

DOM

afsagt den 2. juli 2010 af Vestre Landsrets 14. afdeling (dommerne Hanne Kildal, Ida Skouvig og Michael Ellehauge) i ankesag
V.L. B-2552-09

Appellant A/S (Tidl. Sagsøgte A/S)

Appellant 1 (Tidl. Sagsøgte 1)

og

Appellant 2 (Tidl. Sagsøgte 2)

(advokat Jacob Schousgaard, Thisted)

mod

Appelindstævnte ApS (Tidl. Sagsøger ApS)

(advokat Peter Henrik Würtz, Viborg)

Retten i Holstebro har den 2. december 2009 afsagt dom i 1. instans (BS 5-698/2008).

Påstande

For landsretten har [Appellant A/S] [Appellant 1] og [Appellant 2], gentaget deres påstande for byretten.

[Appelindstævnte ApS] har påstået dommen stadfæstet.

Forklaringer

Direktør [Person 1] har supplerende forklaret, at han på generalforsamlingen den 2. juli 2007, hvor man drøftede aktieoverdragelsen, gerne ville have haft betaling for good-

will, men det ville man ikke være med til fra de andre aktionærers side. I stedet tilbød man at udskyde overdragelsestidspunktet til regnskabsårets afslutning, således at han kunne få andel i den meromsætning, der ville falde i sidste kvartal. Han vidste, at der var en god indtjening i vente i dette kvartal, og accepterede det derfor. **Advokat 1**, som da var hans advokat, sagde også til ham, at det var den rigtige måde at gøre det på. Aftalen indbar efter hans opfattelse klart, at man i det sidste kvartal fulgte de hidtidige regnskabsprincipper. Man drøftede ikke på mødet de 6 fakturaer fra **Virksomhed A/S 1**, som først kom frem på den sidste dag i regnskabsåret. Disse fakturaer brød med de hidtidige regnskabsprincipper og blev alene udfærdiget med det formål at nedbringe værdierne i **Appellant A/S** til skade for ham og til gavn for aktionærerne i **Virksomhed A/S 1**. Han har ikke kendskab til, at der er foretaget bakteriologiske prøver som hævdet i faktura nr. 1, og reguleringen af prisen for rejepakkerne skete i strid med den aftalte listepris.

Appellant A/S er et rent handelsselskab, og der var ingen ansatte i selskabet, mens han var ansat som direktør. De fulgte gennem alle årene samme regnskabsprincipper. Armslængde princippet har i årenes løb været drøftet nogle gange, og når man blev opmærksom på, at der ikke blev handlet i overensstemmelse hermed, rettede man straks ind derefter.

Det er rigtigt som forklaret af **Appellant 2**, at der for muslinger, der blev kørt gennem **Virksomhed A/S 1's** anlæg, skulle betales 4,50 kr. pr. kg, men det var langt fra alle muslinger, der blev kørt gennem anlægget. På et tidspunkt holdt man helt op med at køre de muslinger, som man købte, igennem anlægget, idet der ved købet medfulgte certifikater, som sikrede, at varen bakteriologisk var i orden. Rigtig mange containere gik herefter direkte fra sælger til kunderne. Han ved ikke, om der er blevet taget de prøver, som faktura nr. 1 vedrører. De havde sammen med Fødevarekontrollen udarbejdet en håndbog for de procedurer, der skulle følges. Han husker ikke, om der stod noget om bakteriologisk kontrol i den.

En handel, hvor man i **Appellant A/S** købte en container med muslinger og videre-solgte dem, berørte ikke **Virksomhed A/S 1**. Dog var der den sammenhæng, at **Appellant A/S** solgte importerede muslinger til **Virksomhed A/S 1's** kunder, når der ikke kunne leveres muslinger fra Limfjorden. Derved hjalp man **Virksomhed A/S 1** med at holde kunden "varm", indtil der igen kunne leveres muslin-

ger fra fjorden. Ordningen var altid den, at der først blev solgt det, som **Virksomhed A/S 1** kunne levere, og først derefter overtog **Appellant A/S** kunden.

Det er rigtigt, at **Appellant A/S** indimellem havde varer liggende på **Virksomhed A/S 1's** lager. Den lokaleleje på 20.000 kr. pr måned, som **Appellant A/S** betalte, omfattede også betaling herfor. Aftalen herom var indgået med **Appellant 1** , og han blandende sig ikke i, om det aftalte beløb var tilstrækkeligt. På et tidspunkt kom der en regning, hvor dette beløb pludselig steg fra 20.000 kr. til 120.000 kr. pr. måned. Det var det, der gav anledning til hans ønske om at komme ud af selskabet. **Virksomhed A/S 1** kom i efteråret 2006 meget sent i gang med muslingefiskeriet. Man kunne derfor tidligt se, at det ville blive et dårligt år for **Virksomhed A/S 1** . Man ville derfor prøve at flytte indtægter fra **Appellant A/S** over i **Virksomhed A/S 1** dels i form af øgede betalinger fra **Appellant A/S** dels ved at omsætningen fra handel med de chilenske muslinger skulle flyttes over i **Virksomhed A/S 1** . Det ville han ikke acceptere, idet værdierne i **Appellant A/S** derved ville blive udhulet, ligesom muligheden for at tjene penge ville være væk. 80 % af indtjeningen i **Appellant A/S** kom fra Chile.

Appellant A/S blev dannet for at gøre det attraktivt for ham at blive i **Virksomhed A/S 1** , og det er derfor, at han i byretten har betegnet det som et "profit-center".

Vidne 1 har forklaret, at **Appellant A/S** havde til huse i **Virksomhed A/S 1's** lokaler, og selskabet blev serviceret af ansatte i **Virksomhed A/S 1** . **Person 1** var direktør for **Appellant A/S** , men han blev lønnet af **Virksomhed A/S 1** .

Faktura nr. 1 vedrører betaling for bakteriologiske prøver. **Person 1** havde som direktør for **Appellant A/S** bestemt, at der skulle ske prøvetagning af alle indkomne varer, og det var nærmere beskrevet i virksomhedens egenkontrolprogram. Prisen for **Virksomhed A/S 1's** laboratorieydelse er baseret på priser, som anvendes af eksterne laboratorier, og der er kun faktureret for prøver, der reelt er udtaget. Afregningen er derved baseret på armslængdeprincippet.

Da **Appellant 2** efter **Person 1's** fratreden blev direktør i **Appellant A/S** , gik

de tingene igennem. Det var nyt for ham, at så stor en andel af omkostningerne vedrørende **Appellant A/S** lå uden for dette selskab.

Der var over årene sket en udvikling således, at **Virksomhed A/S 1** fra at have den største omsætning nu havde den mindste omsætning. Skat undrede sig under det møde, der blev holdt i oktober 2009, over, at en virksomhed uden ansatte kunne have en så stor omsætning. Skat var godt tilfreds med, at man havde rettet op på tidligere års fejl, og gav udtryk for, at der ellers ville have været en skattesag.

Vidne 3 har supplerende forklaret, at han har været revisor for begge selskaber. Når han som revisor ikke havde opdaget, at noget var galt, skyldtes det, at man alene reviderede ud fra virksomhedens egen kontrol, og den gav ikke anledning til mistanke.

Han blev opmærksom på, at der var et problem, da **Appellant 2**, der er hovedaktionær, tog fat i ham sammen med **Vidne 1**. De sagde, at der var noget galt, og at der skulle ske en regulering. Vidnet kiggede på det, og det viste sig, at der var problemer, hvilket skattevæsenet også var blevet opmærksom på. Han havde ikke haft nogen mistanke derom, idet begge virksomheder hidtil havde haft store overskud. Der skete ikke en ændring af regnskabsprincipper, men alene en regulering til de rigtige priser. Man kunne således ikke acceptere, at der alene blev betalt 20.000 kr. pr. måned for de ydelser, som **Appellant A/S** modtog fra **Virksomhed A/S 1**, når alene lønnen til **Person 1**, der lagde langt hovedparten af sit arbejde i **Appellant A/S**, udgjorde langt mere end 20.000 kr. pr. måned.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

Landsrettens begrundelse og resultat

Appelindstævnte ApS har under sagen gjort gældende, at appellanterne har pådraget sig et erstatningsansvar. Det forhold, at det var **Virksomhed A/S 1** og dermed selskabets aktionærer, der fik fordel af, at **Appellant A/S** blev påført en række forpligtelser over for **Virksomhed A/S 1**, kan ikke begrunde, at sagen afvises. Den dagældende aktieselskabslovs § 144, stk. 3, der vedrører en aktionærs ret til under visse betingel-

ser at anlægge sag mod medlemmer af selskabets ledelse med påstand om, at disse skal betale erstatning til selskabet, kan heller ikke begrunde, at nærværende sag, der er anlagt af en tidligere aktionær med påstand om, at der tillægges denne erstatning, afvises.

Det lægges til grund, at Appellant 2 og Appellant 1 der gennem hver sit holdingsselskab ejede samtlige aktier i Virksomhed A/S 1, foranledigede, at der den sidste dag i Appellant A/S' regnskabsår 2006/2007 blev udstedt fakturaer fra Virksomhed A/S 1 til Appellant A/S og en kreditnota fra Appellant A/S til Virksomhed A/S 1, og at der i overensstemmelse hermed blev foretaget hensættelser og regnskabsmæssige reguleringer i Appellant A/S. Dette medførte tilsammen en negativ påvirkning af Appellant A/S' resultat på 4.987.070 kr. og en tilsvarende positiv påvirkning af Virksomhed A/S 1's regnskab. Transaktionerne indebar en betydelig forringelse af det provenu, som Appellindstævnte ApS var stillet i udsigt ved overdragelsesaftalens indgåelse.

Efter bevisførelsen er det ikke godtgjort, at disse transaktioner skete i henhold til aftale mellem de relevante parter, at de var baseret på de hidtidigt anvendte regnskabsprincipper eller at de i øvrigt var forretningsmæssigt begrundet for Appellant A/S.

Ved under udførelsen af deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i Appellant A/S og Appellant 2 tillige som selskabets direktør at have accepteret, at disse transaktioner blev gennemført, har Appellant 2 og Appellant 1 disponeret på en måde, der er åbenbart egnet til at skaffe dem eller deres selskaber en utilbørlig fordel på bekostning af Appellindstævnte ApS og de har derved pådraget sig et erstatningsansvar over for Appellindstævnte ApS efter den dagældende aktieselskabslovs § 140, jf. § 63.

Efter en samlet vurdering af omstændighederne i forbindelse med, at Appellant A/S ved sin ledelse påførte Appellindstævnte ApS et tab, har også Appellant A/S pådraget sig et erstatningsansvar over for Appellindstævnte ApS. Landsretten har herved også lagt vægt på ejerforholdene i Appellant A/S og i Virksomhed A/S 1 sammenholdt med den begrænsede personkreds, der udgjorde ledelsen i Appellant A/S.

Ved fastsættelsen af den erstatning, der tilkommer Appellindstævnte ApS, har landsretten taget udgangspunkt i, at de forpligtelser, der er påført Appellant A/S, har påvirket selskabets resultat for 2006/2007 i det anførte omfang. Herefter udgør Appellindstævnte ApS'

tab, opgjort efter principperne i den opgørelse, der er udarbejdet Appellant A/S, Appellant 1 og Appellant 2 (sagens hjælpebilag 1), 1.246.651 kr.

Landsretten stadfæster herefter byrettens dom med den ændring, at Appelindstævnte ApS krav nedsættes til 1.246.651 kr.

Efter sagens udfald og omfang sammenholdt med de nedlagte påstande skal Appellant A/S, Appellant 1 og Appellant 2 solidarisk betale sagsomkostninger for landsretten til Appelindstævnte ApS med 60.000 kr. Beløbet vedrører selskabets udgifter til advokatbistand.

Thi kendes for ret:

Byrettens dom stadfæstes med ændring, at det beløb, som Appellant A/S, Appellant 1 og Appellant 2 solidarisk skal betale til Appelindstævnte ApS, nedsættes til 1.246.651 kr.

Appellant A/S, Appellant 1 og Appellant 2 skal solidarisk betale sagens omkostninger for landsretten til Appelindstævnte ApS med 60.000 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Hanne Kildal

Ida Skouvig

Michael Ellehaug

