuld indflydelse på egen risiko og den "aftale", der i givet fald er gældende, på basis af gældende love og regler, f.eks. for kapitalforhold.

En risiko, man udsætter sig selv for, er i almindelighed at anse for en frivillig risiko, og det burde principielt stille Told og Skat på linje med frivillige kreditorer. I hvert fald kan man med nogen ret betegne Told og Skat som en slags "uegentlig tvangskreditor", og der er plads til diskutere, hvilke konsekvenser, dette bør have ud fra almindelige rets- og efficiensbetragtninger, ligesom man kan betvivle, om domstolene skal beskytte staten mod sig selv, når staten dog selv kunne sikre sig bedre, hvis den ville.⁸⁴

Det samme kan med lidt dristighed gøres gældende ved f.eks. tvangskreditorer som følge af produktskader. Den almindelige køber gør sig vel sjældent mange overvejelser omkring risikoen, og i almindelighed antager man vel, at man vil kunne få en fyldestgørende erstatning ved et fejlbehæftet eller til og med skadevoldende produkt.

Omvendt er det ikke svært at tænke sig mulige, om end meget usandsynlige tilfælde, f.eks. hvor hovedpinepiller brugt under særlige omstændigheder måtte forårsage dødsfald, og hvor producenten (inkl. koncernen bag) måtte stå overfor så store

⁸⁴ Statens "vilje" her målt på det, som kan og bliver vedtaget af demokratisk vej som et (til dels ufuldkomment) udtryk for folkeflertallets præferencer.

erstatningskrav fra tusinder af brugere, at kravene ganske enkelt ikke ville kunne dækkes.

Her er det principielle spørgsmål, om ethvert krav skal kunne dækkes eller forsikres, eller om man er nødt til at antage, at den enkelte ved enhver handel må tåle en vis, om end minimal, risiko og selv bære denne? Samt hvorvidt enhver køber af produkter dybest set ved, at i helt ekstreme tilfælde kan der ske skade, som ikke kan dækkes?

Sammenfattende angår disse spørgsmål altid sandsynligheden for en given hændelse.

Man er i såvel retspraksis som i retsøkonomiske overvejelser nødt til at trække en grænse et sted, hvor der skønnes at være en rimelig balance mellem den risiko, som køber har påtaget sig, og de foranstaltninger, som sælger har gjort for at imødegå en sådan. Retsøkonomien giver næppe i sig selv præcise svar på dette, hvorfor det er op til lovgivningsmagten i kombination med retspraksis at trække nogle grænser og evt. på sigt justere disse.

Man kunne derfor forsigtigt konkludere, at der i retspraksis indgår elementer af retsøkonomiske overvejelser eller påvirkning, hvor love og regler ikke er klare og utvetydige. Men samtidig at præmisser bag retsøkonomien ikke hævet over diskussion, i og med at nogle retsøkonomiske dogmer synes tvivlsomme.

10. Konklusion

Det er lovgivningens udgangspunkt, at ejere af kapitalselskaber, herunder eneejere, kan indkapsle deres risiko til de penge (eller de aktiver), som er indskudt i selskabet. Dette udgangspunkt fastholdes i både lovgivning og retspraksis.

Imidlertid modereres og justeres dette udgangspunkt under særlige omstændigheder.

Ikke sjældent, men af mindre retlig interesse, forekommer det, at et selskab med en eneejer, der samtidig er daglig leder, ikke identificerer sig korrekt overfor omverdenen, hvorved der opstår forveksling, og den tænkte hæftelsesbegrænsning bliver illusorisk.

Derudover vil eneanpartshaveren kunne rammes af hæftelse, hvis vedkommende begår en culpøs handling, det være sig en rettighedskrænkelse eller uansvarlig drift af selskabet, f.eks. i form af drift udover håbløshedstidspunktet.

Eneejeren rammes her typisk i sin egenskab af leder af generalklausulens lederansvar, frem for af det tilsvarende ejeransvar, hvorfor alene simpel uagtsomhed er nok til at statuere culpa. Desuden viser retspraksis, at domstolene er tilbøjelige til at følge en forholdsvis hård kurs overfor eneejere, eller i det hele taget enerådende og enekontrollerende selskabsdeltagere. Der er således flere tilfælde, hvor der er statueret hæftelse, solidarisk med selskabet, enten for selskabets gæld eller for skader forvoldt i forbindelse med selskabets drift. Den, som vælger at drive sin virksomhed i selskabsform, nyder ikke her helt den samme beskyttelse, som den almindelige selskabsdeltager eller den ansatte direktør.

Endvidere er det en vis, om end væsentlig mindre, risiko for hæftelsesgennembrud, hvor der statueres hæftelse for selskabets gæld eller forpligtelser, på trods af, at der selskabsejeren ikke har ifaldet culpa.

Det må dog her nævnes, at der (endnu) ikke er nogen dansk dom, der statuerer hæftelsesgennembrud overfor privatpersoner, uanset om disse står i en enejer situation, eller i øvrigt optræder i samme rolle som et holdingselskab eller som en nært forbundet samarbejdspartner. Det lader formode, at hæftelsesgennembrud er en meget lille risiko for den eneaktieshaver, der ligger til grund for denne afhandling, hvorimod der kunne optræde hæftelsesgennembrud, såfremt vedkommende i stedet var enekoncernejer, og havde valgt at strukturere sin virksomhed i to "lag", i form af et holdingselskab og et driftsselskab, eller alternativt var enejer i to selskaber, hvor det ene i særlig grad blev begunstiget af den interne samhandel.

Det gælder modsvarende, at kreditorer med størst sandsynlighed vil kunne gøre deres krav gældende imod en eneaktieshaver via culpa, om end tvangskreditorer, her i særlig grad Told og Skat, muligvis nyder en større beskyttelse, og eneaktieshaver vil kunne komme til at hæfte for told- og skattegæld.

For både culpa og hæftelsesgennembrud gælder, at retsreglerne kun i mindre omfang er kodificeret, og at meget derfor må udledes af retspraksis. Dette vanskeliggøres af dels en begrænset - og i nogen grad specifik - retspraksis, særligt indenfor hæftelsesgennembrud, samt af en generelt lidt uklar domspraksis, hvor præmisserne ikke altid er synlige i dommen, og hvor det i flere tilfælde kan være vanskeligt at vurdere, hvordan andre sager ville falde ud, såfremt mindre detaljer er forskellige.

Endelig må man konkludere, at i grænseområder er retspraksis i nogen grad farvet af retsøkonomiske hensyn, eller i det mindste af intuitive overvejelser, som de facto er tæt sammenfaldende med hensyn til retsøkonomisk efficiens.

11. English Summary

The current thesis sets out to investigate the circumstances surrounding "aktieselskaber"⁸⁵ owned by one person and run by the owner, in particular to investigate the risk of the owner being held liable for the company's debt, despite the otherwise limited nature of such.

Based mainly on an extensive body of former court rulings, it can be established that the main area of risk relates to circumstances involving culpa. Specifically when the owner and manager are one and the same person there is a somewhat increased risk liability.

Secondly there is a somewhat smaller, but nevertheless existing risk of "lifting the veil", thereby identifying the owner with the company and treating the two as one with regards to claims from the company's creditors.

It should be noted, however, that under Danish law some uncertainty remains as to the exact extent of either risk; liability due to culpa, or due to lifting the veil.

Finally, the thesis relates the current practices to recent theories of law and economics, showing that rulings not based on explicit laws tend to reflect what could otherwise be deduced based upon law and economics. No formal links exist, however, and also in these cases the exact extent in which considerations based on law and economics influence court rulings is unknown.

⁸⁵ Roughly equivalent to a minor Ltd. company

Del 7 - Referencer

12. Litteratur, artikler, love og domme

12.1 Litteratur

Erik Werlauff, Selskabsmasken, 1. Udg., 1991, GEC Gads Forlag

Erik Werlauff, Selskabsret, 8. Udg., Thomson-Reuters

Erik Werlauff, Selskabsret, 7. Udg., Thomson-Reuters

Lennert Lyng Andersen, Erik Werlauff og Niels Ørgaard, Holdingselskaber, 1. Udg. 1998, Forlaget Thomson

Lærebog i Erstatningsret, Bo von Eyben og Helle Isager, 5. Udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber, 3. udg., 2009, Thomson Reuters

Søren Friis Hansen, Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, Julebog 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Anne Sofie Møller Nielsens, Selskabsretligt hæftelsesgennembrud, kandidatafhandling, cand.merc.aud.

12.2 Artikler

U2009B.95, Docent emeritus, ph.d., Sc. Gram Jensen, Om forholdets natur og denne retskildes relation til selve retskildebegrebet

U2000B.399, Børge Dahl og Jørgen Nørgaard

U1998B.476 Ruth Nielsen og Paul Krüger Andersen, Retsøkonomi og retskildelære

U1986B.393 Erik Werlauff, Selskabsretligt ansvars-gennembrud

U1985B352H H. V. Godsk Pedersen, Civilretlig identifikation i forhold til kreditorer

Thomas Riis, De Nordiske Juristmøder, 35, Retsøkonomi

Eva Aaen Skovbo, Advokaten 2004, nr. 1

TfR, 1/95, Trine-Lise Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet

TfR, 3-4/93, Carl Martin Roos, Varför rättsekonomi?

Nyt fra Danmarks Statistik, Generel Firmastatistik, nr. 362, 17 august 2010

12.3 Love

EU's 12. Selskabsdirektiv, art. 4

DL 3-19-2

Selskabsloven §2, §86, §108, §127, §361, §362

Kommentar til Selskabslovens §86

EAL § 23 stk. 1

GmbHG §32a

12.4 Domme og forarbejder

U2009.2269V DK Flyt

U2007.497H Calypso

U2006.3050H Taster Wine

U2006.1448H Palæ Invest

U2005.1019H

U2002.1306V

U2000.365/2H

U1999.1080V Protech

U1999.591H E. K. Jensen Biler

U1999.326Ø

U1998.1172H Pirchert Optik

U1998.1137H OKStimist

U1998.166Ø

U1997 .1642H Midtfyn

U1997.364H Satair

U1997.283H Dokoff

U1997.179H

U1995.156H Pehrsson Skohus

U1987.784H SPI

U1987.526H Shell

U1985.953V

U1983.478Ø

U1983.267 Thor Koncernen

U1981.473H Herning Kranudlejning

U1980.806V Frigor

U1978.880H Inka-Print

U1977.246S K.J.Sport

U1976.241Ø

U1974.707H

U1968.766H Flying Enterprise

U1959.1H

U1942.984Ø

U1931.274H

FED 1996.1340V

C-373/97 Dionysios Diamantis

C-358/08, Aventis Pasteur

C-97/08 P, Akzo Nobel

FT 1972-73, tillæg A, sp. 4435

