

MODERSELSKABETS RISIKO FOR INDIREKTE PERFORERING AF VIRKSOMHEDSSLØRET VIA DIREKTE ERSTATNINGSANSVAR OVER FOR TREDJEMAND

- **En undersøgelse af dansk ret i en komparativ belysning**

THE PARENT COMPANY'S RISK OF INDIRECT PIERCING OF THE CORPORATE VEIL DIRECT LIABILITY TOWARDS A THIRD PART

- **An examination of Danish law in a comparative lighting**

af SIMON EGESTED RANK LARSEN

Specialet omhandler overordnet set moderselskabets risiko for at ifalde ansvar over for datterselskabets frivillige og primært ufrivillige kreditorer. Indledningsvist behandles derfor kortfattet de forskellige ansvars- og hæftelsesmodeller, der på nuværende tidspunkt ses at eksistere i dansk ret. Hernæst initieres en analyse af en ny ansvarsmodel baseret på direkte erstatningsansvar som følge af moderselskabets passivitet, der er ved at vinde indpas i det engelske og formentligt hollandske retssystem. Dette sker som led i at udlede, om det efter dansk ret er muligt for et moderselskab at ifalde et deliktsretligt erstatningsansvar direkte over for skadelidte for tab opstået som følge af datterselskabets aktiviteter ved at forholde sig passivt. På baggrund af en analyse af den engelske og hollandske retsstilling på området sammenholdt med dansk rets rammer vurderes det, at dette efter omstændighederne anses som muligt som led i en indirekte perforering af virksomhedssløret. Ligeledes vurderes det, at udviklingen af en sådan ansvarsmodel i dansk ret ud fra et normativt perspektiv tillige synes ønskelig. Deliktsretten har derfor potentiale til fremtidigt at få en endnu mere prominent rolle i relation til moderselskabets ansvar over for skadelidte, der er påført tab som følge af datterselskabets aktiviteter. Det vurderes dog tillige, at lovvalgsreglerne sjældent vil tilsige, at der tages afsæt i dansk ret, i de grænseoverskridende tilfælde hvor skaden er indtrådt i et andet land end Danmark, om end det ikke er udelukket, at dansk værning – trods hensigtsmæssigheden heraf - er anvendeligt, og at særligt principper om ordre public derfor uanset kan medføre en delvis anvendelse af dansk ret. Om end udviklingen generelt går i retning af en forbedring af mulighederne for at drage moderselskabet til ansvar for datterselskabets nationale og internationale aktiviteter på baggrund af deliktsretten, konkluderes det derfor også, at de anvendelige ansvarsmodeller - og dermed retsstillingen - varierer betydeligt afhængigt af lovvalgs- og værningsreglerne, hvilket komplicerer billedet.

Indholdsfortegnelse

Forord	1
Abstract.....	3
1. Indledning.....	4
2. Problemformulering.....	5
3. Problemafgrænsning	5
4. Metode.....	6
5. Moderselskabets hæftelse og ansvar i henhold til gældende ret	7
5.1. Forskellige deliktsretlige ansvarsmodeller.....	10
5.1.1. Medvirken.....	11
5.1.2. illoyal ageren	12
5.2. Opsamling.....	12
6. Den fremtidige udvikling – direkte erstatningsansvar for moderselskaber som følge af passivitet?	13
6.1. Lovvalg og værneting	13
6.1.1. Er Danmark rette værneting?	13
6.1.2. Er dansk ret anvendelig?	15
6.2. Retsstillingen i England	17
6.2.1. Udvalgte domme.....	17
6.2.1.1. <i>Caparo</i>	17
6.2.1.2. <i>Chandler</i>	19
6.2.1.3. <i>Akpan</i>	22
6.2.1.4. <i>Vedanta</i>	23
6.2.2. Opsamling.....	24
6.3. Retsstillingen i Holland	26
6.3.1. Den formodede retsstilling.....	27
6.3.2. Konkluderende bemærkninger.....	30
6.4. Samme retsstilling i Danmark?	31
6.4.1 Opsummering og sammenligning af retsstillingen i England og Holland	31
6.4.2 En udvikling inden for dansk rets rammer?	32
6.4.3 En ønskelig udvikling?	36
7. Konklusion	37
Litteraturliste	37
Primærkilder	38
Afgørelser	39
Faglitteratur	40
Hjemmesider.....	42

Forord

Dette speciale er udarbejdet på 9. semester af kandidatuddannelsen i jura på Aarhus Universitet i efteråret 2019 under kyndig vejledning af professor dr. jur. Karsten Engsig Sørensen.

Erkendeligt er emnet vedrørende moderselskabets (M/Ms) ansvar og hæftelse i relation til kreditorer (K/Ks) i datterselskabet (D/Ds) et meget bredt emne. Specialet behandler derfor indledningsvist alene kortfattet de forskellige ansvars- og hæftelsesmodeller, der på nuværende tidspunkt ses at eksistere i dansk ret. Hernæst initieres en analyse af en ny ansvarsmodel baseret på direkte erstatningsansvar som følge af Ms passivitet, der er ved at vinde indpas i det engelske og formentligt hollandske retssystem. Dette er specialets omdrejningspunkt og sker via en gennemgang af ledende domme på området og relevant litteratur i de respektive lande som led i en komparativ vurdering af, hvorvidt man kan forestille sig en lignende ansvarsmodel anvendt i dansk ret til supplerung af de øvrige ansvars- og hæftelsesmodeller i en koncernretlig kontekst. Ligeledes overvejes det, om den forventede udviklingsretning er ønskelig.

Specialet tager afsæt i et komparativt studie, idet dansk litteratur og praksis i relation til de behandlede problemstillinger er sparsomt, og idet området generelt er præget af usikkerhed. Der tages i den forbindelse afsæt i det engelske og det hollandske retssystem, eftersom disse lande grundet deres retspraksis og litteratur i en europæisk kontekst anses som værende banerførere i relation til udviklingen på området, hvorfor det er naturligt at fokusere herpå. Valget understøttes yderligere af, at retsstillingen i de to retssystemer ofte behandles sammen, hvorfor de formodentligt opererer med nogenlunde samme ansvarsmodel i den givne kontekst. Sidstnævnte formodning vil selvsagt forsøges be- eller afkræftet som led i behandlingen af retsstillingen i de respektive lande.

Formålet med specialet er ydermere kortfattet at behandle relevante lovvalgs- og værnetings-spørgsmål, idet disse spørgsmål særligt er aktuelle i internationale koncerner.

Emnet er yderst aktuelt og relevant, herunder henset til at EU-kommissionen aktuelt arbejder på at realisere visionen om en samlet koncernregulering, der ikke kan forventes offentliggjort inden for den nærmeste fremtid. Ambitionen med specialet er derfor også at forsøge at skitsere, hvilke overvejelser praktikere på nuværende tidspunkt kan forventes at gøre sig, når det vurderes, om M har pådraget sig selvstændigt ansvar i forskellige scenarier.

Abstract

In recent certain foreign liability cases, claims for damages have been based on the alleged indirect complicity of a parent company in relation to the tortious acts of its subsidiary on the basis of such parent company's breach of a duty of care. The main purpose of this thesis is to examine the concept of the duty of care and to consider whether claims based on such are feasible under Danish law.

It is concluded, that it is within the realms of Danish law for a parent company in certain circumstances to incur liability towards third parties who as a result of the subsidiary's activities have suffered damage on the grounds of such parent company's passivity. Such claims will

most likely be based on the same considerations as those, which are expressed in the foreign liability cases based on the parent company's breach of a duty of care.

As the cases concerning the duty of care have especially been seen in England, and as a similar development is presumably taking place in the Netherlands, the legal position regarding the duty of care in said legal systems have been analysed in order to clarify the concept of the duty of care. The conclusion is therefore a result of such clarification as well as a perpetration of a comparative analysis of the English, Dutch and Danish legal system regarding subject matter to the necessary extent.

The thesis therefore proposes, that claims based on the parent company's alleged indirect involvement in the business of its subsidiary on the basis of passivity are feasible under Danish law as an alternative to claims based on the parent company's alleged direct, active involvement in the business of its subsidiary. Hence, tort law provides for several alternative ways of indirectly piercing the corporate veil via the parent company's direct liability towards third parties. Tort law can therefore be used as an alternative to contract law and direct piercing of the corporate veil as a way of indirectly piercing the corporate veil in order to close the potential gap between the legal formality and the economic/practical reality facilitated by the principles of separate identity and limited liability in situations where said principles cannot be fully justified.

Despite Danish jurisdiction being applicable in a wide range of transboundary situations, it is however also concluded that it is not always appropriate to take advantage of, and that Danish (tort) law will rarely be fully applicable in cases where the injurious acts of the subsidiary have taken place in a foreign country. The latter finding is especially a necessity to keep in mind, as this blurs the picture to some extent.

1. Indledning

I hvilket omfang M kan pådrage sig ansvar over for tredjemand (T/Ts)¹ som følge af Ds handlinger er en ældgammel problemstilling, der hyppigt har været diskuteret i dansk og udenlandsk selskabsretlig litteratur.

Det klare udgangspunkt er, at et kapitalselskab er en juridisk person med en selvstændig identitet, og at kapitalejerne ikke hæfter personligt for selskabets gæld. Dette udgangspunkt gælder ligeledes i en koncernstruktur, hvor kapitalejeren selv er et kapitalselskab.

Udgangspunktet kan dog undergives flere modifikationer. I den danske selskabsretlige litteratur har det særligt været diskuteret, hvorvidt den begrænsede hæftelse kan gennembrydes, således at virksomhedssløret perforeres direkte. Dette såkaldte hæftelsesgennembrud er den rene, direkte modifikation til udgangspunktet om kapitalselskabers begrænsede hæftelse. Ligeledes kan udgangspunktet navnlig på baggrund af obligationsretten modificeres indirekte via andre metoder, uden at den begrænsede hæftelse gennembrydes. Særligt i England og formentligt Holland er der ved at udvikle sig en helt ny ansvarsmodel, der indirekte bryder med princippet om Ds begrænsede hæftelse ved på baggrund af Ms manglende intervention at drage M direkte til ansvar over for T, der har lidt skade som følge af Ds aktiviteter. Det er særligt denne form

¹ I nærværende afhandling bruges T primært som synonym for en *ufrivillig* kreditor (UK) i D således som nærmere defineret i a. 5.

for indirekte perforering af virksomhedssløret, der behandles i nærværende afhandling, herunder ved at overveje om dette er muligt efter dansk ret.

Det er dog ikke altid givet, at dansk ret skal anvendes på de problemstillinger, der opstår i internationale koncerner. De modifikationer, som udgangspunktet er undergivet, varierer således afhængigt af, hvilket retssystem der skal anvendes til at løse en given problemstilling, idet de anvendelige ansvarsmodeller divergerer afhængigt af den anvendelige lovgivning i en given sag. Yderligere er det ikke givet, at dansk ret anvendes korrekt af udenlandske domstole, hvorfor valget af værneting også kan få afgørende betydning.

Denne afhandling vil behandle de måder, hvorpå udgangspunktet om kapitalselskabers begrænsede hæftelse aktuelt kan modificeres direkte/indirekte efter dansk ret, og i forlængelse heraf vurdere hvorvidt den nye engelsk-hollandsk inspirerede ansvarsmodel kan vinde indpas som supplerende modifikation. Ligeledes overvejes det, hvordan lovvalgs- og værnetings-spørgsmål kan influere på retsstillingen i internationale koncerner.

2. Problemformulering

På baggrund af det i indledningen beskrevne forsøges følgende problemformulering besvaret:

Er det efter dansk ret muligt for et moderselskab at ifalde et deliktsretligt erstatningsansvar direkte over for skadelidte for tab opstået som følge af datterselskabets aktiviteter ved at forholde sig passivt?

Traditionelt har Ms ansvar i relation til stakeholderen D været behandlet på baggrund af kontraktretten og SL § 362, stk. 1, ligesom det har været overvejet, i hvilket omfang M kan risikere at hæfte for Ds forpligtelser som følge af et såkaldt hæftelsesgennembrud. Deliktsretten er dog gradvist blevet mere og mere relevant som led i at implicere kapitalejere og dermed indirekte modificere udgangspunktet om kapitalselskabers begrænsede hæftelse. M kan derfor navnlig blive erstatningsansvarligt på baggrund af dets aktive handlinger ved at udøve de factoledele. Herudover ses det i udlandet, at en doktrin om Ms deliktsretlige erstatningsansvar som følge af passivitet er ved at udvikle sig. Det primære formål med nærværende afhandling er derfor at undersøge, om sager anlagt på den baggrund kan formodes at være gennemførlige efter dansk ret og dermed medfører yderligere risiko for indirekte perforering af virksomhedssløret.

3. Problemafgrænsning

Specialet vil som nævnt overordnet fokusere på, hvorvidt der er banet vej for en ny ansvarsmodel for Ms ansvar efter dansk ret, der kan påvirke såvel national som grænseoverskridende koncernaktivitet. Det undersøges derimod ikke indgående, i hvilke situationer det er givet fald særligt er nærliggende, at betingelserne for ansvarsmodellens eventuelle anvendelse er opfyldt, idet dette altid vil bero på en konkret vurdering af sagens omstændigheder og dermed bliver for omfattende at behandle i denne afhandling.

Specialet vil fokusere på koncerner, herunder Ms ansvar for Ds aktiviteter snarere end en dattervirksomheds aktiviteter eller ansvar mellem søsterselskaber, og således navnlig ikke på ”supply chain liability”, trods disse emner hænger snævert sammen.

Det ansvar, der primært behandles, er det, der evt. kan komme på tale over for T i form af en ufrivillig kreditor (UK) i D. Således er det også det deliktsretlige snarere end det kontraktsretlige og hæftelsesbaserede, der er i fokus, om end et par kommentarer sporadisk knyttes til sidstnævnte. Ms koncerninterne ansvar over for D og/eller andre kapitalejere behandles derfor heller ikke.

For god ordens skyld pointeres det, at det ansvar for M, der primært behandles, selvsagt – om end det betegnes som et 'direkte' erstatningsansvar – udspringer af relationen til D og ikke mindst Ds relation til skadelidte, idet M forudsættes at blive impliceret på baggrund af medvirken til Ds skadevoldende aktivitet. I modsat fald ville det ikke give mening at tale om en indirekte modifikation til udgangspunktet om kapitalsekskabers begrænsede hæftelse.

Ifm. undersøgelsen af den formodede retsstilling og de problemer, som denne kan føre med sig, vil fokus som begrundet i forordene særligt være pålagt hollandsk, engelsk og dansk ret. Hollandsk og engelsk ret vil dog ikke blive behandlet indgående, men kun i det nødvendige omfang, idet en generel behandling af engelsk og hollandsk erstatningsret fordrer en tilbunds-gående gennemgang af de pågældende retssystemer, hvilket falder uden for problemformulerings sigte.

4. Metode

Fremstillingens formål er at beskrive, analysere og systematisere den gældende retsstilling på området efter dansk ret, hvorfor retsdogmatisk metode overordnet set anvendes. I den forbindelse undersøges særligt retspraksis i form af udvalgte domme samt yderligere relevante retskilder. For at belyse om en ny type erstatningsansvar kan forekomme efter dansk ret som led i besvarelsen af problemformuleringen, er det nødvendigt at undersøge, hvordan dette erstatningsansvar er udviklet i udlandet. Idet fokus i den forbindelse som begrundet i forordene er pålagt retsstillingen i England og Holland, vil en del af de behandlede retskilder således hidrøre fra disse lande.

Analysen af retskilderne vil danne grundlag for en afgrænset komparativ vurdering af det danske, engelske og hollandske retssystem og retsstillingerne heri som led i nærmere overvejelser om gennemførligheden efter dansk ret af sager baseret på den nye type ansvarsmodel.

I den forbindelse er opmærksomheden særligt henledt på, at de udenlandske retskilder ikke er direkte overførbare til dansk ret, herunder idet afgørelserne ikke har præjudikatværdi i Danmark. Dette er givetvis en fejlkilde, der bevirker at anvendelsen af den retsdogmatiske metode i nærværende kontekst ingensinde kan føre til en uforbeholden konklusion. Fejlkilden er dog en nødvendighed, idet det spørgsmål, der søges besvaret via problemformuleringen, endnu ikke ses overvejet i dansk praksis og teori. Retstilstanden vil derfor være usikker uanset metodevalget til behandlingen heraf.

Hertil kommer, at idet det ikke har været muligt at finde oversættelser af hollandsk retspraksis, er nævnte af nødvendige årsager behandlet via udvalgt litteratur herom snarere end via en direkte analyse af dommene. Som følge heraf er den hollandske retsstilling dog ikke behandlet lige så indgående som den engelske retsstilling. Dette skyldes tillige, at de hollandske domme, der ses at eksistere, alene omhandler Ms ansvar over for Ds finansielle, frivillige K.

Om end normative, retspolitiske synspunkter sporadisk forekommer, er udgangspunktet, at handlingen har et retspositivistisk afsæt. Det, der således søges deduceret, er, hvordan retsstillingen på området er, snarere end hvordan den bør være.

5. Moderselskabets hæftelse og ansvar i henhold til gældende ret

Kapitalselskabers selvstændige identitet, som separerer et kapitalsselskabs identitet fra dets kapitalejere, og den begrænsede hæftelse, der som udgangspunkt afskærer kapitalejerhæftelse ift. Ds forpligtelser, er principper, der i mange år har været en integreret del af kapitalsselskabsretten. I SL § 1, stk. 2, 1. pkt., er sidstnævnte udtrykt således:

”I et aktie- eller anpartsselskab hæfter aktionærerne og anpartshaverne (kapitalejerne) ikke personligt for kapitalsselskabets forpligtelser, men alene med deres indskud.”

Principperne gælder ligeledes i en koncern, der udgøres af M og et eller flere dattervirksomheder, jf. SL §§ 5, nr. 18, og 6, forudsat M har bestemmende indflydelse, jf. § 7. Her slår principperne igennem i den forstand, at der ikke uden videre kan kontraheres med en koncern som en enhed som sådan, idet den består af flere selvstændige juridiske personer, der hver især (formelt) er uafhængige af hinanden. Der kan således ikke ske identifikation mellem en flerhed af selskaber, blot fordi de er koncernforbundne. Koncernselskaber er dermed *”selvstændige juridiske personer, hver med egen ret og pligt, og uden nogen hæftelse for hinanden”*.²

Begrundelsen for den begrænsede hæftelse er navnlig, at det øger incitamentet til at investere for uprofessionelle investorer, idet disse ikke behøver at bekymre sig om deres personlige aktiver. Ligeledes er der ikke nødvendigvis et lige så stort behov for, at investorerne overvåger deres investering og dermed selskabets aktiviteter, hvilket danner grundlag for en diversificeret portefølje, der ikke er præget af så stor risiko. Dette ræsonnement slår særligt igennem i børsnoterede selskaber, hvor det er praktisk umuligt for små kapitalejere at udøve indflydelse på selskabets aktiviteter og initiativer. Et yderligere argument er, at selskabets K frigøres fra den byrde at kreditvurdere kapitalejerne.³

De oplistede argumenter for den begrænsede hæftelse slår dog så meget desto mere igennem ift. offentlige selskaber snarere end private (små og mellemstore) selskaber, idet kapitalejerkredsen i sidstnævnte selvsagt oftest er mindre, hvorfor argumenterne vedrørende øget investeringsincitament for uprofessionelle investorer og diversificerede porteføljer ikke er holdbare i relation hertil. Ligeledes er argumentet om Ks manglende behov for vurdering af kapitalejerne ikke overbevisende i relation til private selskaber, idet finansielle K som led i kapitalsselskabernes fremmedfinansiering i høj grad vil afkræve sikkerhedsstillelse fra kapitalejerne for at undgå konsekvensen af den begrænsede hæftelse. Et naturligt led i denne metode er givetvis at kreditvurdere kapitalejerne.

Trods de fordele, der kan begrunde den begrænsede hæftelse, er der også en række ulemper forbundet hermed. Det ses således, at visse koncernstrukturer mere eller mindre bevidst er sat i verden for at undgå ansvar for skat, personlige skader og miljøskade, hvorved risikoen ved

² Sjøgaard, s. 126

³ Ikuta, s. 68-69

den profitable virksomhedsaktivitet overføres fra selskabet til dets K, hvilket ikke er hensigtsmæssigt, herunder især ikke ift. en UK, der anlægger erstatningssøgsmål med hjemmel i deliktsretten på baggrund af selskabets skadegørende adfærd.

En UK anses i nærværende afhandling som værende en person, der ikke har haft incitament og/eller lejlighed til at forhandle med debitor i relation til den opståede gæld, der konstituerer kreditorstatus⁴. Således anses navnlig en tilskadekommet medarbejder i D som værende en UK – selv ift. D. Det er på den baggrund gældsforholdets karakter, der er udslagsgivende, hvorfor afgørende er, om det tab, der indtræder, har en sådan sammenhæng med et evt. kontraktforhold, herunder et ansættelsesforhold, at det var påregneligt, at den givne gæld ville opstå.

Sondringen er vigtig, idet konsekvensen af den begrænsede hæftelse som udgangspunkt er mindre ift. en finansiell, frivillig K og dermed mere velbegrundet, idet sådanne i højere grad kan siges velkalkuleret at have påtaget sig risikoen ved at kontrahere med et kapitalselskab, da de som led i kontraheringen typisk har haft mulighed for at afveje risiko versus potentiale og evt. forhandle sig frem til en subsidiær hæftelse for den givne gæld, herunder i form af en kaution e.l. Det er dog ikke givet, at en sådan K rent faktisk har nogen forhandlingskraft ift. kapitalselskabet eller har synderlig indsigt, og dette mindsker givetvis effekten af sondringen mellem en frivillig K og en UK i visse tilfælde i relationen til retfærdiggørelsen af den begrænsede hæftelse. Trods der kan argumenteres for, at den begrænsede hæftelse måske alene bør slå igennem ift. en frivillig K, er det således ikke enhver frivillig K, princippet kan retfærdiggøres over for.⁵

Det klare udgangspunkt er dog uanset, at kapitalselskabers selvstændige identitet bevirker, at det enkelte kapitalselskab er undergivet begrænset hæftelse. Dette udgangspunkt står ligeledes ved magt i en koncernstruktur, hvor kapitalejeren ligeledes er en juridisk person i form af et kapitalselskab. Således hæfter M som udgangspunkt ikke for Ds forpligtelser.

Det potentielle hul mellem den legale formalitet i form af de koncernforbundne selskabers selvstændige identitet og den økonomiske/praktiske realitet i form af de strukturer, som koncernen faktisk opererer under, kan dog søges lukket på flere måder. I sjældne situationer kan et direkte hæftelsesgennembrud potentielt statuere, og i visse tilfælde foreskriver lovgivningen en lovbestemt hæftelse, der i vid udstrækning har samme effekt. Idet der er tale om undtagelsestilfælde, holdes virksomhedssløret dog oftest intakt. Som følge heraf får obligationsretten en afgørende rolle, idet det potentielle hul kan lukkes via de principper, der udspringer heraf, uden at der brydes med princippet om den begrænsede hæftelse. Denne metode kan meget passende benævnes ”indirekte hæftelsesgennembrud”, idet effekten på mange måder er sammenlignelig med effekten af det direkte hæftelsesgennembrud.

Først og fremmest kan det således som nævnt i helt særlige tilfælde formentligt være muligt at komme igennem med et synspunkt om hæftelsesgennembrud, hvor virksomhedssløret perforeres direkte, således at den begrænsede hæftelse decideret sættes ud af kraft. Der er de facto tale om en hæftelse i den forstand, at hæftelsesgennembruddet ikke er betinget af eksistensen af et ansvarsgrundlag, idet der ikke er tale om et erstatningsansvar.

⁴ Det primære fokus vil dog være pålagt tilskadekomne personer snarere end tvangskreditorer i form af offentlige myndigheder, herunder SKAT.

⁵ Ikuta, s. 69-73 + Petrin s. 8 ff.

Den ledende dom ift. denne rene og direkte perforering af virksomhedssløret er U1997.1642. Om end dommen skaber mulighed for hæftelsesgennembrud, er det dog vigtigt at hæfte sig ved dommens begrænsninger i anvendeligheden af et sådant⁶.

I dommen var det et ”søsterselskab”, der kom til at hæfte for det nødlidende selskabs gæld. Der var dog ikke tale om et søsterselskab i gængs forstand, idet et koncernforhold ikke forelå, jf. SL § 6. Principielt kan dommen uanset tages til indtægt for, at M på samme vis formentligt kan komme til at hæfte for D.

Højesteret angiver i præmis 7 (s. 1659) tre kumulative betingelser, der skal være opfyldt førend et hæftelsesgennembrud kan komme på tale:

- i). sammenblanding af selskabernes økonomi,
- ii). skæv fordeling af overskud versus risiko (M oppebærer gevinst, mens D bærer risiko) og – i sammenhæng hermed –
- iii). underkapitalisering i det risikobærende selskab.

Trods Højesteret eksplicit påpeger i præmisserne, at ”... Restaurationsselskabet hæfter for Festivalselskabets gæld i hvert fald over for Told- og Skattestyrelsen, der var tvangskreditor”, er dette ikke udtryk for en fjerde betingelse om, at der skal være tale om andet end en frivillig K. Der skal således ikke sondres mellem en K af 1. og 2. grad.⁷ Så meget desto mere har fænomenet dog mere sympati for sig ift. en UK, jf. betragtninger ovenfor.

Gennembrudshæftelse kan således formentligt statueres i situationer, hvor det er påviseligt, at en fælles ledelse har truffet beslutning om at isolere en risikopræget aktivitet i et underkapitaliseret selskab, mens den overskudsgivende aktivitet genereret af førnævnte placeres i et andet selskab, samtidig med at selskabernes økonomi i væsentligt omfang er sammenblandet. Det tenderer således til et misbrug af den begrænsede hæftelse. Væsentligheden af sammenblandingskriteriet må dog ikke negligeres, idet netop dette kriterie var udslagsgivende for, at den fysiske ejer af selskaberne ikke kom til at hæfte i U1997.1642. Det udtaltes således af Højesteret, at:

”[...] da det heller ikke efter bevisførelsen for Højesteret er godtgjort, at [majoritetsejerens] personlige økonomi har været sammenblandet med selskabernes, tiltræder Højesteret, at der ikke er grundlag for at pålægge [majoritetsejeren] personligt at hæfte for Festivalselskabets gæld [...]”

Der ses endnu ikke at have været statueret hæftelsesgennembrud i dansk ret, men på baggrund af U1997.1642 er det principielt ikke udelukket, at det e.o. kan komme på tale.

Alternativt kan en lovbestemt hæftelse komme på tale. Dette er fx under visse betingelser foreskrevet i de nationale og internationale sambeskatningsregler i henholdsvis SSL §§ 31 og 31 A. Et andet eksempel er EU-konkurrenceretten, der i visse tilfælde opererer med en solidarisk hæftelse for M begrundet i en afkræftelig formodning for, at M har udøvet kontrol med D^{8,9}.

⁶ Søggaard, s. 151

⁷ 2000B.399, s. 403

⁸ Se nærmere Odudu og 2011.4.64

⁹ Desuden er det nævneværdigt, at der i navnlig England opereres med et hæftelsesansvar i form af såkaldt 'Vicarious Liability', der på visse punkter er sammenligneligt med det danske principalansvar konciperet i DL 3-19-2 (se Morgan, s. 276 f.+288 f.). Derfor kan det overvejes, om sidstnævnte bestemmelse i dansk ret kan udgøre

I stedet for at henholde sig til disse undtagelsestilfælde, kan en medkontrahent med den fornødne forhandlingskraft forsøge at få et obligationsretligt vilkår om en garantistillelse, et tredjemandspant eller en dispositiv støtterklæring fra et koncernforbundet selskab, herunder M, igennem. Et sådant arrangement er som udgangspunkt gyldigt og bindende inden for lovens rammer, jf. nærmere SL §§ 210-212, herunder i visse tilfælde betinget af, at den finansierings- og sikkerhedsmæssige forsvarlighed heraf kan dokumenteres.

En medkontrahent kan også e.o. fremsætte krav mod M på baggrund af et identifikations-/enhedssynspunkt, såfremt medkontrahenten har føje til at gå ud fra, at denne har kontraheret med M snarere end D eller reelt begge¹⁰. Ligeledes kan hæftelse for M statueres, hvis de koncernforbundne selskaber anses for generelt at indgå i en fælles økonomisk enhed i form af et interessentskabslignende samvirke eller driftsfællesskab om en fælles virksomhed¹¹.

Også de konkursretlige omstødellesregler kan i insolvensretlige situationer under nærmere betingelser bringes i spil mod M. Anvendelsen heraf fører dog blot til genetablering af den tidligere tilstand. I mere graverende tilfælde kan et erstatningsansvar i den forbindelse komme på tale, men dette erstatningsansvar vil i så fald være et ansvar over for konkursboet.

Der er således flere anvendelige fremgangsmåder, som kan anvendes til at lukke det potentielle hul mellem den legale formalitet og den økonomiske/praktiske realitet, hvis eksistens især muliggøres af den begrænsede hæftelse. De fremgangsmåder, der er i fokus, er som nævnt de, der beror på deliktsretten, og disse vil derfor blive behandlet mere indgående nedenfor.

5.1. FORSKELLIGE DELIKTSRETLIGE ANSVARSMODELLER

Der er intet til hinder for, at M pådrager sig ansvar i henhold til de almindelige regler for erstatning uden for kontrakt, dvs. uden at der er tale om en reel hæftelse beroende på løfte, enhedsbetragtninger, berettigede forventninger, direkte gennembrud eller lov. Dette er lovfæstet i SL § 362, stk. 1, der er modelleret efter dansk rets almindelige erstatningsregler og som således fordrer eksistensen af tab, ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans¹². Bestemmelsen afviger dog i den forstand, at tabet skal være forvoldt ved i hvert fald grov uagtsomhed, hvorfor simpel uagtsomhed ikke kan begrunde et erstatningsansvar for en kapitalejer, jf. SL § 362, stk. 1, e.c., når denne faktisk har ageret som kapitalejer.

Ms direkte erstatningsansvar uden for kontrakt betegnes i nærværende afhandling som værende udtryk for et ”deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud”. Den indirekte karakter af gennembruddet bevirker, at virksomhedssløret ikke direkte perforeres som ved direkte hæftelses-

hjemmel til at drage M til ansvar for Ds handlinger (Se fx 2017-31, s. 169). Dette må imidlertid hurtigt og kortfattet afvises, idet anvendelsen af principalansvaret i DL 3-19-2 – i modsætning til det engelske ’Vicarious Liability’ – navnlig fordrer en reel instruksret (Se navnlig Gomard, s. 105 ff.). Som det navnlig vil fremgå nedenfor i a. 6.4.5, er der ikke i dansk ret meget plads til eksistensen af en koncernledelsesret, idet et kapitalsselskab altid først og fremmest skal agere i egen interesse snarere end at varetage koncerninteressen, hvorfor der givetvis så meget desto mindre ikke er meget plads til en instruksret for M i dansk ret.

¹⁰ Fx kan adskillelsen af virksomheden i flere selskaber i en koncernstruktur e.o. anses for uden realitet i forhold til en given medkontrahent, jf. U1983.267 om modregning.

¹¹ Søggaard, s. 142. Det kan fx tænkes at være tilfældet med et joint venture, der drives i interessentskabsform mellem to koncernforbundne selskaber i form af M og D.

¹² Se nærmere a. 6.4.2.

gennembrud, hvorfor den begrænsede hæftelse består, og hvorfor forudsætningen for gennembruddet er, at M selvstændigt findes ansvarligt i relation til den skadesforvoldende begivenhed¹³.

5.1.1. MEDVIRKEN

M kan blive ansvarligt, når det gennem en aktiv handling, herunder gennem ordrer og instrukser til D, har medvirket til, at T har lidt et tab. Dette ansvar udspringer direkte af den aktive handling og påhviler derfor M selvstændigt. Ansvarret fordrer et kvalificeret retsbrud, idet M selvsagt ikke til enhver tid hæfter på linje med D, blot M har medvirket til Ds handling.¹⁴

At retsbruddet skal være kvalificeret er ikke ensbetydende med, at det nødvendigvis skal påvises, at M har ageret groft uagtsomt, idet SL § 362, stk. 1, der modsætningsvist foreskriver at simpel uagtsomhed ikke kan konstituere kapitalejeransvar, ikke finder anvendelse, når kapitalejeren ikke har ageret i egenskab af kapitalejer. Bestemmelsen er således begrundet i, at en kapitalejer som hovedregel er berettiget til at forfølge sine egne interesser, når denne rent faktisk agerer som kapitalejer; ikke når denne forestår ledelse af D. Dette kommer navnlig til udtryk i landsrettens præmisser i U2006.3050, hvor det udtales, at:

”Da Taster Wine A/S var enejer af det nu konkursramte selskab og således havde den reelle ledelse af selskabet, skal en bedømmelse af ansvarret ske efter dansk rets almindelige erstatningsregler og ikke efter aktieselskabslovens § 142 [SL § 362]”

Det er således den almindelige culpastandard i SL § 361, stk. 1, der i sådanne situationer skal anvendes, hvilket Højesteret i øvrigt har tiltrådt.

Den ledelse af selskabet, der kan begrunde et medvirkensansvar for M, må på baggrund af SL §§ 111-118 antages at omfatte såvel den daglige som den strategiske ledelse. Det afgørende må være, om M blander sig i ledelsen af D i et sådant omfang, at det overskrider den indblanding, der normalt forventes praktiseret af en kapitalejer. Hvordan denne indblanding sker, må i sagens natur være irrelevant, så længe den kan konstituere de facto-ledelse¹⁵. Ovennævnte præmis synes dog ikke nødvendigvis at fordrer, at M rent faktisk har blandet sig i ledelsen, men som påpeget af Engsig kan dette være et udslag af, at såvel landsretten som Højesteret var overbevist om, at M søgte at tømme selskabet¹⁶. Dette ræsonnement kan tiltrædes, idet afgørende ikke er, om M har muligheden for at blande sig i ledelsen, men derimod om M rent faktisk gjorde dette¹⁷.

Statueringen af et kvalificeret retsbrud fordrer dog oftest, at der foreligger mere end blot simpel uagtsomhed. Konsekvensen heraf er, at det uanset typisk kun er i grove tilfælde, M kan drages til ansvar for medvirken. I den forbindelse kan der således perspektiveres til den obligationsretlige regel om springende regres, der også i tilfælde af et kvalificeret retsbrud kan føre til at A, der ikke har kontraheret med C, drages til ansvar over for B, som C i modsætning til A har

¹³ Det skal ikke forveksles med subsidiær indirekte hæftelse. Det deliktsretlige indirekte hæftelsesgennembrud er således ikke juridisk betinget af, at D ikke kan indfri sin gæld (om end det i praksis oftest først i så fald vil blive relevant), ligeledes som Ms ansvar/gæld ikke nødvendigvis er betinget af Ds ansvar/gæld, idet ansvarret er selvstændigt.

¹⁴ Sjøgaard, s. 146

¹⁵ Se fx U2018.1487

¹⁶ Engsig, s. 313

¹⁷ Se nærmere a. 6.2.1.4 og 6.4.3

kontraheret med¹⁸. Perspektivet slår dog givetvis ikke helt igennem i de rene deliktsretlige situationer, hvor hverken A eller C har kontraheret med B, dvs. hvor skadelidte er en UK ift. begge skadesvoldere, herunder i form af M og D.

For god ordens skyld må det slutteligt fremhæves, at Ds retsbrud ikke automatisk er lig Ms retsbrud, uanset hvor graverende Ds måtte være. Dette udspringer direkte af den erstatningsretlige kausalitetsbetingelse.

5.1.2. ILLOYAL AGEREN

M kan endvidere pådrage sig ansvar ved at agere illoyalt, herunder ved at hindre fyldestgørelsen af Ts allerede bestående formueinteresser i D ved at sælge selskabet på en måde, der ikke tilbørligt sikrer fyldestgørelsen af Ks usikrede krav¹⁹, eller ved at gennemføre en (uretmæssig) udbytteudlodning eller kapitalnedsættelse²⁰. Ligeledes kan ansvar pådrages via udhuling af et pant stillet til sikkerhed for Ks tilgodehavende eller overtrædelse af generalklausulen i SL § 127.²¹

Det krav, der i den forbindelse opstår, udspringer således på baggrund af allerede bestående formuekrav mod D snarere end senere opståede krav. Derfor er der ikke tale om et medvirkensansvar, men snarere en retsstridig handling i sig selv. Ansvaret holdes på den baggrund ”internt” og rammer ikke udenforstående i gængs forstand. Omstødelsesreglerne, herunder især konkurslovens § 76 om erstatningsansvar, kan her være relevante i insolvensretlige situationer.

5.2. OPSAMLING

Som det ses, er der mange forskellige måder, hvorpå M kan risikere at komme til at hæfte over for T. Dette kan overordnet set bero en lovfæstning heraf eller på obligationsretlig synspunkter, herunder kontrakts- og deliktsretlige synspunkter, og/eller på et synspunkt om direkte gennembrudshæftelse.

Særligt kan forsømmelse af en form for loyalitetspligt udgøre det primære belæg for statueringen af et erstatningsansvar i visse situationer. Dette ses således særligt ved omtalen af den illoyale ageren ovenfor i a. 5.1.2, men det er tilsvarende muligt at forestille sig, at M også i andre relationer har en form for loyalitetspligt, uden at denne nødvendigvis er indskrænket til alene at gælde ift. en aktuel K i D.

Princippet i U1999.1080, der dog ikke omhandler Ms ansvar over for T, er illustrativt i den henseende. I dommen fastslog domstolen, at en kapitalejer havde en pligt til at stemme for en lovpåbudt kapitalforhøjelse, idet kapitalejerens ”vægning skyldtes utilfredshed med samarbejdsforholdene”. Formålet med at nægte kapitalforhøjelsen var dermed at fremtvinge en likvidation af selskabet og dermed ophør af samarbejdet, hvilket var usagligt.

Det er ikke synderligt svært at forestille sig, at dette princip om at varetage andres interesser kan udvides til ligeledes at gælde i andre situationer, herunder ift. T, således at M kan pådrage sig ansvar over for en UK i D ved at undlade proaktivt at varetage dennes interesser.

¹⁸ Se fx 1996B.124

¹⁹ Se fx U1997.364

²⁰ Se fx førømtalte U2006.3050

²¹ Sjøgaard, s. 149

6. Den fremtidige udvikling – direkte erstatningsansvar for moderselskaber som følge af passivitet?

Internationalt findes der flere sager, hvor det har været overvejende, om M kan pådrage sig ansvar ved at forholde sig passivt ift. Ds skadevoldende aktiviteter på baggrund af statueringen af en forsømt 'duty of care' (omsorgspligt). Dette til trods for at en stor del af sagerne enten afvises af domstolene grundet manglende jurisdiktion eller forliges udenretligt²².

I nærværende a. behandles retsstillingen i engelsk og hollandsk ret navnlig på baggrund af den sparsomme praksis i disse lande m.h.p. navnlig at konstatere, hvornår det er nærliggende at pålægge M en sådan omsorgspligt over for en UK i D samt delvist udstrækningen af denne pligt i disse retssystemer, hvorefter fokus rettes mod den danske (formodede) retsstilling. I den forbindelse undersøges det, om – og i givet fald under hvilke omstændigheder – en dansk domstol kan forventes at holde M erstatningsansvarligt for Ds aktiviteter på baggrund af Ms passivitet ud fra lignende betragtninger, og om denne udvikling er ønskelig.

Forinden besvarelsen heraf er det hensigtsmæssigt at knytte et par bemærkninger til de mere formelle lovvalgs- og værnetingssspørgsmål, der kan opstå i internationale koncerner. Hensigtsmæssigheden heraf skyldes det selvfølgelig, at den danske materielle retsstilling er irrelevant i tilfælde, hvor lovvalgsreglerne ikke tilsiger, at det er dansk ret, der skal anvendes til at løse en given problemstilling, og at navnlig lovvalgsreglerne dermed generelt i vid udstrækning influerer på retsstillingen. Hertil kommer, at de danske domstole selvsagt er bedre egnede til at behandle dansk ret end fx hollandske eller engelske domstole. M.a.o. er lovvalget i form af dansk ret en forudsætning for anvendelsen af dansk materiel (erstatnings)ret, mens konstateringen af dansk værneting er hensigtsmæssig i relation til behandlingen heraf. Det kan derfor udgøre en afgørende forskel for Ms retsstilling, hvor sagen anlægges og hvilken lov, der finder anvendelse.

6.1. LOVVALG OG VÆRNETING

Det forekommer naturligt at knytte et par bemærkninger til værnetingsspørgsmålet først, idet dette – i hvert fald processuelt - er første skridt i enhver retssag. Dernæst behandles lovvalgs-spørgsmålet.

6.1.1. ER DANMARK RETTE VÆRNETING?

Efter DF, som er gældende i Danmark på grundlag af en parallelaftale²³ nødvendiggjort af det danske retsforbehold, kan M med hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed i et medlemsland sagsøges direkte i dette land, jf. art. 4, stk. 1, jf. art. 63, stk. 1, litra a. Til eksemplificering kan en nigeriansk borger således sagsøge et dansk M i Danmark, såfremt de processuelle betingelser herfor ellers er opfyldte. Dette gælder, uanset at læren om *forum non conveniens* tilsiger, at sagen kan behandles bedre i et andet land²⁴.

Idet det som udgangspunkt er sagsøger, der træffer beslutning om hvor sagen skal anlægges, er det dog ikke givet, at sagen anlægges i Danmark, trods M har sit hjemsted, hovedkontor eller

²² Enneking, s. 335

²³ Parallelaftale af 19. oktober 2005 som gennemført ved anerkendelses- og fuldbyrdelsesloven

²⁴ 2013.315, s. 2

hovedvirksomhed her. Modsat er det heller ikke nødvendigvis en betingelse for dansk værneting, at det selskab, der sagsøges, rent faktisk har en af disse tilknytningsfaktorer til Danmark. Der er således andre muligheder for at opnå dansk værneting, herunder navnlig af relevans via deliktsværneting, jf. DF art. 7, nr. 2. Dansk værneting er dog obligatorisk i visse tilfælde, herunder i tilfælde af gyldigt indgående værnetingsaftaler eller i tilfælde af at Danmark er tillagt enekompetence i henhold til DF art. 24. Idet specialets fokus altovervejende er deliktsretligt, har disse 'obligatoriske regler' dog ikke betydning.

Hertil kommer, at i tilfælde hvor den angiveligt skadesforvoldende virksomhed i form af fx M ikke har hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed i EU/EFTA, da vil det som udgangspunkt være de almindelige regler i RPL, der finder anvendelse til vurdering af hvorvidt sagen kan anlægges i Danmark, jf. RPL § 246.

I hvert enkelt tilfælde vil det således bero på en konkret vurdering, hvilke regler sagsøger skal anvende, hvor sagsøger på baggrund heraf har mulighed for at anlægge sag, og hvor sagsøger mener, at det giver bedst mening at anlægge sag. Hvis en arbejdstager i et dansk D er kommet til skade, og skadelidte på baggrund heraf fx ønsker at anlægge sag mod Ds nigerianske M, da vil det således være RPL § 246, stk. 1, 1. pkt., sammenholdt med § 243 (deliktsværneting), der skal bruges til at statuere dansk værneting. I tilfælde af at M har hovedsæde i EU/EFTA, herunder fx i tilfælde af at det er et fransk M, da er det i stedet DF art. 7, nr. 2, der skal anvendes. Det bemærkes i relation til eksemplet, at reglerne i DF art. 20-23 om arbejdstagere ikke er relevante at inddrage, idet eksemplerne forudsætter, at skadelidte er arbejdstager i D og således ikke står i et kontraktsforhold af nogen art med M. I modsat fald har nævnte regler forrang, herunder selv i tilfælde af at M er nigeriansk²⁵.

I tilfælde af at dansk værneting er anvendeligt, og sagen anlægges her, henledes opmærksomheden på, at danske retssager er bekostelige, herunder henset til at den vindende part stort set aldrig får dækket sine sagsomkostninger fuldt ud grundet de fastsatte takster for dækning heraf vurderet på baggrund af sagens beløbsmæssige størrelse²⁶. Især i tilfælde hvor private anlægger sag mod et stort M vil der ydermere være en stor ulighed mellem sagsøger(e) og sagsøgte i relation til finansiel styrke, der ikke kan afhjælpes uanset om der anlægges gruppesøgsmål og evt. tilkendes sagsøgerne fri proces. Dette vil givetvis også have en bemærkelsesværdig indvirkning på et (komplekst) sagsanlæg.

En øvrig faktor, der gør det mindre attraktivt at anlægge sag i Danmark, er de danske regler om edition. Det følger således af § 298, stk. 1, at retten på begæring kan pålægge en part at fremlægge beviser, der er undergivet dennes rådighed, men at konsekvensen af ikke at imødekomme denne begæring alene er processuel skadesvirkning, jf. stk. 2, jf. § 344, stk. 2. Dette kan potentielt 'omgås' i tilfælde af, at D ikke er inddraget i det i givet fald kumulative søgsmål, hvis D ligger inde med beviser, som D således pålægges at forevise eller udlevere som led i tredjemandsedition, idet denne form for edition e.o. kan gennemtvinges efter reglerne om vidnepligt i RPL §§ 169-172, jf. § 299, stk. 2.

Uanset anvendeligheden af dansk værneting er det således ikke i alle tilfælde hensigtsmæssigt for skadelidte at udnytte. Det må dog påpeges, at såfremt lovvalgsreglerne tilsiger, at dansk materiel ret finder anvendelse på en given tvist, da er det om muligt anbefalelsesværdigt at udnytte dansk værneting (afhængigt af det ønskede resultat), idet de danske domstole givetvis er bedre egnede til at behandle dansk ret. Det kan ydermere ikke udelukkes, at en udenlandsk

²⁵ Bang-P., s. 239 (forudsætningsvist)

²⁶ Bang-P., s. 478

domstol vil være påpasselig i relation til vurderingen af dansk ret, herunder især når tvisten angår en problemstilling, der endnu ikke har været behandlet af de danske domstole²⁷.

6.1.2. ER DANSK RET ANVENDELIG?

Dansk ret kan være anvendelig uanset værnetinget, hvorfor spørgsmålet om lovvalg er relevant, irrespektivt af hvorvidt Danmark er rette værneting. I det følgende forudsættes det dog, at der er dansk værneting, således at den danske internationale privatret skal anvendes til at vurdere, hvilket lands lovregler der finder anvendelse. Danmark forudsættes således at være *lex fori*.

Når en tvist angår Ms potentielle ansvar uden for kontrakt, herunder over for ansatte i D eller residenter i det område, hvor D opererer, er det deliktsstatuttet, der skal anvendes til at vurdere anvendeligheden af dansk ret, forudsat den givne tvist ikke ligeledes indeholder elementer af tings- og/eller kontraktsret samt evt. selskabsret²⁸. Sidstnævnte vil være tilfældet, såfremt skadelidte vil støtte et evt. sagsanlæg på betragtninger om hæftelsesgennembrud. I så fald er selskabsstatuttet formentlig det mest nærliggende at anvende ved vurderingen af den anvendelige lovgivning²⁹. I det følgende tages der dog afsæt i, at tvisten angår erstatning uden for kontrakt, hvilket vil være tilfældet, når ansvar forsøges hjemlet i betragtninger om deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud. Nærmere overvejelser om kvalifikationsspørgsmålet er derfor ikke nødvendige.

Danmark er ikke bundet af ROM II, idet bestemmelserne heri er omfattet af Danmarks forbehold for EU's samarbejde om retlige og indre anliggender.³⁰ Ydermere er konventionen ikke gjort anvendelig i dansk ret via en parallelaftale, således som det er tilfældet med DF. Det er således som udgangspunkt dansk rets ulovfæstede regler om lovvalg i deliktssager baseret på retspraksis og teori, der gælder³¹. Disse regler fordrer en samlet vurdering af sagens tilknytningsfaktorer m.h.p. at vurdere, hvilket land sagen har sin stærkeste tilknytning til. Dette varierer givetvis fra sag til sag, men såfremt skaden er sket i udlandet som følge af aktiviteter i dette land, taler dette for, at det er det pågældende lands erstatningsret snarere end dansk ret, der er anvendelig. Årsagen hertil er, at hovedreglen i dansk ret må anses som værende anvendelse af loven på skadesstedet snarere end handlingsstedet³². Dette er tillige i tråd med ROM IIs udgangspunkt, jf. art. 4, stk. 1.

Det kan dog e.o. være muligt at komme igennem med et synspunkt om, at sagen reelt har sin stærkeste tilknytning til Danmark, hvis en helhedsvurdering af sagens omstændigheder tilsiger det, herunder såfremt de beslutninger, der har resulteret i skaden, er truffet i Danmark. I de fleste tilfælde vil det dog være skadesstedets lov, der er anvendelig. Uanset dette kan det - i situationer hvor Danmark er *lex fori* - overvejes, om de således anvendelige regler er i strid med "ordre public" i henhold til dansk ret, herunder såfremt disse regler er i strid med menneskerettighederne. I sådanne tilfælde gøres dansk ret (delvist) internationalt præceptivt, hvilket medfører en opsplitning af lovvalget, herunder fx med den følge at der anvendes forskellige love på enkelte erstatningsretlige spørgsmål.³³ E.o. kan det således være attraktivt at anlægge en sag i Danmark, trods dansk ret ikke finder anvendelse på den givne tvist.

²⁷ Se fx Payen omtalt nedenfor i a. 6.3.1

²⁸ Madsen, s. 455 ff.

²⁹ Jf. U2003.1593

³⁰ Madsen, s. 459

³¹ Madsen, s. 498

³² Madsen, s. 509

³³ 2013.315, s. 2

Hvis lovvalget dog falder på dansk ret, da skal som udgangspunkt samtlige retlige spørgsmål vurderes på baggrund heraf, herunder i en erstatningsretlig kontekst spørgsmål vedrørende ansvarsbetingelserne og det nærmere indhold heraf. I sådanne tilfælde kan det dog heller ikke udelukkes, at en såkaldt ”opsplitning” af lovvalgsreglerne i helt særlige tilfælde nødvendigvis gøres. Heri ligger, at selv om lovvalget falder på dansk ret, kan det være nødvendigt at inddrage visse aspekter af retsstillingen i skadeslandet, herunder fx skadestedets adfærdsnormer til vurderingen af ansvarsgrundlaget.³⁴ Det kan således fx tænkes at være tilfældet, hvor en nigeriansk skadelidte forsøger at drage et dansk M til ansvar for Ds handlinger i Nigeria; hvis deliktsstatuttet tilsiger, at dansk ret finder anvendelse, vil det være nødvendigt at inddrage nigeriansk erstatningsret som led i culpa-bedømmelsen, idet der nødvendigvis må tages hensyn til de dér gældende adfærdsnormer, herunder for kontrol og sikkerhed. Denne ”opsplitning” kan dog ikke antages at hjemle et forsvar for M i den forstand, at M ikke har handlet culpøst, blot fordi menneskerettighedskonventionen e.l. ikke finder anvendelse på skadestedet, hvilket således har påvirket de lokale adfærdsnormer. I den forbindelse må ”opsplitningen” nødvendigvis suppleres af betragtninger relateret til ordre public³⁵.

Det må ligeledes holdes in mente, at Ms selvstændige ansvar ikke nødvendigvis anses som værende betinget af Ds selvstændige ansvar, men at sidstnævnte selvsagt oftest er en kendsgerning, der - afhængigt af den lov, der har impliceret D – kan udgøre et yderligere indicium, som peger i retning af Ms selvstændige ansvar³⁶. Modsætningsvist er Ds manglende ansvar på baggrund af skadestedets lovgivning heller ikke nødvendigvis ensbetydende med, at M ikke ifalder ansvar på baggrund af den lovgivning, der finder anvendelse til vurderingen af Ms ansvar.

Slutteligt må det bemærkes, at uanset de helt basale erstatningsretlige principper i og for sig i vid udstrækning er universelle, vil såvel nationale som især udenlandske domstole formentlig udvise tilbageholdenhed navnlig ift. at drage M til ansvar på baggrund af et deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud, idet denne form for ansvarsmodel fortsat i vid udstrækning er udforsknet i de fleste retssystemer – især i det omfang ansvaret er baseret på passivitet. Dette understøttes af, at det - trods erstatningsrettens (delvise) universelle karakter - ikke er givet, at forskellige retssystemer har den samme vurdering i relation hertil, herunder henset til en domstols forventelige skelen til adfærdsnormerne i dens eget land. Selvom culpareglen – og delvist erstatningsretten - i sin kerne er universel, kan det derfor være svært for en domstol at foretage vurderinger efter et andet lands ret³⁷. Hertil kommer, at det i vid udstrækning må være de nationale domstoles prærogativ at fastlægge de nærmere kriterier for anvendelsen af det deliktsretlige indirekte hæftelsesgennembrud³⁸.

Det er således ikke uden betydning, hvilket lands lovgivning der finder anvendelse samt hvilket værneting, der er anvendeligt. Overordnet set er det materielt mest hensigtsmæssigt at anlægge sagen i det land, hvis lovgivning finder anvendelse, forudsat værnetingsreglerne og ikke mindst det processuelle indhold heraf tillader dette på hensigtsmæssig vis. I praksis bør lovvalgsvurderingen således om muligt bearbejdes af skadelidte forinden værnetingsvurderingen initieres.

³⁴ Madsen, s. 505

³⁵ Se i samme retning Kløcker, a. 4.2

³⁶ Opmærksomheden henledes dog på, at der ikke nødvendigvis er korrelation mellem Ms ansvar og Ds ansvar, hvilket fx fremgår af Chandler p. 66.

³⁷ Se også omtalen af Payen i a. 6.3.1

³⁸ Kommer også til udtryk i Payen.

6.2. RETSSTILLINGEN I ENGLAND

England opererer ligeledes som Danmark med principperne om juridiske enheders selvstændige identitet og begrænset hæftelse, ligesom eksistensen af hæftelsesgennembrud e.o. anerkendes i helt særlige situationer³⁹. Afsættet for engelsk ret er derfor i hovedpunkter sammenligneligt med afsættet i dansk ret på området.

Det, der særligt gør behandlingen af den engelske retsstilling på området interessant, er, at England er det første vestlige retssystem med et klart eksempel på statueringen af erstatningsansvar i en situation, hvor M succesfuldt sagsøges for medvirken til Ds skadevoldende aktivitet på baggrund af Ms passivitet⁴⁰.

Indledningsvist skal det bemærkes, at engelsk erstatningsret i relation til de gennemgående typer af sager dog er speciel i den forstand, at det først isoleret set vurderes, om M rent faktisk har en omsorgspligt (den såkaldte "duty of care"). Først dernæst skal det vurderes, om denne omsorgspligt er forsømt, og om denne forsømmelse i givet fald har resulteret i et indtrådt tab.⁴¹ Som det vil fremgå, influerer denne opsplnitning dog ikke på den materielle retsstilling.

Det, der fokuseres på nedenfor, er naturligvis det indledende spørgsmål om, hvornår en omsorgspligt kan statueres, idet det er svært kortfattet at knytte generelle bemærkninger til det sekundære spørgsmål, da vurderingen af hvorvidt omsorgsplikten er forsømt i hvert tilfælde beror på de nærmere omstændigheder i den givne sag.

6.2.1. UDVALGTE DOMME

Idet England er et common law system, er behandlingen af de relevante domme på området central⁴². Udvalgte, ledende afgørelser behandles derfor til at belyse retsstillingen.

6.2.1.1. CAPARO

I 1990 afsagde "House of Lords" (Domstolen) dom i en sag, der navnlig omhandlede en tvist mellem et revisionsfirma ('Dickman') og Caparo Industries Plc ('CIP'), der er et britisk selskab specialiseret i overtagelser af andre selskaber.

Dickman havde i 1984 udarbejdet en revisionsrapport for firmaet Fidelity Plc. ('Fidelity'), som CIP var ved at overtage. Overtagelsen, der var igangsat allerede ved udarbejdelsen af rapporten, var initieret på baggrund af, at Fidelity var i økonomiske problemer, hvilket selvsagt resulterede i et væsentligt nedslag i kapitalandelens værdi, som CIP derfor kunne få billigt. Da CIP havde opkøbt en væsentlig andel af kapitalandelene, fremsatte de et samlet købstilbud på de resterende, som blev antaget. CIP proklamerede, at det samlede købstilbud navnlig var fremsat i tillid til, at revisionsrapportens udvisende var korrekt. Det viste sig dog, at de pågældende resultater i revisionsrapporten havde misrepræsenteret Fidelitys reelle profitter, hvorfor CIP havde betalt for meget for overtagelsen. Dette tab søgte CIP at få erstattet af Dickman.

³⁹ Morgan, s. 282 ff.

⁴⁰ Chandler omtalt nedenfor

⁴¹ CA06E

⁴² Det bemærkes for god ordens skyld, at de nyere domme givetvis i en vis udstrækning generelt er afsagt på baggrund af CA06, sek. 1 og 3, om end indholdet heraf ikke er relevant selvstændigt at redegøre nærmere for.

Domstolen fandt, at Dickman ikke havde pådraget sig et erstatningsansvar over for CIP i dettes egenskab af opkøber, idet Dickman ikke havde en "duty of care"⁴³ over for CIP i denne egenskab. Resultatet beroede på, at afgørende for statueringen af en sådan omsorgspligt i en ny sagskategori som den foreliggende var, om:

1. skaden var forudsigelig (Foreseeability)⁴⁴,
2. der var nærhed mellem de implicerede parter (Proximity) forstået på den måde, at der henset til omstændighederne var en forventning om, at den angiveligt skadesforvoldende part varetog den skadelidtes interesser⁴⁵, og om
3. det var fair, retfærdigt og rimeligt at pålægge en omsorgspligt (Fairness)⁴⁶.

Dette blev navnlig udtrykt således i afgørelsen (a. 12):

"[...] in addition to the foreseeability of damage, necessary ingredients in any situation giving rise to a duty of care are that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of "proximity" or "neighbourhood" and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other."

Domstolen foretog således en integreret og pragmatisk helhedsvurdering ("Caparo-vurderingen"⁴⁷), hvorfor det kan være svært at skelne mellem de forskellige ingredienser. Dette giver sig særligt til kende i relation til nærhed, idet det i dommens a. 53 udtales, at:

⁴³ "omsorgspligt"

⁴⁴ "forudsigelighed"

⁴⁵ "nærhed"

⁴⁶ "rimelighed"

⁴⁷ Det må præciseres, at der ikke reelt er tale om en definitiv test bestående af kumulative betingelser, som nødvendigvis skal opfyldes i alle typer af sager for at statuere en omsorgspligt, idet hele pointen med dommen var at afvise ideen om en sådan singular test (a. 12+54). Dette understøttes af Chief S, p. 106, og er senere blevet bekræftet i Chief W, p. 21-29, og senest i Steel, p. 22. Som det vil fremgå, kan de nedenfor gennemgåede domme dog alle forklares ud fra Caparo-vurderingen. Dette til trods for at præjudikater, der er baseret på nogenlunde samme omstændigheder som i en konkret forelagt sag, eller som det er muligt at drage analogier fra, reelt har forrang (Chief W, p. 29). Dette skal ses i sammenhæng med den såkaldte "incremental approach" (se herom Chief S, p. 102), som dommerne i Caparo reelt ønskede at promovere. En isoleret anvendelse af Caparo-vurderingen som mere end blot inspirationskilde nødvendiggøres derfor alene i tilfælde af, at den sag, der behandles, omhandler "a novel category of common law negligence liability" (Vedanta, p. 56 forudsætningsvist), der ikke kan løses ved skelen til præcedens, og selv da vil domstolene formentligt ikke alene henholde sig til Caparo-vurderingen (se fodnote 80). På den baggrund må det således fx anses som værende en fejlagtig udlægning af Caparo, når Court of Appeal fx i p. 38 i Thompson udtaler, at: "A duty of care will in such circumstances [where the totality of evidence is sufficient to justify the imposition of a duty of care] *be imposed only if the threefold test enunciated in Caparo v Dickman [1990] 2 AC 605 is satisfied*, that being the test of foreseeability of damage and proximity where additionally it is fair, just and reasonable to impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of another." Dette understøttes af, at Thompson er afsagt efter afsigelsen af Chandler omtalt nedenfor, der ligeledes som Thompson omhandlede Ms omsorgspligt over for en medarbejder i D. Trods omstændighederne i de to sager ikke var 100% sammenlignelige, herunder idet M i Thompson blot var et holdingselskab, udgjorde Chandler et præjudikat af en vis anvendelighed, som domstolen i Thompson formentligt i en vis udstrækning burde have haft baseret sin afgørelse på i stedet for. Resultatet ville dog formentligt ikke blive anderledes, herunder idet Chandler er baseret på Caparo-vurderingen, og idet Caparo-vurderingen er udtryk for almindelige erstatningsretlige principper og således har til formål at sikre, at der opnås "a balance between legal certainty and

”Proximity is, no doubt, a convenient expression so long as it is realised that it is no more than a label which embraces not a definable concept but merely a description of circumstances from which, pragmatically, the courts conclude that a duty of care exists.”

Det udslagsgivende i sagen blev, at Dickmans forpligtelse over for CIP ved udarbejdelse af revisionsrapporten ikke udstrakte sig til varetagelse CIPs interesser som opkøber af de resterende kapitalandele, hvorfor Dickman ikke havde nogen relation til CIP i denne egenskab. M.a.o. var det ikke påregneligt for Dickman ved udarbejdelse af revisionsrapporten, at CIP ville afgive overtagelsestilbud, herunder på baggrund af resultaterne præsenteret heri. Dette kommer navnlig til udtryk sidst i dommen (2. sidste a.) således:

”The fact that a company may at a time when the auditor is preparing his report be vulnerable to a take-over bid cannot per se create a relationship of proximity between the auditor and the ultimate successful bidder. Not only is the auditor under no statutory duty to such a bidder but he will have [no]⁴⁸ reason at the material time to know neither of his identity nor of the terms of his bid.”

Afgørelsen er ikke isoleret set interessant ift. moderselskabsansvar, men som det ses nedenfor, udbygges Caparo-vurderingen til ligeledes at være relevant i relation til vurderingen af Ms omsorgspligt over for T, der er kommet til skade som følge af Ds aktiviteter, idet den er udtryk for almindelige erstatningsretlige principper.

6.2.1.2. CHANDLER

Et par årtier senere blev der afsagt dom i en sag mellem en medarbejder i D, David Brian Chandler (”Brian”), og dettes M, Cape Plc (”Cape”). Dommen er den første, der statuerer at M har påtaget sig en omsorgspligt over for T i form af en medarbejder i D.

Brian, der var ansat i Capes D, Cape Building Products Ltd (”CBP”), led af forstyrrelser grundet asbest på arbejdspladsen og anlagde på den baggrund erstatningssag mod Cape. Court of Appeal (Domstolen) anvendte – ligesom High Court – indirekte Caparo-vurderingen og fandt, at Cape havde en omsorgspligt over for Brian⁴⁹.

Baggrunden herfor var, at Domstolen fandt, at loven e.o. pålægger M ansvar for Ds ansattes sundhed og sikkerhed. Sådanne omstændigheder inkluderer en situation som den foreliggende, hvor (i) Ms og Ds virksomhed i relevant henseende er den samme, (ii) M har overlegen viden om nogle af de relevante aspekter af sundhed og sikkerhed i den pågældende industri, (iii) Ds arbejdssystem er usikkert, hvilket M vidste eller burde have vidst, og (iv) M vidste eller burde have vidst, at D eller dettes medarbejdere regnede med, at M ville bruge denne overlegne viden som led i at sikre de ansattes beskyttelse.⁵⁰

For overskuelighedens skyld subsummeres sagens faktum på de afgørende momenter hver for sig i det følgende:

justice” (Chief W, præmis 29). De eventuelt anvendelige præjudikater vil derfor som hovedregel være baseret indirekte på Caparo-vurderingen, om end præjudikaterne sætter en ydre ramme og skal anvendes direkte.

⁴⁸ Min indsættelse. Henset til den samlede dom og citatet i dets helhed forekommer det åbenlyst, at pågældende ord ikke bevidst er udeladt.

⁴⁹ Cape medgav indledningsvist, at omsorgsplikten var forsømt, såfremt den eksisterede, hvorfor alene eksistensen af omsorgsplikten blev vurderet, jf. Chandler HC, p. 9, herunder idet kausalitet var givet.

⁵⁰ Chandler, p. 80

i). Virksomhed

Cape var allerede i det 19. århundrede involveret i produktionen af asbest og købte i 1945 en stor del af kapitalandelene i CBP, der også producerede asbest. Cape stoppede dog aldrig selv med at drive virksomhed og agerede dermed ikke blot som et holdingselskab.⁵¹

CBP blev hurtigt en integreret del af en koncern med Cape i spidsen, herunder henset til at der altid var en eller flere direktører fra Cape placeret i CBPs bestyrelse. Bestyrelsesmøder i CBP blev i øvrigt afholdt på Capes kontor⁵², og mange aspekter af produktionsprocessen blev diskuteret og autoriseret af Capes bestyrelse⁵³.

I 1956 solgte Cape sin asbestvirksomhed til CBP, der således forestod den samlede asbestproduktion. Uanset vedblev CBP at være en separat juridisk enhed med egen identitet, trods CBP ikke alene agerede i egen interesse, men derimod også i koncernens samlede interesse. Dette bevirkede også, at Cape indblandede sig mere i CBPs virksomhed.⁵⁴ Navnlig blev det fundet bevist, at Cape i flere tilfælde blandede sig i CBPs beslutninger vedrørende udvidelsen af dettes virksomhed⁵⁵.

ii). Viden + indblanding

Capes overlegne viden fulgte allerede af, at dette selv forestod asbestproduktion forinden opkøbet af CBP og sågar senere overdrog denne virksomhed til CBP. Ligeledes blev der udpeget en 'group medical adviser', og der var også ansat en 'scientific officer', der var involveret i at finde måder hvorpå asbeststøv kunne undertrykkes.⁵⁶ Ydermere forestod Cape overvågning af sundhedsforholdene ved at føre statistikker i forhold hertil⁵⁷.

iii). Arbejdssystem

Domstolen fandt det bevist, at det allerede tidligt blev anerkendt af Cape, at der var sundhedsrisici forbundet med asbestproduktion, herunder henset til Capes betydelige indsigt.⁵⁸ Ligeledes fandt Domstolen, at Cape havde indsigt i arbejdsmiljøet i CBP, herunder den defekt, der førte til den indtrådte skade på Brian. Dette blev ikke bestridt af Cape, idet dette før i tiden havde haft kontrol over den pågældende defekte produktionsenhed og derved arbejdsystemet.⁵⁹

iv). Forventning

Der forelå beviser for, at Cape havde gjort sin tekniske know-how tilgængelig for CBP, og der blev refereret til koncernpolitikker i bestyrelsesmøder, herunder i relation til produktionsprocessen, ligesom der blev udpeget en 'group chief chemist'. Sundhedsrisici blev således håndteret på koncernplan, men ligeledes i "dattersel-

⁵¹ Ibid., p. 7-8

⁵² Ibid., p. 10

⁵³ Ibid., p. 30

⁵⁴ Ibid., p. 11-13

⁵⁵ Ibid., p. 28

⁵⁶ Ibid., p. 19+31

⁵⁷ Ibid., p. 22

⁵⁸ Ibid., p. 17

⁵⁹ Ibid., p. 75+77

skabsplan” idet CBP også havde egne arbejdslæger ansat. Cape udarbejdede tillige en gruppemanual, der navnlig foreskrev regelmæssige tjek af visse særligt udsatte ansatte.⁶⁰ Der var således indicier for, at Cape var involveret i håndteringen af sikkerheden og helbredet for de ansatte i koncernen, trods Cape ikke var ansvarlig for at implementere politikker i CBP.⁶¹

Som det ses, er dommen reelt baseret på Caparo-vurderingen, idet det på integreret vis blev vurderet, at den indtrådte skade var forudsigelig (iii), at der var nærhed mellem de implicerede parter (ii og iv), og at det var fair, retfærdigt og rimeligt at pålægge en omsorgspligt (i-ii). De to sidstnævnte kriterier behandles dog samlet, idet de kan henføres til samlebetegnelsen ”an assumption of responsibility”⁶². Konstateringen heraf fordrer således – foruden rimelighed – nærhed⁶³, idet der brydes med princippet om, at der generelt ikke er nogen pligt for A til at hindre B i at skade C.

Det, som Domstolen på den baggrund gjorde omsorgsplikten betinget af, var navnlig, om Cape havde kontrol i relevant henseende og udstrækning⁶⁴. I den forbindelse var det afgørende, at Cape kunne have haft intervenseret i CBP på et hvilket som helst givet tidspunkt i den relevante henseende grundet dets tidligere indblanding. Idet dette beror på en helhedsvurdering, er det ikke nødvendigvis i alle tilfælde afgørende, at M har været involveret i relation til håndteringen af netop den skadesforvoldende aktivitet⁶⁵. Det kan således uanset være tilstrækkeligt, at M har blandet sig i håndteringen af andre anliggender.

I kombination med det faktum at Cape i vid udstrækning var i besiddelse af relevant viden samt havde indsigt i CBPs virksomhed, fandtes det således rimeligt at pålægge Cape en omsorgspligt, idet skadelidte med føje kunne forvente, at Cape ville intervenere for at varetage dennes interesser.

Det er vigtigt at understrege, at afgørelsen ikke – om end effekten er den samme - er udtryk for et hæftelsesgennembrud, men derimod er baseret på erstatningsretlige synspunkter⁶⁶. Ligeledes er det vigtigt at understrege, at afgørelsen heller ikke er baseret på, at Cape havde overtaget CBPs ledelse og derved pådraget sig et medvirkensansvar på baggrund af aktive handlinger i form af de facto-ledelse.

Dommen viser derfor, at Caparo-vurderingen er relevant i et flertal af situationer, herunder ifm. overvejelser om indirekte perforering af virksomhedssløret som alternativ til hæftelsesgennembrud. Afgørende i relation til moderselskabsansvar ses navnlig at være, at M har kontrol i relevant henseende. Dette fordrer, at det påvises, at M havde indsigt i den skadesforvoldende aktivitet, og at M i øvrigt havde forudsætning for samt anledning til at indblande sig og varetage pågældende skadelidtes interesser, herunder henset til Ms tidligere indblanding i Ds aktiviteter samt Ms viden på det givne område.

⁶⁰ Ibid., p. 15+18+22

⁶¹ Ibid., p. 74

⁶² Det eksakte indhold af dette ’koncept’ er endnu tvivlsomt (se navnlig Nolan), og en tilbunds gående behandling heraf falder derfor uden for specialets rammer.

⁶³ Chandler, p. 62

⁶⁴ Ibid., p. 46 + 62 ff.

⁶⁵ Ibid., p. 80

⁶⁶ Ibid., p. 69

6.2.1.3. AKPAN

Chandler omhandler Ms ansvar over for ansatte i D, og den bærer således præg af, at samtlige implicerede parter har en vis relation til hinanden grundet koncernkonstellationen. Caparo-vurderingen må dog nødvendigvis også være relevant ift. Ms ansvar over for andre UK, som D har forvoldt skade på. Dette følger allerede af, at Caparo ift. Dickman var en sådan UK, og at vurderingen er et udslag af almindelige erstatningsretlige principper.

Et eksempel herpå er Akpan, hvor Friday Alfred Akpan ("Friday") anlagde kumulativ sag mod D i form af Shell Nigeria ("Shell N") og M i form af Royal Dutch Shell ("RDS") på baggrund af Shell Ns skadesforvoldende handlinger i Nigeria ifm. dettes olieudvindingsvirksomhed.

Indledningsvist skal det fremhæves, at dommen blev afsagt i henhold til nigeriansk lovgivning. Denne lovgivning er dog baseret på engelsk lovgivning, jf. p. 4.10, hvor det udtales, at:

"After all, Nigerian Law is a common law system that is based on English law."

Desuden blev dommen afsagt af en hollandsk domstol (District Court of the Hague). Nævnte ændrer ikke dog ikke synderligt på dommens relevans, om end præjudikatværdien i England givetvis svækkes en smule som følge af nævnte omstændigheder.

Domstolen fandt, at det er sværere at konstatere nærhed i relation til en komplet udenforstående T for skade forvoldt af D (i udlandet). Dette til trods for at afgørende for nærheden synes at være, om M havde forudsætningerne for at indblande sig for at varetage skadelidtes interesser, hvilket M kan have, uanset om aktiviteten finder sted på den modsatte side af kloden. Det tyder derfor på, at domstolen har vurderet nærheden med pragmatiske øjne, hvilket ikke nødvendigvis er forkert, jf. herved a. 6.2.1.1. Hertil kommer, at det – om end dette primært relaterer sig til forudseeligheden – givetvis kan være sværere at påvise påregnelighed, des længere fra koncernens sfære skadelidte befinder sig. Dette bestyrkes i sagen ligeledes af, at RDSs og Shell Ns virksomhed ikke var den samme, og at det ikke var påvist, at RDS var bedrevidende end Shell N⁶⁷. Desuden udvides omsorgspligten betydeligt i sådanne tilfælde, idet de personer, som pligten kan omfatte, ikke længere består af en afgrænset mængde ansatte i D, men derimod af samtlige residerter i det område, som D opererer i, og måske endda flere. Derfor er det svært ikke at have sympati for, at det så meget desto mindre er rimeligt, fair og retfærdigt at pålægge M en omsorgspligt i sådanne tilfælde.⁶⁸ Det må således primært skyldes overvejelser om rimelighed, at det kræver mere at pålægge en omsorgspligt i sådanne tilfælde. Derfor hænger domstolens kommentar formentligt mere sammen med ansvarsformodningsvurderingen, der kombinerer overvejelser om rimelighed og nærhed, snarere end vurderingen af sidstnævnte isoleret set. Om end kausaliteten først vurderes, når det er konkluderet, at der rent faktisk er en omsorgspligt, må det dog påpeges, at påvisningen heraf også bliver sværere, des længere fra koncernens sfære skadelidte befinder sig.

Domstolen fandt yderligere, at det ikke gjorde nogen udslagsgivende forskel, at RDS havde udarbejdet en koncernpolitik, der særligt havde fokus på afværgelse og håndtering af de risici, som Shell Ns virksomhed medførte, idet dette ikke skabte nærhed mellem RDS og tredjemænd, herunder Friday.⁶⁹ Dette skyldtes særligt, at Shell N trods koncernpolitikken selv nærmere

⁶⁷ Akpan, p. 4.31

⁶⁸ Ibid., p. 4.29

⁶⁹ Ibid., p. 4.33

håndterede sin egen politik i så henseende, hvorfor RDS ikke havde indblandet sig i den fornødne udstrækning^{70, 71}.

Dommen kan tages til indtægt for, at statueringen af en omsorgspligt over for en ”reel” UK, der ikke indgår som en del i koncernens sfære, ikke er udelukket, men at det naturligt kræver særlige omstændigheder og indicier af en stærk bevismæssig kaliber.

6.2.1.4. VEDANTA

Betydningen af koncernpolitikker og især Ms håndtering heraf blev sat yderligere på spidsen i en endnu nyere dom.

Omtrent 1826 zambiske borgere anlagde gruppeerstatningssøgsmål mod Vedanta Resources Plc (”VRP”) som følge af den skade, giftige udslip fra en kobbermine i Zambia, der var ejet og administreret af VRPs D, Konkola Copper Mines Plc (”Konkola”), havde forvoldt.

Dommen er overordnet set processuel, idet det vurderes, hvorvidt England er rette værneting. For at vurdere dette kunne Supreme Court (Domstolen) dog ikke negligere den materielle problemstilling, idet et afgørende moment værnetingsvurderingen var, om der rent faktisk var grundlag for et selvstændigt sagsanlæg mod VRP og dermed retlig interesse heri, da VRPs hjemsted i modsat fald alene var udnyttet som led i at kumulere sagen mod Konkola for at undgå værneting i Zambia. Domstolen skulle derfor navnlig vurdere, om VRP havde interverneret i Konkola i en sådan grad, at en omsorgspligt over for T på den baggrund evt. kunne komme på tale, således at VRP materielt potentielt kunne drages selvstændigt til ansvar.⁷² Dette skulle vurderes på baggrund af zambisk lovgivning, men udfaldet vil dog formentligt blive det samme på baggrund af engelsk ret⁷³.

Domstolen udtalte generelt, at VRPs eventuelle ansvar for Konkolas handlinger ikke beror på det faktum, at VRP har mulighed for at overtage ledelsen i Konkola e.l., idet VRP ikke er pligtigt hertil. Det beror derimod på, i hvilken udstrækning og på hvilken måde VRP har udnyttet muligheden for at overtage, intervenere i, kontrollere, overse eller rådgive ledelsen i Konkola. Eksistensen af et koncernforhold demonstrerer alene, at VRP har haft en sådan mulighed for at lede.^{74, 75}

⁷⁰ Dette understøttes af F. H. s. 545 med omtalen af sondringen mellem obligatoriske koncernpolitikker og de facto kontrol over Ds aktiviteter.

⁷¹ I AAA fremhævede Court of Appeal ligeledes, at der ikke var nærhed, idet M alene havde en overordnet koncernpolitik, som var anvendelig ift. alle enheder i koncernen, og at det var de nationale og regionale entiteters, herunder Ds, pligt at foreskrive krisehåndteringspolitikker på disse niveauer. M dikterede således ikke politikkerne, men henholdte sig derimod til at de pågældende enheder havde ført tilstrækkelige tiltag i pågældende henseende til livs. D havde sågar også sin egen krisehåndteringspolitik udarbejdet af dettes ledelse uden råd eller direktioner fra M, ligesom D vidste, at det selv var ansvarligt for at håndtere den skadesforvoldende begivenhed, hvilket det også gjorde. Se i det hele AAA p. 22, 27 f. og 40. Derfor havde M heller ikke i AAA indblandet sig i et sådant omfang, at der var kontrol og dermed en forventning om yderligere indblanding. Som det ses, kræver det dog som udgangspunkt, at en sådan politik har til formål at regulere Ds forhold mere præcist og således ikke alene er vejledende. Dommen kan dog ikke tages til indtægt for at være udtryk for et generelt princip om, at et ansvar i mangel af eksistensen af sådanne omstændigheder altid er udelukket, idet en helhedsvurdering vil være nødvendig i hvert enkelt tilfælde, jf. Vedanta p. 52. Se desuden omtalen i Weber på s. 20.

⁷² Vedanta, p. 42+44

⁷³ Ibid., p. 56

⁷⁴ Ibid., p. 49

⁷⁵ I dansk ret er det dog tvivlsomt, i hvilken udstrækning der gælder en reel koncernledelsesret, jf. nærmere a. 6.4.3.

Domstolen fandt, at det ikke kunne udelukkes, at VRP – når alle beviser blev forelagt – havde en omsorgspligt over for de zambiske borgere⁷⁶. Den primære årsag hertil var, at det af VRP offentliggjorte materiale udgjorde et indicium for dettes påtagelse af ansvar for administreringen af Konkolas aktiviteter. Dette skyldtes især, at VRP havde ført koncernpolitikker til livs ved at implementere de heri foreskrevne standarder via træning, overvågning og håndhævelse. Graden af kontrol blev derfor anset for stor.

Af afgørelsen kan det udledes, at koncernpolitikker ikke (nødvendigvis) i sig selv konstituerer nærhed. Hvis M dog ikke alene proklamerer sådanne politikker, men tillige tager aktive skridt som led i deres efterlevelse og implementering i D, er det derimod mere nærliggende, at kontrollen og dermed nærheden konstateres. På den baggrund er det heller ikke svært at forestille sig, at nærhed kan etableres i tilfælde, hvor M – i offentliggjort materiale – anfører at sørge for, at D efterlever politikkerne, herunder uanset at dette de facto ikke føres til livs, idet T da får en forventning om Ms indblanding og dermed varetagelse af dennes interesser.⁷⁷

En af de mest interessante præmisser i afgørelsen at hæfte sig ved er ydermere p. 52, hvor det – som kommentar til Chandler – udtales som obiter dictum, at:

”As a result, and after a full trial, the parent was found to have incurred a duty of care to the employees of its subsidiary, and *the result would surely have been the same if the dust had escaped to neighboring land where third parties worked, lived or enjoyed recreation.*”

Således indeholder dommen ligeledes eksplicit belæg for, at konstatering af Ms omsorgspligt over for en T i form af andre end ansatte i D som nævnt er muligt. Dette understøttes særligt af, at Domstolen ydermere fandt, at der reelt ikke var tale om ”a novel category of common law negligence liability”⁷⁸.

Bemærkelsesværdigt er det dog, at VRPs versus Konkolas finansielle situation blev pålagt vægt og derved indtog en rolle i vurderingen af ansvaret.⁷⁹ Om end dette må ses i sammenhæng med overvejelser om rimelighed, er dette moment – i hvert fald ift. dansk ret - dog principielt ikke hensigtsmæssigt at inddrage, idet dette snarere er betragtninger, der bør være forbeholdt overvejelser relateret til direkte hæftelsesgennembrud, herunder ift. underkapitalisering. Det er indres dog, at der foretages en helhedsvurdering af samtlige omstændigheder.

6.2.2. OPSAMLING

Det følger af generelle erstatningsretlige principper i engelsk ret, at M er i risiko for pådrage sig et direkte ansvar over for UK, herunder i form af komplet udenforstående og/eller medarbejdere i D, for Ds handlinger, såfremt der statueres en omsorgspligt for M over for UK.

Til brug for vurderingen heraf skal det i overensstemmelse med den såkaldte ”incremental approach” indledningsvist undersøges, om der er relevante præjudikater, som den givne sag passende kan vurderes ud fra, idet de i givet fald sætter visse grænser⁸⁰. I relation til Ms omsorgspligt er det derfor relevant at hæfte sig ved, at Vedanta bygger videre på AAA, der bygger videre på Akpan, som delvist bygger videre på Chandler. Der foreligger således i relation til

⁷⁶ I modsætning til i Okpabi (se omtalen i Bergkamp).

⁷⁷ Ibid., p. 53+61

⁷⁸ Ibid., p. 56+60. Dette fund var desuden årsagen til, at det var mere nærliggende at behandle sagen på baggrund af et tidligere præjudikat frem for særskilt at foretage Caparo-vurderingen. Se også s. 436 ff. i Curran.

⁷⁹ Ibid., p. 78-79

⁸⁰ Chief S, p. 102

Ms omsorgspligt relevante afgørelser, som domstolen i en vis udstrækning kan vurdere en given sag på baggrund af, hvorfor Caparo-vurderingen som udgangspunkt ikke isoleret set skal anvendes. Idet Chandler i vid udstrækning er baseret på Caparo-vurderingen og således kan forklares herudfra, og idet sagerne sjældent er 100% sammenlignelige og dermed bundet direkte op på et givet præjudikat, er det dog i sidste ende oftest Caparo-vurderingen, der i vid udstrækning anvendes⁸¹. Det skal derfor overordnet set være forudsigeligt for M, at skaden kan indtræde, samtidig med at der skal være nærhed mellem M og skadelidte, mens det også skal være fair, rimeligt og retfærdigt at pålægge M en sådan omsorgspligt.

Som det fremgår, foretager domstolene generelt en konkret pragmatisk helhedsvurdering i denne type af sager i hvert enkelt tilfælde. Generelt kan det udledes, at vurderingen først og fremmest må anses som værende udslag af en adækvansvurdering, idet det afgørende indledningsvist er, om M havde mulighed for at forudse, at en skade på pågældende skadelidte af netop den givne karakter, herunder henset til omfang og type, kunne indtræde (Foreseeability). Forudsætningen herfor er, at M har fornøden viden i relation til samt indsigt i den aktivitet, der forårsager skadens indtræden. Adækvansvurderingen suppleres hernæst af en vurdering af, hvorvidt M henset til dets tidligere indblanding har fornøden kontrol over aktiviteten og dermed forudsætningerne for at håndtere denne, samt om M - navnlig henset til forudseeligheden - har særlig anledning til at håndtere aktiviteten under hensyntagen til skadelidtes interesser (Proximity). Sidstnævnte vurdering er særligt pragmatisk og foretages navnlig under hensyntagen til, hvad skadelidte med føje kunne forvente ift. varetagelse af dennes interesser. Besvares disse spørgsmål bekræftende, er det nærliggende at pålægge en omsorgspligt, forudsat det i øvrigt anses for fair, retfærdigt og rimeligt (Fairness) på baggrund af politiske overvejelser⁸². Der foretages således en integreret helhedsvurdering, hvor det vurderes, om der er adækvans (Foreseeability), og om der kan opstilles en ansvarsformodning (Proximity og Fairness kombineret som led i at vurdere, om der er en "assumption of responsibility").

Som det navnlig fremgår af Vedanta synes det afgørende at være, om skadelidte med føje kunne gå ud fra, at dennes interesser ville blive varetaget, og afgørende herfor er navnlig graden af Ms tidligere indblanding og kontrol⁸³. Dette er i tråd med Chandler, hvor det afgørende ligeledes var, om M havde kontrol i relevant henseende. Hvis graden af kontrol er stor, er det derfor nærliggende, at ansvarsformodningen ikke kan afkræftes, hvorfor påregnelighedsvurderingen træder i baggrunden, og hvorfor det måske får mindre betydning, at omsorgsplikten kommer til at omfatte en bred masse af interessenter, sml. m. betragtningerne i a. 6.2.1.3, herunder fordi det så meget desto mere anses for rimeligt.

Særligt er det således nærliggende at pålægge M ansvar, når det har affattet koncernpolitikker, som det søger at føre til livs, herunder måske endda blot hvor det proklameres offentligt, at

⁸¹ Dette understøttes af Vedanta, hvor det udtales, at "[...] the Chandler indicia are no more than particular examples of circumstances in which a duty of care may affect a parent", og at subsumeringen af sagens faktum herpå i den konkrete situation derfor "[...] if anything imposed an unnecessary straitjacket, both upon the claimants and the judge" (p. 56). Hvis en sag (fx Chandler) i en konkret situation ikke har synderlig præjudikatværdi grundet divergerende omstændigheder og således alene udgør en inspirationskilde, er det derfor nærliggende ligeledes at søge inspiration i Caparo-vurderingen via en subsumering af den konkrete sags faktum på de generelle erstatningsretlige principper, som testen er udtryk for. Særligt af den årsag er det muligt at forklare de gennemgåede domme ud fra Caparo-vurderingen, ligeledes som de i vid udstrækning er baseret herpå. I tråd hermed anføres det således også i McMeeken, at: "[...] while Caparo will remain relevant in the majority of cases the court's focus, particularly in more novel cases, will often be much wider." Selv om det ikke var hensigten, at Caparo-vurderingen skulle udgøre en test, hvis kriterier statueringen af omsorgsplikten er betinget af, har den i en vis udstrækning endt med at gøre dette, idet der er afsagt afgørelser ud fra en (implicit) forudsætning herom, som således nu udgør præjudikater med værdi i relation til den såkaldte "incremental approach".

⁸² Se herom Taylor.

⁸³ I samme retning Petrin, s. 5 ff.

dette er tilfældet, således at T med føje får en forventning om, at Ms viden udnyttes til at beskytte denne, jf. Vedanta. Det må dog som udgangspunkt kræves, at en sådan politik har til formål at regulere Ds forhold mere præcist og således ikke alene er vejledende, jf. AAA, idet M i modsat fald ikke har indblandet sig i fornødent omfang⁸⁴.

Det erindres for god ordens skyld, at konstateringen af en omsorgspligt ikke i sig selv er tilstrækkelig til statueringen af et erstatningsansvar. Et sådant fordrer som nævnt, at det yderligere påvises, at omsorgsplikten er forsømt, og at netop forsømmelsen af den konstaterede omsorgspligt har resulteret i et lidt tab. Omsorgspligtsvurderingen suppleres således af en vurdering af, om den ansvarsformodning, som omsorgsplikten foreskriver, kan afkræftes under yderligere hensyntagen til manglende fornødent ansvarsgrundlag (forsømmelse), kausalitet og/eller tab. Kun såfremt dette ikke er tilfældet, ifalder skadevolderen erstatningsansvar.

Nødvendigvis må det slutteligt bemærkes, at uanset at visse af de ovennævnte afgørelser i vidt omfang hænger sammen med Corporate Social Responsibility (CSR), er ansvarsdoktrinen udviklet i disse ikke kun anvendelig i forhold hertil, idet doktrinen som nævnt udspringer af generelle erstatningsretlige principper. Ms ansvar i relation til dets Ds aktiviteter er således ikke i sig selv en særskilt ansvarskategori, herunder inden for CSR. Tværtimod ses erstatningsretten at fremme betydningen af CSR og derved få en præventiv effekt i forhold hertil. At der sker krænkelse af fx CSR er således ikke udslagsgivende ift. erstatningsansvarsvurderingen, men ses alene at være en indikation af at særligt beskyttelsesværdige interesser er udsat, hvilket også kan være tilfældet, uanset om disse interesser er beskyttet via CSR. Denne indikation kan dog givetvis spille en særlig rolle i den rimelighedsvurdering, der indgår i Caparo-vurderingen. Hertil kommer, at menneskerettigheder og andre fundamentale rettigheder i internationale instrumenter som udgangspunkt ikke har horisontal effekt og dermed ikke binder private virksomheder; der er blot et stort overlap mellem rettigheder, der er beskyttet heraf, og rettigheder, der er beskyttet efter national erstatningsret⁸⁵. Om end afgørelserne promoverer CSR⁸⁶, er ansvarsmodellen udviklet heri således ikke forbeholdt anvendelse i relation hertil. De interesser, som ansvarsmodellen søger at beskytte, ses dog at være en personskaderamt UKs snarere end en finansiell, frivillig Ks. Ansvarsmodellen er derfor baseret på at fremme menneskerettigheder, og det er derfor ikke givet, at den også – i samme udstrækning - kan finde anvendelse i relation til sidstnævnte K. Som følge af de hensyn, der er på spil, er det i hvert fald nærliggende, at tærsklen er lavere i relation til en personskaderamt UK, hvilket i givet fald vil være udslagsgivende i rimelighedsvurderingen.

6.3. RETSSTILLINGEN I HOLLAND

Det er relevant at vurdere den hollandske retsstilling på området, idet dette lige såvel som det danske er et civil law system. Hertil kommer, at der ligeledes i Holland sondres mellem direkte og indirekte hæftelsesgennembrud, idet det også her som generelt princip anerkendes, at kapitalelskaber har en separat identitet adskilt fra kapitalejerne, og at de som udgangspunkt er undergivet begrænset hæftelse.⁸⁷ Afsættet for hollandsk ret er således i hovedpunkter også sammenligneligt med det danske afsæt på området.

⁸⁴ Dette kan være et incitament til ikke at implementere koncernpolitikker, der er mere end blot vejledende. Se dog Lovells samt Szábo.

⁸⁵ 2013.315, s. 1

⁸⁶ Se Kara om behovet for "hard law" på området.

⁸⁷ Art. 2:64/175 DCC om separat identitet og L.F.H. s. 23

Trods der ikke findes hollandske afgørelser, som behandler Ms ansvar over for en UK, og trods Holland i modsætning til England er et civil law system, hvorfor afgørelserne ikke har samme præjudicerende effekt, har afgørelserne dog fortsat stor principiel relevans.

Den centrale bestemmelse på området i Holland er art. 6:162(1) DCC⁸⁸, hvoraf følger, at:

”A person who commits a tort against another which is attributable to him, must repair the damage suffered by the other in consequence thereof.”⁸⁹

I henhold til hollandsk ret er det på baggrund heraf generelt en betingelse for at statuere erstatningsansvar, at der konstateres en uagtsom eller forsætlig uretmæssig handling eller undladelse (culpa), der har resulteret i et tab, som er en direkte følge af handlingen eller undladelsen (kausalitet) og som kan tilregnes skadesforvolderen (adækvans), samt at ’episoden’ falder inden for reglens beskyttelsesområde (såkaldt ”relativity”).⁹⁰ Den erstatningsretlige vurdering foretages – i modsætning til tilfældet i England – samlet⁹¹.

Ligesom i dansk ret er der flere forskellige ansvarskategorier for M i henhold til hollandsk ret, men her er det alene den form for erstatningsansvar, som er baseret på en omsorgspligt, der skal behandles.

6.3.1. DEN FORMODEDE RETSSTILLING

I *Osby* pådrog M sig ansvar over for Ds frivillige K, idet M havde ydet kredit til D mod at få sikkerhedsstillelse fra samme i form af pant i alle fremtidige og aktuelle aktiver i selskabet, hvorved K fik en forventning om, at D var finansielt stabilt, hvilket grundet pantsætningen ikke var tilfældet. M havde således skabt en illusion af solvens i D, hvilket var ansvarspådragende. Afgørende for ansvarsbedømmelsen var, at M havde en sådan indflydelse over Ds ledelse og dermed indsigt i D, at M på tidspunktet for pantsætningen vidste eller burde have vidst, at en ny K i D kunne komme til at lide skade grundet manglen på frie aktiver til at indfri gæld. M havde navnlig på den baggrund en pligt til at drage omsorg for indfrielsen af K.⁹²

I *Osby* udviklede den hollandske Højesteret således en pligt for M til ikke at negligere Ds Ks interesser, når M har faktisk kontrol over D og dermed indsigt heri og som følge heraf kan forudse, at de handlinger, som M foretager, kan resultere i tab for en sådan K. I så fald har M en pligt til at sørge for, at tabet ikke indtræder, idet det i modsat fald pådrager sig erstatningsansvar direkte over for Ds K. Domstolen udviklede dermed *en negativ* pligt for M til at varetage Ds Ks interesser ifm. aktiv indblanding i Ds virksomhed.⁹³

I AJ II og *Sobi* fandt den hollandske Højesteret, at M havde en omsorgspligt over for Ds frivillige K som følge af Ms indflydelse på Ds politikker, idet M på baggrund heraf burde have haft forudset, at K ville lide skade og derfor aktivt burde have haft interventeret for at afværge tabet. Ved – og som følge af - implementering af politikker i D har M altså pligt til proaktivt at varetage Ds Ks interesser. M kan således også påtage sig en *positiv* pligt til at varetage Ds frivillige Ks interesser, når dette har blandet sig i ledelsen af D.⁹⁴

⁸⁸ Kucko, s. 22

⁸⁹ Oversættelse fra DCL

⁹⁰ Enneking, s. 230+345 f.

⁹¹ Enneking, s. 229 ff.

⁹² Kucko, s. 23

⁹³ Ibid., s. 23

⁹⁴ Ibid., s. 24

På baggrund af *Osby*, *AJ II* og *Sobi* sammenholdt med art. 6:162(1) DCC kan det udledes, at M har en omsorgspligt over for Ds frivillige K, hvis i). det har indsigt i Ds finansielle situation, ii). det har intervenseret i og har fortsat mulighed for at intervenere i Ds virksomhed, og iii). det burde forudse, at K kan komme til at lide skade⁹⁵.

De behandlede afgørelser omhandler dog retsstillingen ift. en frivillig, finansiell K i D og dermed ikke ift. en UK. Den hollandske Højesteret har endnu ikke behandlet spørgsmålet i forhold hertil⁹⁶, men i litteraturen synes der at være enighed om, at den ovennævnte vurdering også kan anvendes i sådanne tilfælde til at statuere en omsorgspligt for M⁹⁷⁹⁸⁹⁹. I *Payen*, der blev afsagt i henhold til hollandsk ret, men af en amerikansk domstol i Florida, og som navnlig omhandlede Ms potentielle ansvar for omtrent 70 haitiske børns død, anføres det dog på dommens s. 7, at:

”In the face of lack of precedent on the question of whether personal injury claimants would be treated as creditors for purposes of indirect piercing, *Dutch scholarly debate appears split.*”

Trods to ledende hollandske eksperter på området var involveret som vidner, synes ovenstående dog at være udtalt af domstolen selvstændigt, idet de hollandske eksperter ikke kommenterer eksplicit på spørgsmålet, men i stedet forudsatte, at de tilskadekomne i sagen havde kreditorstatus.

Det forekommer således uanset mest korrekt, at ansvarsmodellen kan udvides til at omfatte andre tilfælde end blot ansvar over for Ds finansielle K. Årsagen hertil er, at dommene generelt kan tages til indtægt for, at M kan pådrage sig ansvar via en omsorgspligt over for tredjemænd, der lider skade som følge af Ds aktiviteter, såfremt M har viden om, involvering i og kontrol over disse aktiviteter¹⁰⁰¹⁰¹.

Det må også påpeges, at domstolen i *Payen* generelt er meget tilbageholdende, idet den ikke var villig til at udvide princippet om deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud, da dette som udtalt måtte være et prerogativ for de hollandske domstole. I tråd hermed udtaltes det således også, at:

”Piercing under Dutch law [...] is not a theory which substitutes the parent’s liability for the subsidiary’s liability”,

hvorfor ansvar for M allerede grundet det faktum, at domstolen ikke havde jurisdiktion til at behandle Ds ansvar og dermed ingensinde kunne konkludere, at de tilskadekomne reelt havde et krav mod D og som følge heraf havde kreditorstatus heri, ikke kunne statures. Det ses ikke

⁹⁵ Ibid., s. 24+28

⁹⁶ Og der er endnu ikke andre relevante afgørelser indtil videre, jf. L.F.H. s. 20.

⁹⁷ Kucko, s. 29 f., og Enneking, s. 340

⁹⁸ Første moment i vurderingen (i.) synes i den forbindelse ikke nødvendigvis isoleret set at have relevans, medmindre et sådant ’ansvar’ skal støttes på direkte hæftelsesgennembrudsbetragtninger. Det afgørende synes således ligesom i England at være kontrollen over D således som udtrykt i ’ii.’, men det kan dog ikke udelukkes, at indsigt i Ds finansielle situation kan influere herpå i relation til et deliktsretligt ansvar, herunder i forbindelse med en rimelighedsvurdering som led i den generelle adækvansvurdering (sml. m. Vedanta). Givetvis må det dog en være en forudsætning, at M har indsigt i andre aspekter af Ds virksomhed.

⁹⁹ L.F.H., s. 23

¹⁰⁰ Enneking, s. 237+340

¹⁰¹ Således er det også nævnt i Kucko på s. 29-30, at modellen er blevet anvendt af de øvrige domstole i Holland i relation til tilskadekomne medarbejdere i D.

nævnt andetsteds i litteraturen, at det er et utvetydigt kriterie for deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud pba. hollandsk ret, at D i første omgang findes ansvarligt, om end et sådant fund selvsagt kan understøtte, at M har et ansvar. Det må dog erindres, at der ikke nødvendigvis er korrelation mellem Ds og Ms ansvar. Trods Ms ansvar oftest er baseret på et medvirkensansvar i disse typer af sager, er det således ikke en absolut nødvendighed at basere det herpå¹⁰². Ligeledes må det erindres, at mens det direkte hæftelsesgennembrud er udtryk for Ms hæftelse for Ds gæld, er det indirekte hæftelsesgennembrud udtryk for Ms selvstændige ansvar. Konklusionen i Payen må derfor anses som værende et udslag af domstolens påpasselighed med at tage stilling til en udvidelse af princippet om deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud over for Ds finansielle K til også at omfatte en UK¹⁰³. Dette understøttes også af, at domstolen anser ”hæftelsen” som værende betinget af, at det er bevist, at D ikke kan indfri gælden til en potentiel K. Dette kan naturligvis heller ikke anses som et utvetydigt kriterie, idet det som udgangspunkt må stå de tilskadekomne frit for at vælge, om de vil anlægge sag mod M eller D i situationer, hvor begge parter potentielt bærer en del af skylden. Domstolen har således – forståeligt nok – behandlet den eksisterende teori om deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud i henhold til hollandsk ret konservativt og derfor undladt nærmere at vurdere muligheden for at drage M selvstændigt til ansvar på baggrund af en omsorgspligt, hvorfor dommen ikke har megen værdi. Tværtimod er dommen primært selskabsretlig snarere end erstatningsretlig og dermed baseret på gængse hæftelsesbetragtninger, der selvsagt navnlig fordrer at der utvetydigt er noget at hæfte for.

Det, der formentligt vil være afgørende for udstrækningen af omsorgsplikten og dermed også for om denne er opfyldt eller ej, vil være en afvejning af sandsynligheden for skadens indtræden, alvorligheden af den forventede skade, karakteren af og fordelene ved de omhandlede aktiviteter samt byrden ved at udføre forebyggende foranstaltninger.¹⁰⁴ I praksis er det således – ligeledes som i England – essentielt et krav, at den skadesramte kan bevise, at M havde eller burde have haft viden om risikoen for skadesforvoldelse, og at M burde have haft inter文neret i D m.h.p. at mitigere denne risiko som følge af graden af kontrol¹⁰⁵. Des større risiko, des større krav stilles der dermed også til de forebyggende omstændigheder uanset byrden herved¹⁰⁶. I kombination med at det anses for påregneligt for M, at en UK er i risiko for at lide skade som følge af den pågældende aktivitet, skabes der – ligeledes som i engelsk ret – en relation¹⁰⁷, idet M på den samlede baggrund i så fald har forudsætningerne for samt anledningen til at intervenere i håndteringen af aktiviteten under hensyntagen til UKs interesser.

Det må dog holdes in mente, at der nødvendigvis er en markant forskel på at statuere erstatningsansvar over for Ds frivillige K vis á vis Ds en UK i form af en medarbejder og især en anden udenforstående UK. Det kræver således i udgangspunktet mere at komme igennem med, at betingelserne er opfyldt i sidstnævnte tilfælde, hvilket også blev påpeget i Akpan. Til trods herfor påpeger Enneking i sin doktorafhandling, at dette potentielt ikke er tilfældet i hollandsk ret, således at tærskelværdien i sådanne situationer er mindre¹⁰⁸. Årsagen hertil synes at være det pragmatiske synspunkt, at det er mere rimeligt at pålægge erstatningsansvar over for en K,

¹⁰² Medvirken omtales nærmere nedenfor i a. 6.4.2.

¹⁰³ Se i samme retning M. Bartman.

¹⁰⁴ Enneking, s. 233+339, og L.F.H., s. 20

¹⁰⁵ Enneking, s. 341

¹⁰⁶ L.F.H., s. 20-21 med omtalen af ”effective care”.

¹⁰⁷ I Enneking s. 343-344 argumenteres der ligeledes for, at det formentligt er et krav, at der statueres en sådan særlig relation. Der argumenteres dog også for, at relationen potentielt ikke nødvendigvis behøver at bestå mellem M og skadelidte. Dette hænger formentligt sammen med, at det afgørende er, om det er forventeligt, at M tager hånd om aktiviteten – og det kan det være, uanset om der består en relation til skadelidte, herunder hvis der består en relation til det, der forårsager skaden.

¹⁰⁸ Enneking, s. 237 f.+343 f.

der ikke frivilligt har påtaget sig risici; et synspunkt, som det er svært ikke generelt at have sympati for, jf. også betragtningerne i a. 5. Idet omsorgsplikten udspringer af den generelle erstatningsret, der som nævnt i henhold til hollandsk ret – lige såvel som i henhold til dansk ret – navnlig fordrer kausalitet og adækvans, må der dog som udgangspunkt holdes fast i, at jo længere væk den skadesramte befinder sig fra koncernens sfære, des sværere er det generelt at påvise, at erstatningsbetingelserne er opfyldt. Mange faktorer kan således have haft spillet en rolle ift. den indtrådt skade, hvorfor det kan være svært at påvise et (direkte) påregneligt sammenfald mellem skaden og Ms passivitet¹⁰⁹. Synspunktet har således mest for sig i relation til en UK i form af en medarbejder i D, idet en sådan er inden for koncernens sfære i modsætning til en anden UK, herunder i form af en resident i det land hvor en skade er indtrådt. Det er er dog ikke udelukket, at synspunktet i praksis slår igennem i helhedsvurderingen som led i rime-lighedsbetragtninger¹¹⁰.

6.3.2. KONKLUDERENDE BEMÆRKNINGER

På baggrund af ovenstående er det i henhold til hollandsk ret nærliggende, at det er muligt at pålægge M en omsorgspligt over for personer, der grundet Ds aktiviteter er tilskadekomne, med den virkning, at M pådrager sig et direkte erstatningsansvar som led i et indirekte hæftel-sesgennembrud, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

- i. M har indsigt i Ds situation,
- ii. M har intervenseret i og har fortsat mulighed for at intervenere i Ds virksomhed,
- iii. M burde forudse, at det er sandsynligt, at K kan komme til at lide skade¹¹¹,
- iv. M forsømmer eller undlader at beskytte Ks interesser i forventeligt omfang,
- v. forsømmelsen af omsorgsplikten har resulteret i den indtrådte skade.

I så fald har Ms culpøse ageren – i overensstemmelse med art. 6:162(1) DCC - resulteret i et kausalt og påregneligt tab for den skadesramte, hvilket ikke svært kan siges at være inden for reglens beskyttelsesområde.

Det må dog understreges, at retsstillingen ikke er afklaret. Hertil kommer, at domstolene uden lovgivningsmagtens intervention ingensinde vil være decideret forpligtet til at henholde sig til en bestemt test uanset eventuelle præjudikater, idet Holland ikke er et common law system som England.

Som det er tilfældet i engelsk ret, ses det heller ikke i hollandsk ret at være direkte udslagsgivende, om en episode omhandler potentielle krænkelse af CSR eller krænkelse af andre interesser, herunder henset til at enhver bekymring for liv, sundhed eller ejendom i sidste ende ses at blive vægtet lige højt uanset om det er direkte beskyttet af CSR. Kvalifikationen af en specifik interesse som værende dækket af CSR signalerer således som udgangspunkt alene, at en

¹⁰⁹ Det ses således også, at det afgørende for opfyldelsen af kausalitetskriteriet under hollandsk ret er, om den angiveligt skadesforvoldende hændelse (her Ms passivitet) var en nødvendig betingelse for skadens indtræden, jf. Enneking s. 241.

¹¹⁰ Sml. m. omtalen af den pragmatiske karakter af den engelske vurdering samt "assumption of responsibility" i a. 6.2.2.

¹¹¹ Dette er potentielt ikke svært at påvise, jf. L.F.H. s. 21

fundamental værdi er særligt udsat. Det kan dog ikke udelukkes, at kvalifikationen har mere værdi end dette i en ansvarsmæssig kontekst, sml. m. a. 6.2.2^{112, 113}.

6.4. SAMME RETSSTILLING I DANMARK?

I a. 5 blev det navnlig undersøgt, hvilke ansvarsmodeller der aktuelt anses som værende anvendelige i dansk ret som led i at drage M til ansvar for Ds handlinger. Den mest nærliggende form for deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud synes at være doktrinen om medvirkensansvar efter reglerne om erstatning uden for kontrakt. Det, der er karakteristisk for den model, der blev behandlet i pågældende a., er, at aktualiseringen heraf fordrer en aktiv handling; navnlig Ms aktive indblanding i D har således ført til det lidte tab. M.a.o. har M gjort for meget i relation til den skadesforvoldende begivenhed.

Som det ses i a. 6.2 om engelsk ret og a. 6.3 om hollandsk ret, er der ved at udvikle sig en doktrin om et deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud baseret på Ms unkladelse snarere end Ms aktive handling. Denne form for ansvarsmodel ses ikke før anvendt i dansk ret, idet den i modsætning til ovennævnte model er baseret på, at navnlig Ms manglende indblanding i D har ført til det lidte tab. M har m.a.o. gjort for lidt i relation til den skadesforvoldende begivenhed, om end M førhen har indblandet sig i D i vid udstrækning. Nedenfor vil det derfor blive vurderet, om udviklingen af en sådan ansvarsmodel er inden for dansk rets rammer, hvordan ansvarsmodellen i givet fald skal konstrueres, og om en sådan udvikling i givet fald er ønskelig.

6.4.1 OPSUMMERING OG SAMMENLIGNING AF RETSSTILLINGEN I ENGLAND OG HOLLAND

I henhold til såvel engelsk som formodentligt hollandsk ret kan M pådrage sig et direkte ansvar over for en UK for Ds handlinger som led i en deliktsretlig indirekte perforering af virksomhedssløret via forsømmelsen af en omsorgspligt.

Efter engelsk ret vurderes *eksistensen af Ms omsorgspligt* generelt på baggrund af Caparovurderingen, hvorfor afgørende er, om:

- i. Det er forudsigeligt for M, at skade kan indtræde,
- ii. der er nærhed mellem M og skadelidte, herunder henset til Ms kontrol over D, og om
- iii. det er fair, rimelig og retfærdigt at pålægge M en omsorgspligt.

Hertil kommer, at ansvar alene statueres, såfremt *omsorgspligten er forsømt*, herunder henset til om der er handlet i forventeligt omfang under hensyntagen til sagens nærmere omstændigheder, og såfremt der er lidt et tab, som forsømmelsen af omsorgspligten har resulteret i.

Navnlig betragtninger relateret til advækvens, kausalitet, tab og ansvarsgrundlag er ligeledes relevante ved vurderingen af, om der i henhold til hollandsk samlet set konstateres *en forsømt omsorgspligt med erstatningsansvar til følge*, idet det formentligt er afgørende, om:

- i. M har indsigt i Ds situation,

¹¹² L.F.H., s. 19-20

¹¹³ Enneking, s. 346 ff.

- ii. M har intervenseret i og har fortsat mulighed for at intervenere i Ds virksomhed, herunder henset til Ms kontrol over D,
- iii. M burde forudse, at det er sandsynligt, at K kan komme til at lide skade,
- iv. M forsømmer eller undlader at beskytte Ks interesser i forventeligt omfang, og om
- v. forsømmelsen af omsorgspligten har resulteret i den indtrådte skade.

Som det ses, er såvel den engelske som formodentlig den hollandske erstatningsansvarsvurdering på baggrund af en forsømt omsorgspligt i sidste ende grundlæggende baseret på overvejelser om det lidte tab, ansvarsgrundlag, adækvans og kausalitet.

Det kan således udledes, at de bagvedliggende principper tilnærmelsesvist er ens, idet de udspringer af almindelig deliktsret. Hollandsk ret går dog potentielt lidt videre end engelsk ret, men en nærmere vurdering heraf falder uden for specialets rammer¹¹⁴.

Om end den almindelige erstatningsret givetvis divergerer fra land til land, ses det afgørende i sidste ende at være en afbalancering af interesser, der formentligt sjældent vil falde anderledes ud afhængigt af om sagen materielt vurderes i henhold til engelsk eller hollandsk erstatningsret¹¹⁵. Det antages derfor navnlig ikke rent juridisk – om end det potentielt processuelt og ikke mindst praktisk kan være relevant - at have selvstændig betydning, at engelsk ret i modsætning til hollandsk ret opererer med en ”todelt test”, hvor omsorgspligten først vurderes isoleret snarere end blot at indgå i en samlet helhedsvurdering. Hertil kommer, at der ikke ses at være noget særligt i hollandsk og engelsk selskabsret, der har været udslagsgivende ift. udviklingen af ansvarsmodellen, herunder idet ansvaret er baseret på deliktsretten. Af den årsag er der heller ikke medtaget særskilte kommentarer desangående. Ydermere må det bemærkes, at trods England – i modsætning til Holland – er baseret på common law, er såvel den engelske som den formodentlige hollandske model primært domstolsskabt, ligeledes som de danske ansvarsmodeller, der aktuelt anses for anvendelige, primært er domstolsskabte.

Selv om engelsk og hollandsk praksis selvsagt ikke danner præcedens ift. dansk ret, peger særligt disse fremhævede momenter desuagtet i retning af, at en ansvarsmodel baseret på Ms omsorgspligt potentielt også i en vis udstrækning er anvendelig i dansk ret, herunder med engelsk og hollandsk ret som inspirationskilder. Spørgsmålet er dog, om det er inden for rammerne af dansk ret.

6.4.2 EN UDVIKLING INDEN FOR DANSK RETS RAMMER?

M ses ingensinde tidligere at være fundet ansvarlig for Ds handlinger efter dansk ret i situationer, hvor M ikke selvstændigt aktivt har forbrudt sig mod nogen normer. Der ses således ikke at findes tidligere relevant praksis eller for den sags skyld særskilt lovgivning desangående, hvorfor vurderingen af om et sådant ansvar kan hjemles nødvendigvis må foretages primært på baggrund af de almindelige deliktsretlige regler.

Et deliktsretligt erstatningsansvar i henhold til dansk ret fordrer generelt, at der er et ansvarsgrundlag¹¹⁶, at der foreligger såvel kausalitet som adækvans, og at der er lidt et tab.¹¹⁷ Samtlige

¹¹⁴ Enneking, s. 343 + Kucko, s. 22 ff. + omtalen i a. 6.3.1.

¹¹⁵ Enneking, s. 341 ff., forudsætningsvist

¹¹⁶ I form af forsættelig eller (simpel/grov) uagtsom ageren, jf. Eyben, s. 88.

¹¹⁷ Eyben, s. 297 ff.

af disse omstændigheder udgør som påpeget ovenfor en integreret del af såvel den hollandske som den engelske erstatningsret.

Som det fremgår implicit af de gennemgåede udenlandske domme, er sagerne i Holland og England angående deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud via en omsorgspligt oftest vurderet ud fra et *medvirkenssynspunkt*, idet M ikke isoleret set aktivt har forbrudt sig mod nogen normer i relation til den skadesforvoldende begivenhed, men derimod har medvirket ved at undlade at gribe ind over for Ds skadesforvoldende aktivitet.¹¹⁸ Medvirken bedømmes i den forbindelse indirekte, idet det særligt vurderes, (i) om det var påregneligt for M, at dettes manglende intervention i D kunne føre til den indtrådte skade, (ii) om skadelidte med føje havde en forventning om, at M faktisk ville søge at beskytte dennes interesser, og (iii) om M havde forudsætningerne for at hindre tabet. Det, der således skal påvises, er navnlig, at der foreligger såvel adækvans som kausalitet. Såfremt det ikke er tilfældet, kan der ikke være tale om medvirken i erstatningsretlig forstand, idet Ms passivitet i så fald ikke på påregnelig vis har udgjort en faktor i relation til den indtrådte skade. Adækvans- og kausalitetskriterierne, der indgår som en integreret del af ansvarsmodellen, tager derfor højde for medvirkensspørgsmålet, hvorfor det altid vil bero på en vurdering af den pågældende sags nærmere omstændigheder, om der foreligger medvirken. Ansvarsmodellen falder således ikke uden for dansk rets rammer, blot fordi den er baseret på et medvirkenssynspunkt. Dette understøttes af, at Ms ansvar efter dansk ret ikke formindskes af, at der er en yderligere ansvarsbærende årsagsfaktor, herunder i form af Ds selvstændige erstatningsansvar¹¹⁹, ligeledes som advækansen ikke afbrydes, blot fordi M ikke isoleret set har forbrudt sig mod nogen normer¹²⁰.

Spørgsmålet bliver derfor, hvad der kan udgøre erstatningsretlig medvirken i denne type af sager efter dansk ret. Der er ikke tradition for at belyse dette emne selvstændigt i den erstatningsretlige litteratur¹²¹, hvilket navnlig skyldes, at det som nævnt altid vil bero på en konkret vurdering, om der er medvirket eller ej. Indledningsvist må det må dog fremhæves, at det ikke er enhver form for indblanding i D, der udgør erstatningsretlig medvirken. Dette understøttes af, at doktrinen om Ms erstatningsansvar på baggrund af de facto ledelse, der - som omtalt i a. 5.1.1 - ligeledes er baseret på et medvirkenssynspunkt, kun aktualiseres, hvis M har indblandet sig i et sådant omfang, at den indblanding, der normalt forventes praktiseret af en kapitalejer, er overskredet, herunder ved indblanding i den daglige og/eller strategiske ledelse (smh. m. SL §§ 111-118). Sidstnævnte ansvarsmodel er dog baseret på Ms aktive handlinger i modsætning til det unkladelsesbaserede medvirkensansvar, der vurderes i nærværende a. Mens den aktiv-baserede form for medvirkensansvar allerede anerkendes i dansk ret, giver sidstnævnte dog anledning til overvejelser om, hvorvidt dansk ret overhovedet kan hjemle et sådant.

Dansk ret anerkender generelt ansvar for unkladelser, såfremt der statueres en handlepligt¹²², og omsorgspligten, der netop er behandlet i nævnte domme, er i vid udstrækning udtryk for en sådan handlepligt. Handlepligten statueres navnlig i dansk ret i tilfælde, hvor den forpligtede har en vis bestemmelsesret og derfor et særligt ansvar for, at en aktivitet foregår på betryggende måde¹²³¹²⁴. Hertil kommer, at ansvar for unkladelser altid fordrer, at der (i en vis udstrækning) er en forudgående forbindelse til den skadesforvoldende situation¹²⁵.

¹¹⁸ Ligeledes 2013.315, s. 4

¹¹⁹ Udgangspunktet vil da være, at M og D hæfter solidarisk, sml. m. EAL § 25.

¹²⁰ Eyben, kap. 12, a. 3.2.1.

¹²¹ 2013.315, s. 4

¹²² Eyben, kap. 4, a. 3.3.3.

¹²³ Eyben, s. 101

¹²⁴ Sml. det engelske fænomen ”assumption of responsibility” som omtalt i a. 6.2.

¹²⁵ Eyben, s. 69 ff.

På baggrund heraf er det således nærliggende, at det, der vil udgøre erstatningsretlig medvirken i denne type af sager i dansk ret, er, at M med bestemmende indflydelse tidligere har blandet sig i den daglige og/eller strategiske ledelse i relation til Ds aktivitet i et sådant omfang, at M har et særligt ansvar for, at aktiviteten foregår på betryggende måde, hvilket M har forsømt at sikre sig. Det afgørende vil således være, om der er en vis forbindelse mellem Ms manglende intervention og den skadesforvoldende aktivitet, og forudsætningen herfor vil være, at der – på baggrund af Ms tidligere indblanding - er en forventning om, at M intervernerer. Dette ræsonnement er i tråd med omstændighederne i navnlig Chandler, hvor der særligt blev lagt vægt på, at M vidste eller burde have vidst, at D eller dets medarbejdere regnede med, at M ville bruge dets overlegne viden som led i at sikre Ds ansattes beskyttelse, herunder særligt idet M havde overskredet den indblanding, der normalt forventedes praktiseret af en kapitalejer, og dermed havde kontrol i relevant henseende. Ligeledes er det i tråd med den formodentligt hollandske ansvarsmodel, der navnlig fordrer at M har blandet sig i Ds virksomhed.

Det er således såvel negativt som positivt muligt at afgrænse, hvad der kan udgøre erstatningsretlig medvirken i denne typer efter dansk ret. På den baggrund er det ikke udelukket, at en dansk domstol efter dansk ret e.o. kan formodes at være tilbøjelig til at pålægge M ansvar for Ds handlinger i tilfælde, hvor M ikke isoleret set aktivt har forbrudt sig mod nogen normer. Dette antages i givet fald at skulle ske ud fra lignende ræsonnementer som de, der anvendes i England og formodentligt Holland.

Idet medvirkensansvaret efter dansk ret baseret på Ms aktive handlinger som omtalt i a. 5.1.1 fordrer et kvalificeret retsbrud, må det antages, at det samme gør sig gældende for så vidt angår Ms medvirkensansvar baseret på Ms undladelse. Det må dog erindres, at om end statueringen af et kvalificeret retsbrud oftest fordrer mere end blot simpel uagtsomhed, er det ikke ensbetydende med, at der altid kræves grov uagtsomhed. Dette understøttes af, at SL § 362, stk. 1, ligeledes som nævnt i a. 5.1.1 ikke finder anvendelse i situationer, hvor kapitalejeren ikke har ageret i sin egenskab af kapitalejer, dvs. i tilfælde hvor denne har blandet sig i den daglige og/eller strategiske ledelse. Hertil kommer, at der vil være tale om en helhedsvurdering, hvorfor kravene til uagtsomheden evt. i tråd med engelsk og hollandsk ret mindskes i situationer, hvor der er kontrol i vid udstrækning.

Det er således nærliggende, at et deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud statueres ved skadelidtes påvisning af følgende som led i en påstand om, at M har pådraget sig selvstændigt erstatningsansvar som følge af passivitet¹²⁶:

- | | |
|-----------------------------------|---|
| <i>tab</i> | skadelidte led et dokumenterbart <i>tab</i> , |
| <i>adækvans</i> | det var forudsigeligt for M, at Ds handlinger kunne resultere i et tab for skadelidte, såfremt M ikke intervernerede, herunder henset til Ms indsigt i D samt viden i relation til den skadesforvoldende aktivitet, |
| <i>handlepligt/relationsbedø.</i> | under hensyntagen til en samlet vurdering af Ms tidligere indblanding i og dermed kontrol med (visse dele af) Ds daglige og/eller strategiske ledelse var M pligtigt at sikre sig, at den skadesforvoldende aktivitet foregik på betryggende måde, herunder under hensyntagen til skadelidtes interesser, |
| <i>kausalitet</i> | Ms manglende intervention var (delvist) skyld i det indtrådte tab, |

¹²⁶ Reelt forsømmelse af en handle-/omsorgspligt.

ansvarsgrundlag

Ms manglende intervention anses som værende et kvalificeret retsbrud, herunder henset til risikoen forbundet med den skadesforvoldende aktivitet og byrden ved de forebyggende foranstaltninger, hvorfor M handlede tilstrækkeligt uforsvarligt ved at undlade at intervenere i det forventelige omfang og dermed forsømte at varetage skadelidtes interesser.

Såfremt eksistensen af ovenstående momenter påvises, anses det således for nærliggende, at M ved at forholde sig passivt kan ifalde ansvar over for en UK som følge af medvirken til Ds aktiviteter, forudsat fx en objektiv ansvarsfrihedsgrund og/eller skadelidtes egen skyld ikke fritager for ansvar. Endvidere indgår rimelighedsbetragtninger formentligt også implicit i vurderingen, herunder ved vurderingen af adækvansen¹²⁷.

Generelt må en omsorgspligt for M således navnlig fordre, at M på den ene eller anden vis har blandet sig i Ds aktiviteter førhen i et sådant omfang, at det på baggrund af en helhedsvurdering er forventeligt, at det blander sig igen, hvilket kan give anledning til en ansvarsformodning¹²⁸. Det kan fx tænkes at være tilfældet, hvis en koncernpolitik affattet af M har til formål at regulere Ds forhold mere præcist og således ikke alene er vejledende¹²⁹. E.o. kan det potentielt være nok, at M i offentliggjort materiale har anført at sørge for, at disse politikker efterleves, uanset om det de facto er tilfældet¹³⁰. Ansvarsformodningen kan dog som udgangspunkt nødvendigvis afkræftes, hvis det fx påvises, at M under alle omstændigheder ikke havde mulighed for at hindre den indtrådte skade¹³¹ (medmindre det er selve politikken efterlevelse, der har ført til tabet¹³²). Særligt kan det være sværere at påvise kausalitet (og adækvans) i grænseoverskridende anliggender, hvor flere momenter spiller ind, og over for en anden UK end en ansat i D.¹³³

I sidste ende altid vil resultatet dog bero på en samlet helhedsvurdering, hvorfor en høj grad af kontrol og dermed skærpet ansvarsgrundlag (og –formodning) kan være udslagsgivende i situationer præget af begrænset påregnelighed og/eller kausalitet, herunder idet det så meget desto mere anses for rimeligt at drage M til ansvar. Det er indres i den forbindelse, at det typisk er mere rimeligt at bryde med princippet om begrænset hæftelse over for en UK, jf. a. 5. Uanset at ansvarsmodellen ikke er baseret på en direkte brydning med princippet om den begrænsede hæftelse, er sidstnævnte et argument, der så meget desto mere taler for anvendeligheden af en model, der indirekte bryder hermed.

Idet det givetvis vil afhænge af omstændighederne i en given sag, hvorvidt betingelserne er opfyldt, behandles dette ikke yderligere.

Det er selvsagt i mangel af lovgivningsmagts intervention, herunder på EU-plan, domstolens prerogativ at udvikle ansvarsmodellen nærmere på baggrund af almindelige erstatningsretlige principper, og det er derfor ikke muligt præcist at forudse, om og i givet fald hvordan

¹²⁷ Se i øvrigt om lempelse i EAL § 24 smh. m. SL § 363, stk. 1.

¹²⁸ Det påpeges således ligeledes på s. 314 i Engsig, at man i en sådan situation kan forestille sig, at der opstår en formodning om, at M har blandet sig i alle beslutninger, og at M dermed også kan blive ansvarligt for at have forholdt sig passivt. Ligeledes blev det som nævnt fremhævet i Chandler, at det ikke nødvendigvis er afgørende for omsorgspligtens – og dermed ansvarsformodningens – statuering, at det bevises, at M har været involveret i håndteringen af netop den skadesforvoldende aktivitet.

¹²⁹ Sml. AAA. Det afgørende må være, om moderselskabet rent faktisk har i sinde at udøve de facto kontrol via politikken, jf. Akpan.

¹³⁰ Sml. Vedanta

¹³¹ L.F.H., s. 22

¹³² I så fald er der i stedet tale om et aktivbaseret medvirkensansvar som det omtalt i a. 5.1.1.

¹³³ Der henvises i den forbindelse til diskussionen i a. 6.3.1 og omtalen af Akpan i a. 6.2.1.3.

modellen manifesterer sig, hvilket principielt kan være forskelligt fra sag til sag. Der ses dog ikke at være noget til hinder for en sådan udvikling, herunder baseret på ovenstående ræsonnementer, idet rammerne herfor eksisterer i dansk ret. Hertil kommer, at dansk retspraksis navnlig indeholder afgørelser, der pålægger M ansvar over for Ds K på baggrund af deliktsretlige betragtninger om M's aktive/illoyale handlinger¹³⁴, hvorfor det principielt alene kræver et mindre skridt at udvide betragtningerne til også at konstituere ansvar på baggrund af M's passivitet, herunder i forhold til en UK i D.

Slutteligt fremhæves det, at idet Danmark er et civil law system, vil domstolene principielt ingensinde være bundet af tidligere national præcedens i samme omfang, som de engelske domstole er, om end præjudikater selvsagt udgør en væsentlig retskilde.

6.4.3 EN ØNSKELIG UDVIKLING?

Spørgsmålet om hvorvidt en udvikling, der åbner op for flere muligheder hvorpå det potentielle hul mellem den legale formalitet og den økonomiske/praktiske realitet kan lukkes, er ønskelig, er selvsagt et normativt spørgsmål, hvorfor svaret herpå til enhver tid vil bero på en del subjektivitet. Generelt er afgørende dog en afvejning af hensynet til K og hensynet til kapitalejeren i en given situation.

Som påpeget i a. 5 er en af begrundelserne for den begrænsede hæftelse at skabe investeringsincitament, idet kapitalejerne ikke behøver at bekymre sig om deres personlige aktiver og derfor overvåge selskabets aktiviteter. Des større indflydelse, der udøves, desto svagere står denne begrundelse. M er som bekendt kendetegnet ved dettes bestemmende indflydelse over D, jf. SL § 7, og idet den pågældende ansvarsmodel er baseret på en handlepligt, der netop opstår af den årsag at M har kontrolleret D, slår begrundelsen således ikke igennem i disse situationer.

Hertil kommer, at uanset at M er kendetegnet ved den bestemmende indflydelse over D, er det i udgangspunktet ikke ensbetydende med, at M er andet end blot en kapitalejer. Det klare udgangspunkt er derfor også, at den daglige og strategiske ledelse tilkommer de ledende selskabsorganer, jf. SL §§ 111-118, og at der i udgangspunktet ikke eksisterer en koncernledelsesret¹³⁵.

Ansvarsmodellen er derfor i sin grundvold baseret på, at M har ageret i strid med dets kapital-ejerrolle ved at blande sig i den daglige og strategiske ledelse af D og derved har forestået koncernledelse, uanset at der ikke tilkommer M en ret hertil, hvorfor der ikke tilkommer noget hensyn til M som kapitalejer i en sådan situation. Der er derimod et stort hensyn at tage til en (U)K i det omfang, denne er uden skyld i relation hertil. Modsat M har denne således ikke haft kontrol over situationen eller endog mulighed for at forudse, at uheldet snarligt ville være ude.

Idet ansvarsmodellen ikke er lig et direkte brud med princippet om den begrænsede hæftelse, men derimod alene er ensbetydende med, at virksomhedssløret indirekte perforeres, og idet

¹³⁴ Se fx førnævnte U2006.3050

¹³⁵ Dette er en direkte konsekvens af princippet om den juridiske enheds selvstændige identitet og kommer navnlig til udtryk i Kiwi, hvoraf følger, at koncerninteressen ikke kan hjemles, medmindre denne er sammenfaldende med det enkelte koncernforbundne selskabs interesse. En eventuel koncernledelsespligt må nødvendigvis være afgrænset på samme måde, idet en pligt til at lede fordrer en ret hertil. Således ses det også, at Ms og Ds interesser er sammenfaldende i de situationer, hvor M bebrejdes for at forsømme en handle-/omsorgspligt og dermed har en (koncern)ledelsespligt, idet formålet netop er at hindre skade på T. Interessensammenfaldet kan derfor hjemle retten, som er en forudsætning for at opfylde pligten, hvorfor ansvarsmodellen alene foreskriver en betinget og afgrænset (koncern)ledelsespligt, der netop kan opstå via Ms udnyttelse af en ledelsesret, som ikke eksisterer, herunder som modsvar herpå. Om end en afgrænset koncernledelsespligt i visse situationer foreskrives via en handlepligt og/eller et præsumptionsansvar (sml. m. navnlig EU-konkurrenceretten), eksisterer der således ikke en generel version heraf. Se nærmere 2017B.29 og i øvrigt Bartman om betragtningerne i hollandsk ret.

dens anvendelse fordrer, at der er noget at bebrejde M modsat Ds (U)K, taler meget derfor for, at udviklingen er ønskelig. At princippet om kommerciel moral placeres over princippet om juridiske enheders selvstændige identitet i en situation, hvor der – netop som følge af at sidstnævnte princip ikke har været respekteret af den aktør, som dette beskytter - er noget at bebrejde pågældende aktør, må m.a.o. således ud fra de flestes optik anses som værende ønskeligt¹³⁶.

7. Konklusion

En komparativ vurdering af det danske, engelske og hollandske retssystem viser, at de bagvedliggende erstatningsretlige principper relateret til den såkaldte ”duty of care” er overførbare til dansk ret. Deliktsretten har derfor potentiale til fremtidigt at få en endnu mere prominent rolle i relation til Ms ansvar over for skadelidte, der er påført tab som følge af Ds aktiviteter, idet statueringen af et deliktsretligt indirekte hæftelsesgennembrud på baggrund af Ms passivitet e.o. er muligt inden for dansk rets rammer. I de situationer hvor det ikke er Ms aktive handlinger, herunder i form af de facto ledelse af D, der direkte har medført et tab for skadelidte, er det således e.o. i stedet muligt at drage M til ansvar på baggrund af Ms passivitet i form af manglende intervention i relation til den skadesforvoldende aktivitet i D, hvis det bl.a. på baggrund af Ms tidligere indblanding i D var forventeligt, at M intervererede¹³⁷.

Trods principperne om kapitalselskabers selvstændige identitet og begrænset hæftelse ligeledes gælder i en koncern, kan denne ansvarsmodel således udgøre et supplement til de øvrige ansvars- og hæftelsesmodeller i relation til at lukke det potentielle hul mellem den legale formalitet og den økonomiske/praktiske realitet, som disse principper muliggør, ved indirekte at perforere virksomhedssløret på baggrund af Ms direkte erstatningsansvar. Denne udvikling må anses som værende ønskelig, herunder især idet anvendelsen af ansvarsmodellen givetvis vil være forbeholdt de situationer, hvor nævnte principper ikke kan retfærdiggøres fuldt ud, idet den er forbeholdt anvendelse i de situationer, hvor M har ageret som andet og mere end blot kapitalejer, og idet den formentligt primært er anvendelig over for en UK.

I grænseoverskridende situationer, hvor skaden er indtrådt i et andet land end Danmark, vil lovvalgsreglerne dog sjældent tilsige, at der tages afsæt i dansk ret, om end det ikke er udelukket, at dansk værneting – trods hensigtsmæssigheden heraf - er anvendeligt, og at særligt principper om ordre public derfor uanset kan medføre en delvis anvendelse af dansk ret. Hertil kommer, at de danske domstole formentligt i en vis udstrækning vil søge inspiration i de internationale sager, der aktuelt ses at eksistere på området, uanset hvilket lands regler lovvalget falder på.

Udviklingen går således generelt i retning af en forbedring af mulighederne for at drage M til ansvar for Ds nationale og internationale aktiviteter på baggrund af deliktsretten som led i en indirekte perforering af virksomhedssløret via direkte erstatningsansvar.

Litteraturliste

¹³⁶ Dette understøttes ligeledes af, at CSR promoveres via udviklingsretningen (a. 6.2.2).

¹³⁷ Ansvarsmodellen er formentligt ikke absolut nødvendigvis forbeholdt anvendelse i relation til en UK, men idet der vil være et større hensyn at tage, og idet de behandlede udenlandske domme omhandler sådanne samt i en vis udstrækning skal ses i lyset af CSR (se særligt a. 6.2.2), er det givetvis mest nærliggende at komme igennem med den i relation til en UK.

Det bemærkes, at henvisninger er foretaget som almindelige fodnoter, hvorfor en note før punktum henviser til den sætning, som noten står i forlængelse af, mens en note efter punktum henviser til det forud nævnt i pågældende afsnit i dets helhed. Når en note står i relation til et enkelt ord midt i en sætning snarere end sidst i en sætning, henviser den dog alene til det ord.

Brugte forkortelser:

a.	<i>afsnit</i>
D/Ds	<i>datterselskab, datterselskabet, datterselskabets mm.</i>
e.o.	<i>efter omstændighederne</i>
evt.	<i>eventuelt</i>
fx	<i>eksempelvis</i>
ifm.	<i>i forbindelse med</i>
ift.	<i>i forhold til</i>
jf.	<i>jævnfør</i>
K/Ks	<i>kreditorer, kreditorernes, kreditorers mm.</i>
M/Ms	<i>moderselskab, moderselskabet, moderselskabets mm.</i>
m.a.o.	<i>med andre ord</i>
m.h.p.	<i>med henblik på</i>
p.	<i>præmis</i>
s.	<i>side</i>
sek.	<i>sektion</i>
smh. m.	<i>sammenholdt med</i>
sml. m.	<i>sammenlignet med/sammenligneligt med</i>
T/Ts	<i>tredjemand(s)/tredjemænd(s)</i>
UK	<i>ufrivillig(e) kreditor(er)</i>

PRIMÆRKILDER

CA06	Compensation Act 2006
CA06E	Compensation Act 2006, Explanatory Notes, Background, Negligence and Breach of Statutory Duty
DCC	Civil Code of the Netherlands (<i>Dutch Civil Code</i>)
DF	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 1215/2012 af 12. december 2012 (<i>Domsforordningen</i>)

DL	Kong Christian Den Femtis <i>Danske Lov</i>
EAL	Lovbekendtgørelse 2018-08-24 nr. 1070 om erstatningsansvar
ROM II	Forordning nr. 864/2007 af 11. juli 2007 med ikrafttræden den 11. januar 2009 (<i>ROM II-forordningen</i> om lovvalget for forpligtelser uden for kontrakt)
RPL	Lovbekendtgørelse 2019-09-10 nr. 938 <i>Retsplejeloven</i>
SL	Lovbekendtgørelse 2019-07-23 nr. 763 om aktie- og anpartsselskaber (<i>Selskabsloven</i>)
SSL	Lovbekendtgørelse 2016-09-06 nr. 1164 <i>Selskabsskatteloven</i>

AFGØRELSER

AAA	AAA & Ors v Unilever Plc & Anor [2018] EWCA Civ 1532
AJ II	HR 19 Februar 1988, NJ 487
Akpan	Akpan v Royal Dutch Shell Plc. and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. (30.1.2013, C/90/337050 / HA ZA 09-1580)
Caparo	Caparo Industries Plc v Dickman [1990] UKHL 2; AC 605
Chandler	Chandler v Cape Plc [2012] EWCA; Civ 525
Chandler HC	Chandler v Cape Plc [2011] EWHC 951 (QB)
Chief S	Michael v Chief Constable of South Wales Police [2015] UKSC 2; AC 1732
Chief W	Robinson v Chief Constable of West Yorkshire Police [2018] UKSC 4
Kiwi	Sø- og Handelsrettens dom 7. December 2015 i sag P-52-14
Okpabi	Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc. and another [2018] EWCA Civ 191
Osby	HR 25. September 1981, NJ 1982, 43
Payen	Marie Payen v Helm AG (2015), case no. 1997-29728 CA 01
Sobi	HR 21 December 2001, JOR 2002/38
Steel	Steel v NRAM Ltd [2018] UKSC 13
Thompson	Thompson v The Renwick Group Plc [2014] EWCA Civ 635
Vedanta	Vedanta Resources Plc v Lungowe [2019] UKSC 20
U1983.267	U 1983.267 SH (S. H. D. 19. marts 1982 i sag H 548/1981)
U1997.364	U 1997.364 H (H.D. 21. januar 1997 i sag 538/1995)
U1997.1642	U 1997.1642 H (H.D. 13. oktober 1997 i sag II 168/1995 og II 169/1995)
U1999.1080	U 1999.1080 V (V.L.D. 11. marts 1999 i anke 8. afd. B-0856-98)

U2003.1593 U 2003.1593 V (V.L.K. 7. april 2003 I anke 8. Afd. B-0724-02)

U2006.3050 U 2006.3050 H (H.D. 22. august 2006 i sag 400/2004 (2. afd.))

U2018.1487 U 2018.1487 H (H.D. 19. januar 2018 i sag 80/2017 (1. afd.))

FAGLITTERATUR

- Bang-P.** Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Lasse Højlund Madsen & Clement Salung Petersen: *Den civile retspleje*, 2017, 4. udgave, 1. oplag
- Bartman** Steef M. Bartman: *Dutch Supreme Court at a Loss over Groups*, European Company Law 13, no. 4 (2016)
- Bergkamp** Penelope A. Bergkamp: *Parent Company Liability After Okpabi v. Shell*, 2018, European Company Law Journal 15, no. 4 (2018)
- Curran** Vivian Grosswald Curran: *Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations*, Chicago Journal of International Law, Volume 17, Number 2, Article 3, 12-1-2016
- Engsig** Karsten Engsig Sørensen: *Selskabsstrukturer – Joint ventures, koncerner, grænseoverskridende mobilitet og omstruktureringer*, 2015, 1. udgave, 1. oplag
- Enneking** Liesbeth Enneking: *Foreign direct liability and beyond – Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, 2012
- Eyben** Bo von Eyben & Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 2015, 8. udgave, 1. oplag
- F. H.** Liesbeth F. H. Enneking: *Transnational Human Rights and Enviromental Litigation: A Study of Case Law Relating to Shell in Nigeria*, 2019, Human Rights in the Extractive Industries, Interdisciplinary Studies in Human Rights 3
- Gomard** Bernhard Gomard: *Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner*, 1997, 1. udgave, 1. oplag
- Ikuta** Daisuke Ikuta: *The legal measures against the abuse of separate corporate personality and limited liability by corporate groups: the scope of Chandler v Cape Plc and Thompson v Renwick Group Plc*, DOI: 10.14324/111.2052-1871.079
- Kara** Pinar Kara: *The Role of Corporate Social Responsibility in Corporate Accountability of Multinationals: Is It Ever Enough Without ‘Hard Law’?*, European Company Law Journal 15, no. 4 (2018)
- Kløcker** Rasmus Kløcker Larsen: *Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victim KB v. Boliden Mineral AB?*, Nordic Journal of International Law, 83(4) (2014)
- Kucko** Magdalena Kucko: *Piercing the corporate veil – should English law go Dutch?*, London School of Economics and Political Science (LSE)
- L.F.H.** L.F.H. (Liesbeth) Enneking: *Country Report – the Netherlands*, publiceres først i 2020 på et endnu ukendt tidspunkt (sidenumre undergives desværre potentielt)

forandring ved publicering) (materialet er blevet tilsendt af Liesbeth efter personlige drøftelser – kopi kan fremskaffes ved efterspørgsel)

- Lovells** Hogan Lovells: *The Implications of the UK Supreme Court's Decision in Vedanta for the Management of Human Rights Risk in Overseas Operations and Supply Chains*, University of Oxford – Faculty of law, 30.5.2019
- Madsen** Palle Bo Madsen, Morten M. Fogt, Helle Isager, Torsten Iversen, Susanne Karstoft, Susanne Kier, Lars Hedegaard Kristensen, Birgit Liin, Lars Henrik Gam Madsen, Anne-Dorte Bruun Nielsen, Claus Rohde & Kasper Steensgaard: *For-mueretlige emner*, 2016, 8. udgave, 1. oplag
- M. Bartman** Steef M. Bartman: *Piercing the Corporate Veil in Haitian Poisoning Affair Rejected in First Instance: German HELM AG Not Found Liable under Dutch Corporate Law*, *European Company Law* 13, no. 3 (2016)
- McMeeken** Richard McMeeken: *Negligence: An Incremental Development of the Law*, 22.3.2018 (<https://www.morton-fraser.com/knowledge-hub/negligence-incremental-development-law>) (sidst besøgt 14.12.2019)
- Morgan** Phillip Morgan: *Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?*, *Journal of Professional Negligence* 31(4), 2015
- Nolan** Donal Nolan: *Assumption of Responsibility: Four questions*, 2019
- Odudu** Okeoghene Odudu & David Bailey: *The single economic entity doctrine in EU competition law*, 2014, *Common Market Law Review*, issue 6
- Petrin** Martin Petrin and Barnali Choudhury: *Group Company Liability*, UCL Working Paper Series (No.1/2018) [publiceret i *Eur Bus Org Law Rev* (2018), Vol 20, pp. 1-26]
- Szábó** Dániel Gergely Szabó & Karste Engsig Sørensen: *Pursuing CSR Policy in Corporate Groups: Insights in the Operation of Groups from Consolidated Non-Financial Reporting*, *European Company Law Journal* 15, no. 2 (2018)
- Søgaard** Gitte Søgaard & Erik Werlauff: *Koncernretten*, 2015, 1. udgave, 1. oplag
- Taylor** Beatrice Taylor: *Contemporary approaches to the duty of care requirement in negligence – has the law developed through an incremental process?*, 2017 (<http://www.exeterlaw.org/tort/contemporary-approaches-to-the-duty-of-care-requirement-in-negligence-has-the-law-developed-through-an-incremental-process/>) (sidst besøgt 14.12.2019)
- Weber** Rolf H. Weber and Rainer Baisch: *Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries*, 2015
- 1996B.124** John Adamsen, Pedersen og Jantzen: *Er retsbrudssynspunktet en farbar vej?*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1996B.124
- 2000B.399** Børge Dahl og Jørgen Nørgaard: *UfR 1997 side 1642 – Højesterets dom af 13. oktober 1997. Et anpartsselskab blev pålagt hæftelse for "søsterselskabs" gæld til Told- og Skattestyrelsen. – Selskabets hovedanpartshaver/direktør blev ikke*

pålagt hæftelse. Han blev heller ikke anset erstatningsansvarlig – hverken for selskabskonstruktionen eller for videreførelse af selskabet, Ugeskrift for Retsvæsen 2000B.399

- 2011.4.64** Jakob Gellert og Thomas Klausen: Hæftelsesgennembrud i et koncernretligt perspektiv, Revision og Regnskabsvæsen 2011.4.64
- 2013.315** Vibe Ulfbeck: *Virksomhedens privatretlige erstatningsansvar for overholdelse af menneskerettigheder i udlandet*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013.315
- 2017B.29** Karsten Engsig Sørensen: *Nybrud i koncernretten*, Ugeskrift for Retsvæsen 2017B.29
- 2017-31** Vibe Ulfbeck og Andreas Ehlers: *Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries: The Concept of Vicarious Liability*, University of Copenhagen, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2017-31

HJEMMESIDER

- DCL** Dutch Civil Code, Book 6 – The law of obligations, Title 6.3 Tort (unlawful acts): <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (oversættelse af DCC)