

U.1983B.373

Stille selskaber og U 1978.205 VLD

Af John Peter Andersen

Det stille selskab er en sjælden gæst i den trykte retspraksis. Det hænger formentligt sammen med, at den diskretion og konfidentialitet, der er det stille selskabs særkende, også afholder parterne fra at bringe eventuelle konflikter frem i åben belysning. Man kan kun gisne om udbredelsen af stille selskaber. De findes i sagens natur ikke i noget register eller arkiv. Men da et stille selskab på flere måder kan være et smidigt finansielt og investeringsmæssigt arrangement, må man formode, at det lever i bedste velgående bag kulisserne, ligesom det undertiden kan krydse henover advokatens skrivebord som et uhåndterligt spørgsmålstegn - ikke mindst i forbindelse med konkursproblemer. For hvad gør man egentlig med en »sleeping partner«? Hvordan er han stillet, når det stille selskab bryder sammen ved hoveddeltagerens konkurs? Kan han kræve sit indskud tilbagebetalt, eller må han stå tilbage for selskabets kreditorer? Og har det stille selskabs kreditorer nogen fortrinsret til fyldestgørelse fremfor hoveddeltagerens og den stille deltagers private kreditorer i tråd med forholdet ved interessentskaber og kommanditselskaber?

I. Begrebet stille selskab

Den eneste lovgivningsmæssige karakteristik af det stille selskab findes i firmalovens § 33 litra b. 1) Her er det stille selskab beskrevet som det forhold, at der er gjort indskud i en forretning, uden at der er sket nogen anmeldelse herom til handelsregistret. Et stille selskab foreligger således, når en person, uden at det ved anmeldelse til handelsregistret, ved cirkulære eller på anden måde er tilkendegivet trediemand, har gjort indskud i en virksomhed, der drives af en anden person. 2) Det centrale kendsingsmærke er just det forhold, at indskuddet er gjort i stilhed og ikke tænkes bekendtgjort for omverdenen. Indskyderen betegnes som stille deltager, og den, i hvis virksomhed indskuddet er gjort, betegnes som den ansvarlige hoveddeltager.

Hverken den stille deltager eller hoveddeltageren behøver at være en fysisk person. Der kan udmærket være tale om et selskab, en stiftelse eller sågar et stille selskab. 3)

Indskuddet behøver heller ikke at bestå i penge, men kan præsenteres i form af fysiske aktiver, immaterielle rettigheder, brugsrettigheder, fordringsrettigheder eller sikkerhedsrettigheder. Antageligt kan indskuddet også erlægges i form af personligt arbejde for hoveddeltageren, blot omverdenen er uden kendskab til, at arbejdet er led i en egentlig selskabsdannelse. 4)

Indskuddet kan endvidere begrænses til en del af hoveddeltagerens virksomhed og kan eventuelt gøres tidsbegrænset eller knyttes til en enkeltstående forretning (joint venture).

Selv om der må stilles ret strenge krav til den grad af diskretion, som er nødvendig, for at selskabet med rette kan karakteriseres som et stille selskab, er det fuldt forligeligt med selskabskonstruktionen, at skattemyndighederne og selskabets bankforbindelse er bekendt med forholdet. Det må formentligt også godtages, at enkelte større forretningsforbindelser har kendskab til den stille deltagelse, hvis dette kendskab er bibragt dem som en rent informativ forretningsoplysning og ikke som en bekendtgørelse, der tilsigter at indlemme den stille deltager som medansvarlig for selskabets forpligtelser. At medkontrahenterne ad omveje erfarer om den stille deltagelse og måske i tillid hertil engagerer sig i tabsgivende forretninger med selskabet, vil ikke kunne påvirke den stille deltagers stilling. 5)

De intrikate spørgsmål ved det stille selskab er hæftelsen og kreditorernes stilling. Hæftelsesspørgsmålet drejer sig om, hvorvidt den stille deltager hæfter personligt eller begrænset for selskabets forpligtelser, og om han, i tilfælde af hoveddeltagerens og dermed selskabets konkurs, kan anmelde sit eventuelle krav på tilbagebetaling af indskud på lige fod med selskabets kreditorer.

Spørgsmålet om kreditorernes stilling drejer sig om, hvorvidt optagelsen af en stille deltager i en enkeltmandsvirksomhed bevirker, at selskabsretlige synspunkter må komme til anvendelse i forholdet mellem virksomhed og kreditorer, således at der kan blive tale om fortrinsret for virksomhedskreditorerne fremfor deltagernes private kreditorer. Spørgsmålene behandles nedenfor under II og III.

II. Den stille deltagers stilling ved selskabets konkurs.

Det ligger fast efter såvel teori som retspraksis, at den stille deltager hverken hæfter personligt eller begrænset overfor selskabets kreditorer. 6) Den stille selskabsaftale er en aftale mellem den stille deltager og hoveddeltageren og er ikke nogen egentlig trediemandsaftale, der skaber rettigheder for kreditorerne overfor den stille deltager. Går virksomheden imidlertid konkurs, indtræder boet i fallentens rettigheder overfor den stille deltager, og er denne gået ind på at hæfte fuldt ud for selskabets forpligtelser med sit indskud, kan boet kræve, at indskuddet meddår til dækning af ælden. Ligesom det kan fordre endnu ikke fuldt indbetalt indskud

betalt til boet. Når der imidlertid tales om et stille selskab, hvor den stille deltager i forhold til hoveddeltageren er fritaget for at bære noget tab på sit indskud, eller hvor hans deltagelse i tabet er begrænset til et beløb, der er mindre end indskuddet, har det været teoriens traditionelle standpunkt, at den stille deltager for sit tilbagebetalingskrav har lige anmeldelsesret med kreditorerne i hoveddeltagerens konkursbo.

Torp siger om det stille selskab, at der ikke dannes nogen afsondret selskabsmasse. Forretningens kreditorer har ingen fortrinsret i hoveddeltagerens konkursbo. Her konkurrerer den stille deltager for sit indskud med fradrag af den del af forretningsgælden, som han skal bære. Den stille deltager hæfter kun pro rata med sit indskud og kan ikke direkte søges til opfyldelse af selskabets forpligtelser. **7)**

Sindballe opfatter det stille selskab på den måde, at hoveddeltageren er ejer af hele fællesformuen, mens den stille deltager står med visse mod hoveddeltageren rettede krav. Af denne selskabskonstruktion følger det da, at selskabskreditorerne aldrig får nogen fortrinsret til dækning af fællesformuen fremfor hoveddeltagerens særkreditorer, hvorfor det heller ikke kan antages, at den stille deltager skal stå tilbage for kreditorerne. Han har derfor lige anmeldelsesret i hoveddeltagerens konkursbo. **8)**

Kobbernagel anfører, at den stille deltager i konkurstilfælde kan anmelde sit tilgodehavende på lige fod med de øvrige kreditorer. **9)**

Gomard skriver, at den stille deltager kan anmelde sine krav mod selskabet, også krav på tilbagebetaling af indskud, på lige fod med hoveddeltagerens andre kreditorer. **10)**

Vestberg fastslår, at det indenfor det stille selskab er reglen, at indskyderen på samme måde som långiveren har fuld konkurrenceret i forhold til andre kreditorer. **11)**

Nørgaard m.fl. fremfører, at hvis selskabet går ned, kan den stille deltager kræve sit indskud tilbagebetalt på lige fod med selskabets kreditorer - dog ikke i det omfang, hvori hans indskud tidligere er blevet brugt til at dække selskabets tab i henhold til selskabskontraktens eventuelle bestemmelser herom. **12)**

Mørch skriver, at såfremt selskabskontrakten foreskriver, at den stille deltager ikke skal være lodtagende i tabet, hvori indirekte ligger, at den stille deltager altid har krav på i det mindste at få sit indskud tilbagebetalt, må det nok antages, at han vil kunne anmelde dette krav på tilbagebetaling af sit selskabsindskud i hoveddeltagerens konkursbo. **13)**

Aage Michelsen tager afstand fra den gængse doktrin og anfører, at der næppe kan være tvivl om, at en stille deltager, der er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver, hæfter med sin andel af virksomheden og må stå tilbage for virksomhedens kreditorer. Er han ikke medejendomsberettiget, men deltager i såvel overskud som underskud, er det mere tvivlsomt, om han må stå tilbage for virksomhedens kreditorer, eller om han kan anmelde sit krav i konkurrence med kreditorerne. **14)**

Det er karakteristisk for teoriens behandling af det stille selskab, at flere forfattere ikke gør sig ulejlighed med at sondre mellem forskellige selskabstyper, men blot formulerer påstanden om lige anmeldelsesret som generelt gyldig for alle **stille selskaber** uden hensyn til selskabsaftalens nærmere indhold. Det virker lidet befordrende for den systematiske analyse og er egnet til at udviske retligt relevante momenter. Man bør sondre mellem de tilfælde, hvor den **stille** deltager har medejendomsret til virksomhedens aktivmasse, og de tilfælde, hvor han ikke er medejendomsberettiget. Endvidere bør der sondres mellem de tilfælde, hvor den stille deltager ifølge aftalen med hoveddeltageren skal tage del i såvel overskud som underskud, og de tilfælde, hvor han alene skal tage del i overskud - alt efter en nærmere fordelingsnøgle. **15)** Med disse sondringer fremkommer der fire typer af **stille selskaber**:

A. **Stille** selskab bestående af en hoveddeltager og en stille deltager, der tager del i overskud og underskud og er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver.

B. Stille selskab bestående af en hoveddeltager og en stille deltager, der tager del i overskud, men ikke i underskud, og er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver.

C. Stille selskab bestående af en hoveddeltager og en stille deltager, der tager del i overskud og underskud og ikke er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver.

D. Stille selskab bestående af en hoveddeltager og en stille deltager, der tager del i overskud, men ikke i underskud, og ikke er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver.

Man kan diskutere det hensigtsmæssige i at rubricere D som et selskabsforhold fremfor et låneforhold, og det må formodes, at den i retspraksis udviklede præsumtion fremfor lån kan føre til, at D-typen glider ud af det selskabsretlige begrebsæt og blot anskues som et låneforhold. **16)**

Det besynderlige ved den traditionelle hævde af den stille deltagers lige anmeldelsesret er, at den har kunnet leve side om side med en retspraksis af stik modsat opfattelse. Selvom dommene om **stille selskaber** er mere end sparsomme, er synspunktet i de få ældre domme ikke desto mindre klart og utvetydigt: den **stille** deltager har ikke nogen lige anmeldelsesret, men må tværtimod affinde sig med, at det stille selskabs kreditorer har fortrinsret til dækning fremfor den stille deltagers krav på tilbagebetaling af indskud - det gælder også, selvom den stille deltager efter selskabsaftalen overhovedet ikke skal tage del i virksomhedens tab.

U1891.730SH: Indskyderen havde indskudt 12.000 kr. i en enkeltmandsvirksomhed. Kontrakten mellem parterne fastsatte, at indskyderen alene skulle tage del i overskud. Der var ikke aftalt medejendomsret for indskyderen.

Da forretningen brød sammen, anmeldte indskyderen sit krav på tilbagebetaling af indskud.

Retten fandt, at indskyderen måtte betragtes som »passiv interessent« (ældre terminologi for stille deltager) og at han som sådan måtte stå tilbage for forretningskreditorerne.

U1896.4SH: En person indskød 5.000 kr. i en enkeltmandsvirksomhed. Indskyderen havde lige medejendomsret til forretningen, og forretningens overskud og underskud skulle deles lige mellem parterne.

Da forretningen gik konkurs, krævede indskyderen sit indskud tilbage på lige fod med andre fordringshavere i boet.

Retten fastslog, at der var tale om et stille selskabsforhold, hvorfor den stille deltager ikke kunne konkurrere på lige fod med kreditorerne, men måtte stå tilbage for dem.

U1916.77HD: En person havde indskudt penge i en enkeltmandsvirksomhed. Kontrakten foreskrev, at indskyderen skulle tage del i overskuddet, mens der, såvidt oplyst, intet var aftalt om deltagelse i underskud. Indskyderen havde ikke medejendomsret til virksomhedens aktiver.

Firmaet gik konkurs, og indskyderen anmeldte sit krav på tilbagebetaling af indskud i konkursboet.

Mens landsretten godkendte, at indskyderen kunne anmelde sig som kreditor i konkursboet, men af andre grunde fandt, at hans fordring måtte bortfalde, fastslog højesteret, at indskyderen måtte anses for passiv deltager, og at han måtte hæfte for firmaets gæld med sit indskud, hvorfor han ikke kunne anmelde nogen fordring i boet.

Det ses, at disse ældre domme ikke giver det ringeste belæg for påstanden om lige anmeldelsesret. Den nyeste dom om stille selskabers retsforhold er [U1978.205VLD](#), som er en overordentlig principiel og retsafklarende afgørelse. I modsætning til de ældre domme, derunder navnlig højesteretsdommen fra 1916, er landsrettens brug af de selskabsretlige begreber præget af klarhed og stringens.

[U1978.205VLD](#): En række personer tegnede stille anparter i en flisefabrik, der blev drevet som en enkeltmandsvirksomhed. Ifølge kontrakterne skulle de stille deltagere deltage jævnblydigt med indehaveren i virksomhedens overskud, ligesom de gennem en skattemæssig afskrivningsret fik medejendomsret til virksomheden. I de dokumenter, der blev udstedt i tilknytning til selskabsaftalen, var der både holdepunkt for, at de stille deltagere alene skulle tage del i overskuddet, og holdepunkt for, at de også skulle tage del i eventuelt underskud indenfor anparternes pålydende værdi.

De stille deltagere anmeldte deres krav på tilbagebetaling af indskud i hoveddeltagerens insolvente dødsbo, idet de principalt hævdede, at der var tale om et låneforhold, subsidiært at de som stille deltagere måtte være berettiget til at anmelde deres tilbagebetalingskrav på indskud på lige fod med selskabets øvrige kreditorer.

Landsretten afviste, at der var tale om noget låneforhold. Den tilsikrede skattemæssige afskrivningsret forudsatte en medejendomsret til virksomhedens aktiver, hvilket igen var uforeneligt med et låneforhold.

Landsretten fandt derfor, at der forelå et stille selskab. I et sådant selskabsforhold, hvor de stille deltagere var indtrådt som medejere af virksomheden, fandt retten, at det måtte følge af forholdets natur, at selskabsformuen - herunder de stille deltageres indskud - i givet fald i første række skulle tjene til opfyldelse af selskabets forpligtelser overfor trediemand, og at deltagernes krav på tilbagebetaling af indskud derfor måtte stå tilbage for selskabskreditorernes krav. Retten bemærkede desuden, at anbringendet om, at en stille deltager havde lige anmeldelsesret med virksomhedens kreditorer, savnede støtte i domspraksis, at det i selskabsaftalen måtte være forudsat, at der påhvilede de stille deltagere en hæftelse for selskabets forpligtelser indenfor andelenes pålydende værdi, og at parternes eventuelle aftaler eller forudsætninger i modsat retning ikke fandtes at kunne tillægges betydning i forhold til kreditorerne (dissens vedrørende den sidste bemærkning).

Selvom det på grundlag af parternes kontrakt måtte stille sig usikkert, om meningen var, at de stille deltagere også skulle tage del i eventuelt underskud, lægger landsretten til grund, at dette var tilfældet. Der er følgende tale om et selskab af type A.

Retten ledende synspunkt rummes i hovedudtalelsen om, at det følger af forholdets natur, at den stille deltager må stå tilbage for selskabskreditorernes krav. Denne udtalelse er møntet helt generelt på **selskaber** med medejendomsret for den **stille** deltager og sonderer således ikke mellem type A og B. Det kan derfor konkluderes, at selskabskreditorerne har fortrinsret til dækning af selskabsformuen fremfor den medejende stille deltager, uanset om den stille selskabsaftale alene drejer sig om deltagelse i overskud, eller angår deltagelse i både overskud og underskud. I selskabstyperne A og B har den stille deltager således ingen lige anmeldelsesret.

I rettens standpunkt ligger der naturligvis intet om, at den stille deltager påføres en betalingsforpligtelse overfor selskabets kreditorer udover hvad han ved selskabsaftalen har bundet sig til. Men frakendelsen af den

lige anmeldelsesret er ensbetydende med, at hans indskud i alle tilfælde rent faktisk kommer til at medgå til dækning af selskabets gæld. 17) Om han retligt set er nødt til at affinde sig definitivt hermed eller ej, beror på aftalen med hoveddeltageren. Skal den stille deltager kun tage del i overskud, bevarer han sit fulde krav for tabt indskud mod hoveddeltageren. Skal han deltage fuldt i tabet med sit indskud, og medgår indskuddet hertil, har han intet personligt krav mod hoveddeltageren. 18)

Retten's hovedsynspunkt støttes af den vigtige bemærkning, at parternes eventuelle aftaler eller forudsætninger i modsat retning af, at de stille deltagere ifølge selskabskontrakten hæftede for selskabets forpligtelser indenfor deres andele, 19) ikke kunne tillægges betydning i forhold til kreditorerne. Hermed har retten tilkendegivet, at selskabstyper med tabsfritagelse for den stille deltager, d.v.s. type B og D, ikke forlener den stille deltager med nogen lige anmeldelsesret. På den baggrund må det være et spørgsmål, om dommen, der klart siger nej til lige anmeldelsesret i type A og B, ikke også har gyldighed for C og D.

Dommens hovedudtalelse er restriktivt formuleret med henblik på en selskabstype med medejendomsret for den stille deltager. Det samme kan imidlertid ikke siges om retten's bemærkning om, at domspraksis ikke giver støtte for kravet om lige anmeldelsesret. Den domspraksis, der her sigtes til, omfatter den ovenfor nævnte U1916.77HD, der netop frakendte den stille deltager lige anmeldelsesret i et selskab af type C, og U1871.730SH, der nåede samme resultat ved et selskab af type D. 78-dommens uforbeholdne henvisning til domspraksis må derfor tages som et stærkt indicium for, at retten's standpunkt også er holdbart, når det drejer sig om stille selskaber uden medejendomsret for den stille deltager. Når retten's flertal netop valgte at pointere, at parternes aftaler og forudsætninger i modsat retning af tabsdeltagelse måtte være uden betydning for kreditorerne - en pointering, der ville være overflødig for resultatet, idet retten netop tolkede selskabsaftalen sådan, at den allerede indebar tabsdeltagelse - må grunden være, at i forhold til kreditorerne er *indholdet* af den stille selskabsaftale mindre vigtig end selve det faktum, at der består en selskabsdannelse. Kreditorernes retsposition overfor selskabet må derfor bestemmes ud fra selskabsretlige betragtninger og principper fremfor at være en blot og bar refleks af selskabsdeltagernes private aftale - herunder også om der er vedtaget medejendomsret for den stille deltager eller ej.

III. Har det stille selskabs kreditorer fortrinsret frem for deltagerens særkreditorer?

Det er en fast regel, at selskabskreditorerne ved interessentskaber og kommanditselskaber har fortrinsret til dækning af selskabsformuen fremfor den enkelte selskabsdeltagers Særkreditorer. 20) Reglens anvendelse fordrer, at der foreligger et selskabsforhold. Normalt vil det ikke volde kvaler at afgøre, hvornår det er tilfældet, selvom grænsen mellem det passivt betonedede Samejeforhold og det erhvervsøkonomisk betonedede selskabsforhold er uskarp og derfor må trækkes ved hjælp af et kombinationskriterium. 21) Men vanskelighederne får en mere principiel karakter, når der tales om et stille selskab, der er bragt i stand ved indskud i en bestående enkeltmandsvirksomhed. Problemet er her, om det i forhold til indehaverens kreditorer skal lægges til grund, at der uforandret er tale om en enkeltmandsvirksomhed med deraf flydende ligestilling mellem virksomhedskreditorerne og privatkreditorerne. Eller om den stille deltagelse i virksomheden i stedet skal føre til, at selskabsretlige synspunkter må komme til anvendelse på forholdet mellem virksomhed og kreditorer, således at der kan blive tale om fortrinsret til virksomhedsformuen for virksomhedskreditorerne. Løsningen giver ikke sig selv. Det stille selskab tager sig netop forskelligt ud, alt efter om man betragter det udefra eller indefra. Set fra omverdenens synspunkt er virksomheden stadigvæk en enkeltmandsvirksomhed. Set fra parternes synspunkt foreligger der en selskabsretlig konstruktion med to deltagere med hver sin status i virksomheden.

Ifølge Torp og Sindballe fik selskabskreditorerne aldrig fortrinsret fremfor særkreditorerne i det stille selskab med en enkeltmandsvirksomhed som hoveddeltager. 22) Samme synspunkt genfindes prægnant hos Aage Michelsen, hvor det hedder, at ejeren af en enkeltmandsvirksomhed ikke ved at optage en stille deltager i virksomheden kan sikre virksomhedskreditorerne fortrinsret til virksomhedsformuen. 23) Samme standpunkt gøres gældende af Mogens Munch i forbindelse med fortolkningen af Konkurslovens § 32. 24)

Den bagvedliggende tankegang er, at det synes at åbne for misliebige transaktioner vendt mod særkreditorerne, om man tænker sig, at det skulle være muligt at skyde særkreditorerne i baggrunden ved at indlemme en stille deltager i virksomheden. Fortrinsretten er netop baseret på, at virksomhedsformuen ved den stille deltagers optagelse omdannes til en *selskabsformue*, hvori særkreditorerne alene kan holde sig til selskabsdeltagerens ideelle nettoandele. Det næste logiske skridt ville da være at udforme selskabskontrakten med lange opsigelsesfrister og indviklede og besværlige procedurer for frigivelse af de enkelte nettoandele, måske endog forsøge at etablere en egentlig båndlæggelse af nettoandelen, således at forfølgning for selskabet uvedkommende særgæld kunne afskæres. 25)

En fortrinsret i disse tilfælde rejser endvidere teoretiske problemer. For det første er der spørgsmålet om begrundelsen for en sådan fortrinsret. Den, der kan anføres ved det gængse interessentskab, kan ikke umiddelbart overføres til et stille selskab bestående af en vokslismager med eget værksted og materialindkøb og en stille deltager, der har finansieret smeltedigel og støbeforme mod en andel af det årlige udbytte.

For det andet er der problemet med at bestemme det fyldestgørelsesobjekt, som fortrinsretten skal referere sig til. Mens indehaveren af en enkeltmandsvirksomhed hæfter med virksomhedsaktiver såvel som med private

effekter, må man vælge en anden løsning, når enkeltmandsvirksomheden optræder i rollen som hoveddeltager i et stille selskab. Her kan man ikke problemfrit antage, at selskabskreditorerne skal have fortrinsret, fordi der er tale om en selskabskonstruktion, og at denne fortrinsret samtidig skal referere til det samme fyldestgørelsesobjekt på hoveddeltagerens side som før selskabsdannelsen, nemlig alt hvad han ejer og har. Det vil være ensbetydende med en forfordeling til skade for særkreditorerne, der derved skubbes helt ud af billedet. For hoveddeltagerens vedkommende synes man derfor at måtte tvinges over i en opspaltning af virksomhedsformue og privatformue, såfremt en fortrinsret for det stille selskabs kreditorer skal gennemføres.

Ligesom med teoriens vante doktrin om lige anmeldelsesret for den stille deltager, er spørgsmålet, om retspraksis stemmer med antagelsen om, at selskabskreditorerne ikke får fortrinsret fremfor særkreditorerne ved dannelsen af et stille selskab med en enkeltmandsvirksomhed som hoveddeltager.

U1891.730SH tager ikke stilling til spørgsmålet. Dommen giver alene belæg for, at den stille deltager skal vige for forretningskreditorerne. Retten beskrev forholdet mellem indskyderen og firmaindehaveren som et Interessentskabsforhold, hvor indskyderen var »passiv interessent«. Om retten af denne terminologi - der jo beskriver forholdet inter partes - er rede til også at acceptere de normale eksterne retsvirkninger knyttet til det ansvarlige interessentskab er uvist.

Heller ikke U1896.4SH eller U1916.77HD leverer noget svar på spørgsmålet, da disse afgørelser alene tager stilling til forholdet mellem selskabskreditorerne og den stille deltager.

Det væsentligste bidrag til afklaring af problemet skal også her findes i [U1978.205VLD](#). I denne dom kommer det nemlig frem, at retten opererer med en fortrinsret for selskabskreditorerne, ikke alene i forhold til de stille deltageres tilbagebetalingskrav, men også i forhold til selskabsdeltagernes særkreditorer. Det hedder i rettens hovedudtalelse, at selskabsformuen - herunder de stille deltageres indskud - i givet fald i første række skal tjene til opfyldelse af *selskabets forpligtelser* over for trediemand (fremhævet her). Med denne formulering er der lagt et skel mellem de kreditorer, der har krav på selskabet som sådant, og de kreditorer, der alene har krav på deltagerne som privatpersoner - mellem selskabskreditorerne og særkreditorerne. Den praktiske følge er, at særkreditorerne i tråd med de almindelige interessentskabsregler må holde sig til deres respektive skyldneres nettoandele i selskabet og derfor afvente Selskabskreditorernes fyldestgørelse, forinden de selv kan få dækning. Forsåvidt 78-dommens resultat i denne henseende står ved magt, må teoriens almindeligt holdte standpunkt betegnes som forkert.

Rettens standpunkt kan dog ikke tænkes at have gyldighed udenfor området af **selskaber** med medejendomsret for den **stille** deltager. Her må hovedudtalelsens klare reservation tillægges afgørende vægt. Når en fortrinsret for selskabskreditorerne til gengæld kan forekomme rimelig i 78-sagen, hænger det sammen med, at der var tale om en bredt funderet selskabsstruktur, hvor det næppe har været udsigten til at bremse eventuelle særkreditorer, der har motiveret deltagerne til selskabsengagementet, men derimod de skattemæssige fordele. Men der kan nemt tænkes små og lukkede selskabsdannelser, hvor en fortrinsret for selskabskreditorerne må virke mindre vellykket, fordi den stille selskabsdeltagelse rummer et manipulationsaspekt, der i høj grad kan være til fare for særkreditorernes interesser. Det bør derfor ligge fast, at reglen om selskabskreditorernes fortrinsret kun overføres til **stille selskaber**, **26)** når der ikke alene foreligger en fællesformue, men også en *selskabsformue*, der i ejendomsretlig henseende kan henføres til de enkelte deltagere. Dette turde være et rimeligt minimumskrav, hvis en begrænsning i særkreditorernes fyldestgørelsesmuligheder skal accepteres. Desuden er det værd at pege på, at der her kunne være et område, hvor den ellers så miskendte teori om den ældre særkreditors ligestilling med selskabskreditorerne kunne fortjene en vis retlig bevågenhed.