

U.1984B.380

Stille selskaber og långivning

Af kandidatstipendiat **John Peter Andersen**

I U 1984 B. s. 279 har professor Jørgen Nørgaard fremsat nogle betragtninger om stille selskaber og sleeping partners, der former sig som en vurdering af synspunkter, som jeg har fremsat i U 1983 B. s. 373. Nørgaard formulerer 5 indvendinger mod min fremstilling:

1. At min gengivelse af den traditionelle teoris standpunkt om stille selskaber ikke er dækkende (s. 279, afsnit 2)
2. At de momenter, der er afgørende for, om en indskyder skal have ret til at anmelde sit tilbagebetalingskrav på linie med virksomhedsindehaverens kreditorer, beror på en konkret vurdering, der omfatter mere end blot de tre momenter, som jeg inddrager (s. 280, afsnit 3)
3. At der ikke er overbevisende argumenter for at udstrække U 1978.205 VLD's præjudikatværdi til at omfatte tilfælde, hvor indskyderen ikke er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver (s. 281, afsnit 4)
4. At U 1978.205 VLD ikke repræsenterer en generel undsigelse af den juridiske teoris fortolkning af domspraksis på området (s. 281, afsnit 5)
5. At jeg formentligt presser U 1978.205 VLD for hårdt, når jeg i den vil indlægge en stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt det stille selskabs kreditorer har fortrinsret til dækning af selskabsformuen fremfor selskabsdeltagernes særkreditorer (s. 282, afsnit 4, note 13.). - Dette sidste punkt berøres dog kun ganske perifert af Nørgaard.

ad 1.: Nørgaards argument for punkt 1. er, at den juridiske teori på baggrund af retspraksis er nået frem til, at det i dansk ret er *hovedreglen*, at den, der - uden offentliggørelse - skyder penge eller andre formuemidler ind i en andens erhvervsvirksomhed, kan anmelde sit tilbagebetalingskrav på linie med virksomhedsindehaverens kreditorer, såfremt virksomhedsindehaveren går konkurs. **1)**

Denne sammenfatning af retstilstanden om formueindskud i en virksomhed er utvivlsomt korrekt. Men det er en tilsnigelse at hævde, at den har noget at gøre med retstilstanden for stille selskaber. Grunden er ligetil: *Hovedreglen er ikke møntet på det stille selskab som sådant, men angår formueindskud i al almindelighed. Den går ud på, at sådanne indskud formodningsvist må betragtes som lån fremfor egentlig selskabsdeltagelse. Det er en præsumptionsregel, der fører til, at retsforholdet mellem indskyderen og virksomhedsindehaveren som hovedregel skal rubriceres som et låneforhold og ikke som et selskabsforhold, stille eller ej.* **2)**

- Og at en långiver har fuld ret til at anmelde sit tilbagebetalingskrav i lånerens konkursbo på linie med de øvrige kreditorer, er der selvfølgelig ikke noget overraskende i. Det følger automatisk af hans status som långiver, selvom han naturligvis er fri til ved aftale at give afkald på denne ret, f.eks. ved at yde lånet som ansvarlig lånekapital.

De domme, som Nørgaard anfører, **3)** er klare og tydelige eksempler. Alle som én angår de nemlig - ikke stille selskaber - men *lån*. De har derfor ikke nogen direkte interesse for spørgsmålet om den stille deltagers anmeldelsesret, selvom de selvsagt er vigtige for den nærmere forståelse af selve grænsedragningen mellem långivning og selskabsdeltagelse. **4)**

Nørgaard har ret i, at det stille selskab hører hjemme på et område, hvis grænser ikke er veldefinerede. Men det er ikke rigtigt, når det i samme åndedrag siges, at den juridiske teori har anvendt begrebet stille selskab som en samlebetegnelse, hvis der hermed menes, at teorien har inkluderet hele spektret fra rene lånearrangementer til regulær selskabsdeltagelse under betegnelsen. **5)** Trods lejlighedsvis vaghed i terminologien har teorien dog stedsse vidst at sondre mellem långivning og selskabsdeltagere. **6)** Det indledende spørgsmål, når man står overfor et indskudsforhold, har derfor været, om indskyderen skulle betragtes som långiver eller som selskabsdeltager. Teorien har ikke, og med god grund ikke, levnet plads for nogen tredje diffus figur mellem disse to. Forholdet må enten betragtes som et låneforhold - hvad der som nævnt har formodningen for sig - eller også må det betragtes som et selskabsforhold, være sig interessentskab, kommanditselskab eller stille selskab.

Det udelukker selvfølgelig ikke, at låneforholdet, hvis det retligt set må kvalificeres som et sådant, kan have særpræg, der ikke er typiske for et låneforhold, f.eks. at långiveren i stedet for eller i tillæg til rente har krav på en vis overskudsandel, **7)** eller at långiveren har kontrol med og indflydelse på virksomhedens drift. **8)** Lånesynspunktet har endog kunnet slå igennem i et tilfælde, hvor indskyderne var tillagt medejendomsret til virksomhedens aktiver, **9)** noget der ellers turde være en kraftig indikation for at ansue forholdet som et selskabsforhold. **10)**

Heller ikke er det udelukket, at selskabsforholdet, hvis det retligt set må kvalificeres som et sådant, på sin side

kan have særpræg, der ikke er typiske for et selskabsforhold, f.eks. at den stille deltager ikke har nogen medejendomsret til selskabets aktiver, **11**) eller at han i forhold til hoveddeltageren ikke skal tage del i selskabets underskud, være sig ved driftsunderskud eller ved insolvens. **12**)

Det tankevækkende ved teoriens behandling af det stille selskab er imidlertid ikke, at indskuddet efter en nøjere analyse har kunnet betragtes ud fra et lånesynspunkt eller et selskabssynspunkt. Det interessante er, at man har nærret den opfattelse, at det for det stille selskabs vedkommende alligevel ikke gjorde den store forskel, om indskuddet var det ene eller det andet. Teoriens hævdvundne mening har nemlig været den, at den stille deltager - i det omfang, hvor han ikke havde forpligtet sig til at bære noget underskud - kunne anmelde sit krav på tilbagebetaling af indskud på lige fod med de øvrige kreditorer, herunder almindelige långivere, i virksomhedsindehaverens konkursbo. Långiver eller selskabsdeltager - i relation til anmeldelsesretten kom det ud på ét. **13**)

Det er dette, men også *kun* dette standpunkt, der må siges at savne belæg i kendt domspraksis og som har fået en klar og principielt formuleret underkendelse i [U 1978.205 VLD](#).

ad 2.: Nørgaard har fuldstændig ret, når han påpeger, at det afhænger af en konkret vurdering, om indskyderen skal tillægges lige anmeldelsesret. Men dette standpunkt må præciseres på den måde, at det er denne vurdering, der er bestemmende for - ikke om indskyderen som sådan skal have lige anmeldelsesret - men om han skal anses for långiver eller for selskabsdeltager. Er han långiver, kan han *som følge heraf* anmelde sit krav på lige fod med de øvrige kreditorer. **14**) Er han stille selskabsdeltager, kan han *som følge heraf ikke* tilkomme nogen lige anmeldelsesret. **15**)

Om indskyderen skal klassificeres som långiver eller stille deltager, har jeg sandelig ikke påstået kan afgøres alene ved at se på, om han deltager i virksomhedens overskud og underskud, og om han er medejendomsberettiget til virksomhedens aktiver. Som det fremgår af gennemgangen af de fire stille selskabstyper, **16**) er tankegangen blot den, at når det ligger fast, at man har at gøre med et stille selskab, så bør de nævnte momenter selvstændigt inddrages i analysen af spørgsmålet om den stille deltagers stilling i hoveddeltagerens konkursbo. Grunden er, at netop disse momenter udgør typiske selskabsretlige aspekter, der tilmed udløser særlige skattemæssige retsvirkninger. At dette er synsvinklen, udelukker imidlertid på ingen måde, at momenterne også kan tjene som kendingsmærker - tilmed vigtige kendingsmærker - ved grænsedragningen mellem långivning og selskabsdeltagelse. Her må andre faktorer dog også med i billedet, såsom om indskyderen ifølge aftalen har ret til at føre kontrol med virksomheden og er tillagt indflydelse på dens ledelse. Man kan sikkert heller ikke afvise, at parternes opfattelse af aftaleforholdet kan spille en vis rolle, **17**) selvom udgangspunktet må være, at parterne ikke ved deres rubricering af aftaleforholdet kan påtvinge trediemand en ringere retsstilling, end han ellers ville have haft. Et yderligere relevant aspekt kan være, om indskuddet har været led i en støtteaktion for at redde virksomheden.

ad 3.: Til sin hovedudtalelse om, at de stille deltageres krav på tilbagebetaling af indskud må stå tilbage for selskabskreditorernes krav, knytter landsretten nogle bemærkninger, der ikke er nødvendige for at begrunde det i hovedudtalelsen antagne resultat, men som har karakter af en stillingtagen til de anbringender, som de stille deltagere anførte under sagen.

De stille deltagere havde påberåbt sig, at de som stille deltagere måtte have krav på lige anmeldelsesret. Retten afviste dette ved at sige, at et sådant krav ikke havde støtte i domspraksis. Endelig bemærkede rettens flertal, at parternes eventuelle aftaler eller forudsætninger om lige anmeldelsesret ikke kunne tillægges betydning i forhold til kreditorerne.

Hvad man bør notere sig er, at ingen af disse supplerende bemærkninger er reserveret til kun at gælde for stille selskaber med medejendomsret for den stille deltager. Formuleringen er generel. Det samme gælder for den dissentierende dommers standpunkt: at selve den omstændighed, at der foreligger et stille selskab, er tilstrækkeligt til at afskære de stille deltagere fra lige anmeldelsesret. Heller ikke her synes der tænkt noget forbehold for en stille deltager uden medejendomsret.

Begrundelsen for at afvise de stille deltageres tilbagebetalingskrav skal naturligvis søges i hensynet til selskabskreditorerne. I forhold til dem ville det være ganske vilkårligt at lade det være afgørende, om selskabsarrangementet er tilrettelagt således, at de stille deltagere er gjort medejendomsberettigede eller ej. Der er ingensomhelst fornuft i, at en stille deltager, der i opgangstider har nydt godt af selskabets overskud, i nedgangstider skal kunne undsmyge sig partnerskabets risiko ved at stille op i køen sammen med de almindelige selskabskreditorer. Skal en indskyder med rette kunne gøre krav på lige anmeldelsesret, må forudsætningen være, at forholdet til virksomhedsindehaveren efter en samlet bedømmelse må betragtes som et låneforhold.

ad 4.: Nørgaard har ikke ret i, at jeg i 78-dommen vil indlægge en generel undsigelse af den juridiske teoris fortolkning af domspraksis på området. Dommen indebærer alene en afvisning, til gengæld en klar afvisning, af teoriens nedarvede tese om den stille deltagers lige anmeldelsesret. Den del af den juridiske teori og retspraksis, som har beskæftiget sig med spørgsmålet om, hvorvidt et indskud i en virksomhed skal betragtes som långivning eller selskabsdeltagelse, tager dommen selvsagt ikke afstand fra. Som Nørgaard selv påpeger det. udtaler landsretten sig kun om retspraksis vedrørende indskudsforhold. der må kvalificeres som stille

selskaber. **18)** Den retspraksis, som der her sigtes på, er den, der i lighed med 78-dommen afviser påstanden om lige anmeldelsesret. Udover de domme, som jeg har citeret i U 1983 B. s. 375, er det ifølge domsnoten U 1899.217 og SHT 1922.357. De øvrige i noten nævnte domme: SHT 1912.246, U 1916.1081 HD og U 1955.967 SHD handler derimod alle om lån, hvorfor de naturligvis ikke står i modstrid med 78-dommen.

ad 5.: Hvis en person gør sig til stille deltager ved at indskyde formuemidler i et interessentskab eller et kommanditselskab, er der ingen tvivl om, at selskabskreditorerne har fortrinsret til dækning af selskabsformuen, herunder det stille indskud, fremfor selskabsdeltagernes private kreditorer. Når hoveddeltageren **19)** i det stille selskab isoleret betragtet er et selskab, der i forvejen hjemler sine kreditorer fortrinsret, sker der ingen ændring heri ved optagelsen af den stille deltager. **20)**

Det spørgsmål, som U 1978.205 VLD kan give anledning til at overveje, er, om den selskabskonstruktion, der bringes i stand ved optagelsen af en eller flere stille deltagere i en enkeltmandsvirksomhed, er af en sådan art, at virksomhedskreditorerne i tråd med forholdet ved interessentskaber og kommanditselskaber må kunne gøre krav på fortrinsret til virksomhedsformuen. **21)**

Teorien har aldrig været stemt for tanken. **22)** Men denne skepsis skal ses i sammenhæng med selve den begrebsfastlæggelse af det stille selskab, som man traditionelt har henholdt sig til. Med det historiske udgangspunkt **23)** til forbillede, har man anskuet det stille selskab på den måde, at hoveddeltageren har fuld ejendomsret til hele den sammenskudte formue, mens den stille deltager alene står med et rent obligatorisk krav mod hoveddeltageren. Efter denne tankegang foreligger der ganske vist en selskabsformue - en formue beregnet for partnerskabets formål - men ingen fællesformue, intet sameje. **24)**

Dette eneejerskab for hoveddeltageren har da i næste led tjent som begrundelse for, at der ikke kunne tilkomme selskabskreditorerne nogen fortrinsret fremfor privatkreditorerne - og her tænkes der i første række på hoveddeltagerens private kreditorer. **25)**

Som man kan forstå, slår denne begrundelse ikke til i 78-sagen, hvor de stille deltagere netop var medejendomsberettigede.

Nu har Nørgaard naturligvis ret i, at 78-dommen ikke direkte angår forholdet mellem fælleskreditorer og særkreditorer. Dommen tager alene stilling til spørgsmålet om de stille deltageres anmeldelsesret. Alligevel bør det dog ikke overses, at anmeldelsesspørgsmålet i dette tilfælde også dækker over en interessekonflikt mellem netop to sådanne kreditorgrupper, nemlig det stille selskabs kreditorer på den ene side og de stille deltagere i deres påberåbte egenskab af særkreditorer overfor hoveddeltageren på den anden side. **26)**

Det, der kunne tale for - og det må straks medgives Nørgaard, at der her er tale om mere prøvende tolkninger - at der i dommen ligger en indirekte tilkendegivelse om fortrinsproblemet, er selve det argument, som retten gør brug af til støtte for sit resultat. Det hedder:

Ved etableringen af et sådant selskabsforhold, hvor de stille deltagere er indtrådt som medejere af virksomheden, findes det at måtte følge af forholdets natur, at selskabsformuen - herunder de stille deltageres indskud - i givet fald i første række skal tjene til opfyldelse af *selskabets forpligtelser overfor trediemand* (fremhævet her) - - -

Det er et klassisk krav, ikke blot til stille selskaber, men også til interessentskaber og kommanditselskaber, at det formuekompleks, som selskabsforholdet indbefatter, »kun må anvendes i selskabsøjemed og i almindelighed skal holdes adskilt fra den ansvarlige deltagers private formue«. **27)**

Set i dette lys forekommer det næppe ganske urimeligt at gå ud fra, at retten blot paraphraserer, hvad der for selskabsdeltagerne må have stillet sig som en selvfølgelighed: at den sammenskudte selskabsformue skulle tjene som grundlag for virksomhedens drift og ikke som fyldestgørelsesobjekt for hoveddeltagerens eventuelle særkreditorer.

Et andet argument til overvejelse er dette. Hvis rettens flertal havde ment, at selskabsaftalen indebar, at de stille deltagere *ikke* var forpligtet overfor hoveddeltageren til at tage del i underskud, så synes konsekvensen at være, at man da måtte betragte dem som hans private kreditorer med hensyn til deres tilbagebetalingskrav. Men hvis en sådan status måtte tildeles dem, hvad kunne i så fald begrunde, at man afskærer dem adgang til at anmelde deres tilgodehavende på lige fod med virksomhedskreditorerne? I hvert fald én ting: reglen om selskabskreditorernes fortrinsret. Nu *havde* de stille deltagere imidlertid ikke denne status. Men rettens flertal udtalte alligevel, hvad der ville være blevet resultatet, såfremt de havde haft den: nemlig at en aftale om underskudsfrigørelse ikke kunne tillægges betydning i forhold til kreditorerne.

Argumentet er dog på ingen måde tvingende, eftersom man intet aner om den præmis, der ligger bag rettens udtalelse. Selvom det måtte være et ræsonnement ud fra betragtninger om fortrinsretten, ville det næppe være ganske problemfrit, idet argumentet da ville række videre end til selskaber med medejendomsret for de stille deltagere.

Man kan indvende, at denne analyse bevæger sig udenfor retsudsagnenes intentionsdybde. Det er muligt. På den anden side må en tolkning af en retsafgørelse af så sjældnen art som denne nødvendigvis have en vis frihed til at gå teksten efter i sømmene. - Så meget desto mere som man tør gå ud fra, at retten - stillet overfor

velmeriterte lærdomme om det stille selskabs retsforhold - sikkert har valgt sine ord med tanke og omhu.